



Unidad Coordinadora de Menores

N/REF: Comunicación con Fiscalías núm. 27/2023

FECHA: 24 de enero de 2023

ASUNTO: Remisión del repertorio jurisprudencial sobre la materia de reforma de menores correspondiente al **Segundo Semestre del año 2022**

Destinatarios: Ilmos./as. Sres./as. Fiscales Delegados Provinciales de Menores.

Madrid, a 24 de enero de 2023

Ilmos./as. Sres./as.:

En la Instrucción 3/2008, de 30 de julio sobre *el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*, se atribuye al Fiscal de Sala, entre otras múltiples funciones, la de promover la remisión de información sobre Derecho de Menores. Así, en la referida Instrucción, en el epígrafe II, punto 2, se encomienda al Fiscal de Sala Coordinador de Menores la elaboración de “resúmenes jurisprudenciales sobre menores”.

En cumplimiento de tales cometidos esta Unidad Especializada de Menores de la FGE ha elaborado nuevamente un compendio -a modo de resumen- con citas y extractos de resoluciones jurisdiccionales de las Audiencias Provinciales dictadas en la segunda instancia del procedimiento de la LORPM e, incluso, algunas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su esencial tarea de unificación de doctrina mediante el Recurso de Casación.

En este compendio del segundo semestre del año 2022, deseamos resaltar las resoluciones que se contienen en aquellos capítulos que nos parecen de especial relevancia:

- Capítulo A:

- A- I: Delitos de máxima gravedad del art., 10-2 LORPM: Medida sancionadora aplicable *ope legis*.
- A. III: 1. Elementos del tipo penal de amenazas graves hacia los profesores en el entorno de los centros educativos.
- A. III: 3. Requisitos para acreditar la comisión de un delito de pertenencia a organización criminal.
- A. III: 5. Sobre la entidad e intensidad del ataque a la integridad moral para aplicar el delito de trato degradante.
- A. IV: 12. Requisitos para apreciar el delito de blanqueo de capitales.

1



Unidad Coordinadora de Menores

- Capítulo B:
 - B. 1. Prueba Preconstituida: es el órgano judicial -Juzgado de Menores- el competente para su práctica y no el Ministerio Fiscal.
- Capítulo C:
 - C. 3.1 Improcedencia de plantear *ex novo* en la segunda instancia una cuestión de inconstitucionalidad
- Capítulo D:
 - D. I. Quebrantamiento de medida/delito de quebrantamiento de condena.
- Capítulo E:
 - E. I. 2. Responsabilidad civil de la cía. de seguros derivada de una póliza de “riesgo-hogar”.
- Capítulo F:
 - F. I Recurso de Casación para unificación de doctrina. (A y B)
 - F. II Recurso de Apelación contra sentencias Absolutorias

Su remisión a los Sres./as. Delegados/as Provinciales de Menores tiene efectos meramente informativos, sin que necesariamente signifique que sus criterios doctrinales se asumen por esta Unidad. Otro año más hemos de señalar que las resoluciones recogidas proceden de las bases de datos jurisprudenciales del *CENDOJ (CGPJ)*, *La Ley Digital* y *Lefevre-El Derecho*, que son accesibles a través de la Intranet de Fiscalía, donde se puede consultar sus textos íntegros.

Con esta misma fecha se remite copia a la Excmas. Sras. Fiscal de Sala Jefa de la Inspección y Jefa de la Secretaría Técnica FGE y a los Excmos./as Sras. y Sres. Fiscales Superiores. Les rogamos, en su calidad de Fiscales Delegados de la especialidad, la máxima difusión de este repertorio entre los Fiscales que, adscritos o no a la Sección de Menores, despachen asuntos propios de la especialidad.

Esperando que la nueva selección de sentencias pueda ser de su interés, aprovecho la ocasión para saludar a V.E. muy cordialmente.

Fdo.: Eduardo Esteban Rincón

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

2

C/ JOSÉ ORTEGA Y
GASSET nº 57
28006 MADRID



Unidad Coordinadora de Menores

ÍNDICE DE MATERIAS:

A.- ACERCA DE LAS MEDIDAS APLICABLES Y SU PROPORCIONALIDAD CON EL ILÍCITO COMETIDO

A.- I. DELITOS DE MÁXIMA GRAVEDAD DEL ARTº 10-2 DE LA LORPM: MEDIDA APLICABLE *OPE LEGIS*.

A.- II. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS

A.- III. SOBRE ALGUNOS TIPOS PENALES CONCRETOS:

A.-III.-1 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE AMENAZAS GRAVES HACIA LOS PROFESORES EN EL ENTORNO DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

A.-III.-2 EL DELITO DE RECEPCIÓN ACREDITADO MEDIANTE PRUEBA INDICIARIA

A.-III.-3 REQUISITOS PARA APRECIAR EL DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL

A.-III.-4 REQUISITOS PARA APRECIAR EL DELITO DE ATENTADO A AGENTES DE LA AUTORIDAD, DIFERENCIAS CON LA ANTIGUA FALTA DEL ART. 634 CP

A.-III.-5 SOBRE LA ENTIDAD E INTENSIDAD DEL ATAQUE A LA INTEGRIDAD MORAL NECESARIOS PARA INTEGRAR EL DELITO DE TRATO DEGRADANTE

A.-III.-6 NECESIDAD DE QUE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS SE INCLUYAN EN EL RELATO DE “HECHOS PROBADOS”

A.-III.-7 CONDUCTAS INCARDINABLES EN EL TIPO PENAL DE ALLANAMIENTO DE MORADA



Unidad Coordinadora de Menores

- A.-III.-8** EL DELITO LEVE DE DAÑOS DOLOSOS ES PERSEGUIBLE DE OFICIO Y LAS MENCIONES PROCESALES SOBRE LAS FALTAS SE ENTIENDEN REFERIDAS A LOS ACTUALES DELITOS LEVES
- A.-III.-9** REQUISITOS GENERALES PARA APRECIAR LA COAUTORIA
- A.-III.-10** REQUISITOS DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL
- A.-III.-11** ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DELITO DE LESIONES
- A.-III.- 12** REQUISITOS PARA APRECIAR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES
- A.- IV.** ATENUANTES
- A.- V.** EL ERROR DE PROHIBICIÓN

B. - FASE DE INSTRUCCIÓN:

- B.-I. 1** PRUEBA PRECONSTITUIDA: ES EL ÓRGANO JUDICIAL -JUZGADO DE MENORES- EL COMPETENTE PARA SU PRÁCTICA Y NO EL MINISTERIO FISCAL
- B.-I. 2** ALEGACIÓN DE NULIDAD DE ACTUACIONES POR DENEGACIÓN DE PRUEBA MEDIANTE SIMPLE PROVIDENCIA, NO CAUSÁNDOSE INDEFENSIÓN NI PROCEDIENDO RETROTRAER LA CAUSA A LA FASE DE INSTRUCCIÓN A CARGO DEL MINISTERIO FISCAL

C.- FASE DE AUDIENCIA:

- C. I-** NO SE APRECIA QUEBRANTAMIENTO DE LAS NORMAS PROCESALES BÁSICAS, NI SE HA GENERDO INDEFENSIÓN AL DENEGAR NUEVA PRUEBA TESTIFICAL.



Unidad Coordinadora de Menores

- C. II- NO HAY QUEBRANTAMIENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, NI SE HA GENERADO INDEFENSIÓN, AL CELEBRAR -EN CASO DE DELITO LEVE- LA VISTA EN AUSENCIA DEL MENOR DEBIDAMENTE CITADO.
- C. III- IMPROCEDENCIA DE PLANTEAR *EX NOVO* EN LA SEGUNDA INSTANCIA UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD
- C.IV- VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICIAL PERSONAL DE LA VÍCTIMA
- C. V- RECONOCIMIENTOS FOTOGRÁFICOS RATIFICADOS EN PLENARIO
- C. VI- EXAMEN DEL CONTENIDO DE LA AUDIENCIA GRABADA EN SOPORTE AUDIOVISUAL
- C. VII- COMPROBACIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA DE LA RACIONALIDAD DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EFECTUADA POR EL JUZGADO *A QUO*
- C. VIII- SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE UNA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA DE VERACIDAD DEL TESTIMONIO EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL
- C. IX- VALORACIÓN DE LA AUSENCIA DE PRUEBA PERICIAL DE TASACIÓN DEL EFECTO SUSTRÁIDO

D.- FASE DE EJECUCIÓN:

- D.- I.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA/DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA
- D.- II.- MOTIVOS PARA LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL FALLO

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL:



Unidad Coordinadora de Menores

- E.- I. 1 RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MORALES
- E.- I. 2 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DERIVADA DE UNA PÓLIZA DE “RIESGO HOGAR”
- E.- II. MODERACIÓN Y/O EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
- E. III. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
- E.- IV.- CUANTIA ÍNTEGRA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN FAVOR DE UN AYUNTAMIENTO POR LA QUEMA DE SUS CONTENEDORES
- E.- V.- RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA ENTRE LOS COAUTORES DEL DELITO

F.- RECURSOS:

- F. I RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
- F. II RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS
- F.III SOBRE LA PROHIBICIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA DE RECONSTRUIR EL RELATO DE HECHOS PROBADOS.
- F. IV IMPROCEDENCIA DE REVISAR EN APELACIÓN LAS SENTENCIAS DE CONFORMIDAD, FUERA DE LOS CASOS PREVISTOS EN LA LEY

G. - EXAMEN SOBRE LA CONCURRENCIA DE PRESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS



Unidad Coordinadora de Menores

A.- ACERCA DE LAS MEDIDAS APLICABLES Y SU PROPORCIONALIDAD CON EL ILÍCITO COMETIDO

A.- I. DELITOS DE MÁXIMA GRAVEDAD DEL ARTº 10-2 DE LA LORPM: MEDIDA SANCIONADORA APLICABLE *OPE LEGIS*.

La Sala recuerda que, *ope legis*, en los delitos de “máxima gravedad” del art. 10.2 LORPM, es imperativo imponer la medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso con otra medida de libertad vigilada de hasta tres años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviera catorce o quince años de edad, o de uno a ocho años de duración complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad.

SAP Coruña, Sec. 2ª, nº 357/2022, de fecha 29/7/2022, Pte: Vilariño López, Mª Carmen Antonia

“...La Juzgadora de instancia acuerda imponer al menor expedientado la medida de internamiento en régimen cerrado en atención a la gravedad de los hechos al amparo de lo previsto en los arts. 9.2 y 10.2 de la Ley Penal del Menor, a fin de que, en un medio normo punitivo estructurado adquiera la habilidades, capacidades y actitudes necesarias para su correcto desarrollo personal y social, con inclusión de programas de educación sexual y corregir un comportamiento antisocial señalando que los hechos declarados probados merecen toda repulsa social, estimando necesaria a sus circunstancias personales y sociales puestas de manifiesto por el Equipo Técnico, a su edad a la comisión de los hechos, y proporcionada a la calificación jurídica de los mismos, tal medida con una duración de cuatro años, complementada con una medida de dos años de libertad vigilada con asistencia educativa. De conformidad con el art. 9.2 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores la medida de internamiento en régimen cerrado será aplicable, entre otros supuestos, cuando "los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales".

Y según establece el art. 10.2, "cuando el hecho sea constitutivo "de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años", es imperativa imponer la medida de

**Unidad Coordinadora de Menores**

internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso con otra medida de libertad vigilada de hasta tres años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviera catorce o quince años de edad, u de uno a ocho años de duración complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad. En este caso, tratándose de hechos constitutivos de un delito continuado de agresión sexual a una menor de dieciséis años previsto y penado en los artículos 183 apartados 1, 2, 3 y 4.d), estaríamos en un marco punitivo mínimo de 14 años y tres meses a 15 años de prisión, y ello de no llegar a aplicarse la mitad inferior de la pena superior en grado. Debemos recordar que la imposición de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, no está sujeta a los criterios penológicos recogidos en el Código Penal, sino a criterios distintos, según resulta de lo dispuesto en los artículos 7.3, y 9 de la propia Ley Orgánica, de tal manera que rige un criterio de flexibilidad en la elección de la medida adecuada y de su duración, estando presidida dicha elección por los parámetros señalados en el citado artículo 7.3. Si bien es cierto que la diligencia exigible en cualquier procedimiento penal es especialmente importante en el ámbito de la justicia juvenil, no podemos considerar que sea el caso de que haya existido un retraso en la instrucción que determine la existencia de dilaciones indebidas.

Los plazos a tomar en cuenta deben contarse desde la presentación de la denuncia, y no desde los hechos, siendo precisamente una de las consecuencias psicológicas derivadas de ellos, y el temor ante la incidencia que podría provocar que lo hiciera, que la víctima los ocultara. Las actuaciones iniciadas ante Fiscalía están precedidas de la tramitación de unas diligencias previas ante el Juzgado de Instrucción de XXXX, produciéndose su derivación a Fiscalía al comprobarse la edad del investigado en el periodo de tiempo en que transcurrieron los hechos, y en el transcurso de dos años desde su denuncia hasta el primer señalamiento de la audiencia tuvo especial incidencia el tiempo de paralización que supuso la interferencia de la situación provocada por el covid19.

En atención a la gravedad del delito, y dada su continuidad delictiva, así como la edad del menor en la fecha de los hechos, habiéndose iniciado cuando contaba 14 años de edad, y prolongado después de haber cumplido 16 años, y estar próximo a cumplir 17 años, la medida adoptada la consideramos adecuada, siendo la duración acorde con tales circunstancias, y con la propuesta efectuada por el Equipo Técnico de una medida de internamiento en régimen cerrado, prolongado en el tiempo. La Juzgadora de instancia ya deja indicada la posibilidad de que, de concurrir circunstancias que lo justifiquen, en ejecución de dicha medida, podría modificarse la medida, a internamiento terapéutico.”



Unidad Coordinadora de Menores

A.- II. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS

La medida de internamiento en régimen semiabierto impuesta al investigado es proporcional conforme a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor; considerando además la ineficacia de las medidas anteriores de régimen abierto impuestas a la menor.

SAP Coruña, Sec. 2ª, nº 473/2022, de fecha 28/10/2022, Pte: Sanz Crego, Salvador Pedro

“...Se cuestiona la medida impuesta, internamiento en régimen semiabierto, interesando la imposición en su lugar de una medida de libertad vigilada, invocando a tal efecto el principio de proporcionalidad de la medida. La alegación tampoco será estimada. El artículo 7 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores establece en su apartado 3 que "para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores ...".

Y en el presente caso en los informes del Equipo Técnico que obran a los folios 54 a 59 de las actuaciones se estima que, "dada la reiteración en la comisión de conductas delictivas (8 expedientes incoados) y la ineficacia de las medidas de medio abierto por falta de cumplimiento de la menor la más conveniente en este momento sería un internamiento en centro semiabierto, para en un espacio educativo supervisado y de control, alejado de su entorno habitual pueda poner freno a su carrera delictiva y donde pueda contar con la atención profesional continuada para desarrollar un proyecto de vida individualizado que le dé acceso a una integración social eficaz", que es precisamente la finalidad acogida por la Juez de Menores en la sentencia de instancia para la imposición, como la más adecuada para el menor, de la medida ahora cuestionada.

Ello sin perjuicio de que, iniciada la ejecución de la medida, pudiera ser de aplicación lo previsto en los artículos 13.1 (" El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta") y₉



Unidad Coordinadora de Menores

51. 1 (" Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley") de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores."

La medida impuesta no es desproporcionada y se considera correcta ya que es la adecuada como sanción puntual para que el menor reflexione sobre su conducta ilícita.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 445/2022, de fecha 14/9/2022, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

"Finalmente, debe añadirse que tampoco se aprecia desproporción alguna en la imposición al menor expedientado de la medida de cincuenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, a sustituir por la medida de cuatro fines de semana de permanencia en centro si no prestase consentimiento, pues pese a que del informe del Equipo Técnico no se desprende una situación de riesgo o conflicto social en el menor, es lo cierto que también se indica en dicho informe que se considera adecuada una sanción puntual, compatible con una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que permita al menor reflexionar sobre lo inadecuado de su conducta en el supuesto que nos ocupa, sin que tampoco pueda considerarse excesiva la medida impuesta en la sentencia apelada, teniendo en cuenta que el menor ha sido declarado responsable de dos infracciones penales (delito de lesiones y delito leve de lesiones) y en atención a lo dispuesto en los artículos 9 y 11 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores; y, finalmente, tampoco puede sostenerse, con fundamento, que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales del menor a la hora de escoger la medida, bastando con hacer remisión al contenido del fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada para comprobar que sí se han tenido en cuenta tales circunstancias."

Está justificada la imposición de medidas distintas por el mismo ilícito penal a varios menores autores del mismo ya que la extensión de la medida se condiciona al desarrollo del programa de actuación individualizado sobre cada ¹⁰



Unidad Coordinadora de Menores

uno de los encausados

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 548/2022, de fecha 28/11/2022, Pte: García-Galán San Miguel, Mª José

“Debemos señalar que no sólo es posible, sino que también es frecuente que las medidas a imponer a dos menores por unos mismos hechos sean distintas, no sólo en extensión, sino incluso de distinta naturaleza, dependiendo de las circunstancias personales, los factores de riesgo como los que analiza la sentencia, al establecer la medida adecuada en cada caso.

De modo que no cabe apreciar vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por parte de los tribunales, cuando los términos de comparación no son equiparables. En este caso un distinto trato pudiera estar justificado por la diferente situación, en razón a los déficits apreciados, al establecerse la medida de forma individualizada teniendo en cuenta factores individuales, personales, familiares, sociales, conductuales, terapéuticos, etc, los que difícilmente pueden entenderse comparables. Y a este respecto basta con recordar que las consecuencias legales de la infracción del ordenamiento jurídico penal que cabe imponer a los menores de edad presentan aspectos diferenciados en su fundamento a los del Derecho penal de adultos. Tanto ésta viene *“fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales”* y *“presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable”*; se trata, por tanto, de *“medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas”*; debido a lo cual se siguen criterios de *“flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto”*, por lo que en definitiva la reacción jurídica dirigida al menor infractor pretende ser *“una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma”*, con el objetivo último de *“impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor”*.

También es cierto que, respecto de la extensión temporal de la medida dentro de los márgenes legales, hemos dicho reiteradamente que la misma se condiciona a poder desarrollar y culminar el programa de actuación individualizado que permita alcanzar¹¹



Unidad Coordinadora de Menores

los objetivos partiendo de los factores de riesgo que han podido condicionar la conducta infractora del menor. Sin embargo, tal razonamiento se aplica a medidas de corta duración, en las que un programa de actuación precisa un tiempo mínimo para alcanzar los objetivos propuestos.

Por último, es cierto también que la actuación procesal de ambos menores expedientados en el presente supuesto también podría justificar un distinto trato, por cuanto uno de ellos reconoce los hechos, muestra arrepentimiento, asume la responsabilidad lo que dista mucho de la actuación mantenida por el recurrente, el cual, según han informado las Técnicas comparecientes al acto de la vista, durante el cumplimiento de la medida cautelar en el centro, mantiene un comportamiento disruptivo, de inadaptación a la normativa interna, con 17 expedientes entre graves y muy graves por todo tipo de hechos y entre estos por exaltación de grupos violentos, comportamiento violento minimizando factores de riesgo, habiendo tenido desde el último informe emitido por la Entidad Pública cinco expedientes por amenazas, coacciones a un compañero etc.”

La Sala no admite la imposición de una medida de libertad vigilada en segunda instancia por entender que sería más gravosa que la impuesta de prestaciones en beneficio de la comunidad incurriendo en *reformatio in peius*

SAP Málaga, Sec. 8ª, nº 336/2022, de fecha 28/9/2022, Pte: Del Río Carrasco, Mª Jesús

“El segundo motivo alegado en el recurso se refiere a la medida impuesta que se estima desproporcionada, alegando que de haberse conformado el menor con los hechos la medida a imponer hubiera sido menos gravosa, tal y como manifestó el Equipo Técnico y la propia Fiscalía en la audiencia, solicitando la defensa en la vista que la medida impuesta se sustituyera por la de libertad vigilada.

En el acto de la audiencia por el Ministerio Fiscal se solicitó en sus conclusiones definitivas la medida de 70 horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, que coincide con la impuesta en el fallo. El artículo 7 de la LO 5/2000, de 12 de enero, regula las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, ordenando en la letra h) la medida de Libertad vigilada y como una medida menos restrictiva, en la letra, k) Prestaciones en beneficio de la comunidad. Admitir la pretensión de la recurrente supondría una *reformatio in peius*, lo que supone un límite a las facultades revisoras en segunda instancia, ya que supondría dejar sin efecto la medida impuesta en sentencia e imponer, en su lugar, tal y como indica el precepto citado, una medida más gravemente limitativa de derechos. Por todo ello el recurso ha de ser desestimado.



Unidad Coordinadora de Menores

A.- III.- SOBRE ALGUNOS TIPOS PENALES CONCRETOS:

A.-III.-1 ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE AMENAZAS GRAVES HACIA LOS PROFESORES EN EL ENTORNO DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

La Sala estima que la entidad de las amenazas rebasa el umbral del simple delito leve, ya que son expresiones dirigidas por los alumnos de un instituto resultan plenamente creíbles y son, desde luego, aptas para crear en quienes las reciben, el temor racional de que algún mal a sus personas o bienes puede efectivamente producirse, estando muy alejadas de las meras amenazas leves.

SAP Toledo, Sec. 1ª, nº 153/2022, de fecha 23/9/2022, Pte: Familiar Martín, Alejandro

“Respecto de la calificación de los hechos como delito leve de amenazas, aunque el recurso no lo dice expresamente, lo que se pretende es una degradación de la medida a imponer, toda vez que el art 9 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece que cuando los hechos cometidos sean calificados de falta (hoy delito leve), la medida de libertad vigilada solo se podrá imponer hasta un máximo de seis meses, y en este caso se ha impuesto con una duración de un año y seis meses, propia de un delito de amenazas graves.

Pues bien, manteniéndose como mantenemos la redacción de los hechos probados consignada en la sentencia, es claro que los hechos no constituyen meras amenazas leves, sino las del art 169 del CP, que sanciona al que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, tratándose en este caso de amenazas contra la persona y el patrimonio.

Según reiterada doctrina del TS recogida por la Sentencia de 21 de julio de 2022, las notas características que configuran el delito de amenazas son las siguientes: 1.º) El bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2.º) Se trata de un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3.º) El contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados anteriormente; anuncio de mal que ha de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa¹³



Unidad Coordinadora de Menores

social indudable; 4.º) El mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado; y 5.º) El dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar.

Hemos indicado, también de manera reiterada, que el delito de amenazas es una infracción circunstancial, en el sentido de que la diferencia para que los hechos se califiquen de graves o constitutivos de una infracción leve del artículo 171 del Código Penal, es consecuencia de los elementos que rodean la acción, así como de la entidad y seriedad de las palabras o actos ejecutados y el temor que infundan al sujeto pasivo, es decir, de la menor gravedad de los males anunciados y de la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias (STS 292/2012, de 11 de abril).

En el presente caso, expresiones dirigidas por los alumnos de un instituto (que a la vista de la grabación del juicio presentan el aspecto de verdaderos adultos y no de meros niños) a los profesores diciéndoles "como te vea por la calle te voy a rajar", "te vamos a pegar yo y mis amigos", "te vamos a rajar las ruedas del coche", "puto gilipollas, profesor de mierda, me voy a enterar de cuál es tu coche y tu casa, te voy a rajar a ti y las ruedas del coche" etc., en el contexto en que se producen de venganza por la recriminación o reprobación de los profesores a los menores por su conducta en el centro escolar, resultan plenamente creíbles y son desde luego aptas para crear en quienes las reciben, el temor racional de que algún mal a sus personas o bienes puede efectivamente producirse, estando muy alejadas de las meras amenazas leves, que son las que no están revestidas de seriedad de las palabras o actos ejecutados, ni son realmente creídas por el receptor ni infunden verdadero por la menor gravedad de los males anunciados y la falta de credibilidad de los mismos."

La Sala explicita que la entidad y gravedad de las amenazas se refuerza por la presencia de jóvenes ajenos al centro educativo y mediante el uso de una pistola falsa, lo que configura una conducta apta para crear en las víctimas un temor racional y serio muy superior a las amenazas leves.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 400/2022, de fecha 19/7/2022, Pte: Pestana Pérez, Mario

"...Como hemos señalado, es muy significativa la presencia de jóvenes ajenos al Instituto y que precisamente sea uno de ellos el que protagoniza el comportamiento más evidentemente amenazador, concretamente una amenaza de muerte dirigida a la Profesora Sra. ZZZZ y realizada cara a cara tras otra amenaza del mismo tipo -"te voy a pegar un tiro"- proferida por otro de los integrantes del grupo cuando dicha profesora se hallaba de espaldas. Ver en tal comportamiento colectivo la expresión ejecutiva de

14



Unidad Coordinadora de Menores

un plan convenido, previa o espontáneamente, para hostigar a ciertos profesores del centro, amedrentarles mediante un acto de afirmación de poder, causándoles desasosiego y temor, es el modo lógico de valorar lo sucedido. El uso además, en un contexto agrio, de una falsa pistola mediante su colocación en zonas vitales -la nuca, en el caso de ZZZZ, la espalda, en el del Sr. YYYY, o apuntándole a la cabeza, en el de la Sra. ZZZZ, representa un claro mensaje simbólico dirigido a causa temor ante la posibilidad cierta de ser sometido a una agresión actual o futura. Es significativo lo declarado en este punto por WWW, concretamente que cuando se abrió paso entre los jóvenes que se arremolinaron a su alrededor, temía que le pudieran golpear con una patada, o que le zancadillearan. Según lo hasta ahora expuesto, es lógica la conclusión de que estamos ante un caso de coautoría en la ejecución de los dos hechos que se declaran probados en la sentencia del Juzgado de Menores. Como igualmente es lógico concluir que el propósito que expresa la conducta del grupo del que formaba parte activa el menor XXXX es de intimidar, de demostrar fuerza y de generar temor, desasosiego, miedo a sufrir un ataque a la integridad física. No cabe asumir la alegación de que el menor XXXX actuó en broma y en un contexto jocoso por ser el último día del curso. Ninguno de los testigos de cargo avaló con su testimonio semejante apreciación. Al contrario. El caso de las dos profesoras es evidente. Ambas hablan de un clima tenso, agrio, desagradable, intimidante, que en el caso de ZZZZ incluye amenazas expresas de muerte. Respecto a YYYY, es significativa la advertencia que le hizo al menor sobre la falsa pistola que este exhibía. Le dijo que tuviera cuidado y no se metiera en un lío, además de señalar que colocar esa "arma" en la cabeza era sin duda intimidante. También habla de una situación intimidante el Sr. WWW, el cual indicó que vio a las profesoras muy asustadas nada más suceder los hechos. Finalmente, el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía (CNP) con carné profesional núm. PPPP, con experiencia profesional en el ámbito de los centros de enseñanza, no dudó en calificar como graves los hechos enjuiciados y en destacar que vio a los profesores preocupados y asustados por lo sucedido."

A.III.-2 EL DELITO DE RECEPCIÓN ACREDITADO MEDIANTE PRUEBA INDICIARIA

La Sala estima que es factible declarar probados los hechos si concurren los requisitos de la llamada "prueba indiciaria". Además, se resalta que no es preciso que el receptor realice la venta directa de los objetos, basta con esas otras conductas "colaboracionistas" y de ayuda a los responsables para aprovecharse de los efectos del delito.



Unidad Coordinadora de Menores

SAP Valencia, Sec. 5ª, nº 378/2022, de fecha 26/9/2022, Pte: Ceres Montes, Concepción

“...El Tribunal Supremo admite la eficacia como prueba de cargo de la prueba indiciaria. Así, la *STS 6-4-2006, núm. 392/2006, rec. 2077/2004* declara que "la prueba indiciaria, circunstancial o indirecta es suficiente para justificar la participación en el hecho punible, siempre que reúna unos determinados requisitos, que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, ha repetido hasta la saciedad:

1) De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, aun cuando pueda ser la explicación sucinta o escueta.

2) Desde el punto de vista material, respecto a los indicios es necesario: a) que estén plenamente acreditados, b) de naturaleza inequívocamente acusatoria. c) que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa. d) que sean concomitantes al hecho que se trate de probar. e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

Y respecto a la deducción o inferencia es preciso a) que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia. b) que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Y dichos requisitos concurren en el caso de autos: consta que el menor es el usuario de la cuenta de WWW donde se pusieron a la venta los ordenadores del Instituto, el mismo reconoció que la usa frecuentemente para vender cosas, y así aparece en su historial, hay coincidencia con su email y el teléfono - que es de titularidad de su madre-, y con la URL, hay proximidad con el domicilio de su abuelo, a pocos números de la misma calle, las capturas de pantalla, en las que aparece el nombre y el *user* es ZZZZ, y en el folio 6, con el ordenador, aparecen conjuntamente otros objetos similares (*play station* y libros) que el menor reconoce haber vendido. Por lo que las manifestaciones del menor que aluden a un hipotético jaqueo del móvil o el uso de su cuenta por amigos no pueden entenderse más que con fines exculpatorios, como razona la magistrada a quo; siendo lo cierto que los datos informáticos corresponden al menor y en la localización ofrecida vive un familiar próximo.

Las conclusiones alcanzadas por la juzgadora de instancia no son erróneas, ni la inferencia es contraria a las reglas de la lógica, la razón o a las máximas de la experiencia; habiendo, pues, contado con prueba suficiente, aunque sea indiciaria,¹⁶



Unidad Coordinadora de Menores

que desvirtúa el principio de presunción de inocencia. Realmente, el apelante no discrepa de esos indicios, que ni siquiera menciona o relaciona, sino de que con los mismos no puede llegarse a concluir que el menor realizara la venta, sólo que puso a la venta el ordenador, por lo que entiende que no se le puede condenar por receptor. Sin embargo, el *artículo 298. 1 del Código penal* castiga al “, que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos ,,,, ” Y en su apartado 2 con mayor gravedad “ ,,,, a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. ”

Por tanto, tampoco es preciso que el receptor realice la venta de los objetos, basta con esas conductas colaboracionistas y de ayuda con los responsables a aprovecharse de los efectos del delito. Y la conducta atribuida al menor apelante se incardina en la descripción de dicho tipo penal. En su consecuencia, el recurso ha de ser desestimado, confirmándose la sentencia apelada por ser conforme a Derecho.”

A.III.-3 REQUISITOS PARA ACREDITAR LA COMISIÓN DE UN DELITO DE PERTENENCIA A ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La Sala señala que, con independencia de que la Sección territorial concreta de la banda a la que pertenecían, estuviese dotada de una mayor o menor complejidad organizativa, recursos económicos, número de miembros, lo esencial es formar parte activa de la organización, en sentido amplio, y que dicha organización se dedique sistemáticamente a la comisión de delitos.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 493/2022, de fecha 17/10/2022, Pte: Pestana Pérez, Mario

“...Tampoco pueden prosperar las alegaciones y argumentos de ambos recurrentes según los cuales no se dan los elementos típicos del delito de pertenencia a organización criminal.

Además de remitirnos a la amplia y precisa motivación de la sentencia apelada en ese punto con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, agregamos que la banda latina ZZZZ ha sido considerada organización criminal en SSTS núm. 475/2019, de 14 de octubre, y núm. 242/2022, de 16 de marzo.

Los menores recurrentes formaban parte activa de una de las unidades territoriales en las que se divide la organización, con independencia de que la Sección a la que pertenecían estuviese dotada de una mayor o menor complejidad organizativa, recursos económicos, número de miembros etc. Lo esencial es formar parte activa¹⁷



Unidad Coordinadora de Menores

de la organización, en sentido amplio, y que dicha organización se dedique sistemáticamente a la comisión de delitos, como es el caso de los XXXX. En conclusión, los dos recursos examinados deben desestimarse.”

El Tribunal estima que el delito se produce en el marco de una actuación llevada a cabo en grupo en el contexto de banda violenta y siendo la prueba practicada bastante como para declarar probada la pertenencia del menor a la banda latina conforme, no sólo las declaraciones testificales, sino por la estética, por la forma de actuar, por las veces en que ha sido identificado o detenido junto a personas integradas en bandas y por las detenciones previas en que se le investiga por delitos característico de bandas.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 548/2022, de fecha 28/11/2022, Pte: García-Galán Sn Miguel, María José

“En segundo lugar, motiva el recurso en la vulneración de principio de presunción de inocencia por aplicación indebida del art. 570 bis del Código Penal, por el que se castiga la pertenencia a organización criminal. Alega que no pertenece a la banda latina WWW, es musulmán y profesa dicha religión y el lema de WWW es "Dios, Patria y Libertad", refiriéndose al Dios cristiano, también la simbología es cristiana, como por ejemplo los rosarios. En lo que respecta a los indicios aportados, consistentes en las detenciones e intervenciones policiales, alega que en algunas de ellas consta que no está acreditada su pertenencia a bandas, en otra consta que el menor había negado ser el que portase el machete, en otra no llevaba armas, en otra se encontraba con otros identificados que vestían o llevaban signos de color verde sin poder precisar si XXXX los llevaba o no, y el vestir con ropa ancha y deportiva no es exclusivo de bandas y porque no ha sido condenado anteriormente por pertenencia a bandas. En lo que respecta al informe policial, alega que este se habría realizado sin ninguna comprobación o investigación según manifestaron los policías en la vista, por lo que tampoco puede ser considerada prueba bastante, ni mucho menos para concluir que Felipe fuera al menos soldado.....

El enfrentamiento se produce en el seno de una actuación propia de las bandas latinas, que es el enfrentamiento en grupo con otros individuos que piensan que puedan pertenecer a bandas rivales, por lo que eligen a los contendientes y se dirigen a ellos exigiéndoles que hagan un signo de desprecio hacia otras bandas, tras lo cual se produce un acometimiento coordinado y coetáneo, sabiendo que el otro es portador de un cuchillo que lleva oculto. No sólo se deduce la participación tras el análisis de los distintos hechos individualmente considerados, sino por la forma en que se producen, desde que tiene lugar el acercamiento, les requieren para que hagan signos propios₁₈



Unidad Coordinadora de Menores

de bandas y después se produce el acometimiento en el que tienen participación los dos expedientados respecto de la víctima a la que se causan heridas de extrema gravedad que de no haber recibido tratamiento serían letales.....

El supuesto no es el mismo, pues no se produce en el contexto de una agresión imprevista, sino una actuación llevada a cabo en grupo en el contexto de banda violenta. Del mismo modo la prueba practicada es bastante como para declarar probada la pertenencia de XXXX a la banda latina WWW, no sólo las declaraciones anteriormente referidas, sino por la estética, por la forma de actuar, por las veces en que ha sido identificado o detenido junto a personas integradas en bandas y por las detenciones previas en que se le investiga por delitos característico de bandas y un largo etc. que se analiza de forma detallada en la sentencia comenzando por las testificales practicadas en el acto de la vista y documental obrante en el expediente, aunque alguno o varios de esos hechos no resulten acreditados o se cuestione si el perfil el internet lo creó el menor expedientado o no, pues el resto de indicios configura un conjunto de suficiente entidad como para considerar probada, fuera de ninguna duda, su pertenencia a la banda latina YYY, siendo también otro indicio, la participación en los hechos que examinamos, característico de la actuación de dichas bandas. Por último, por haber referido los técnicos comparecientes a la vista del recurso que examinamos que el menor recurrente siempre se encuentra exaltando a las bandas, siendo éste uno de los motivos por los que se ha informado sobre la necesidad de la medida.”

A.-III.-4 REQUISITOS PARA APRECIAR EL DELITO DE ATENTADO A AGENTES DE LA AUTORIDAD, DIFERENCIAS CON LA ANTIGUA FALTA DEL ARTº 634 CP

Se rechaza la calificación de los hechos como “delito atentado a agentes de la autoridad” ya que la actuación del menor sería únicamente constitutiva de la derogada falta del artículo 634 del Código Penal, en la que se castigaba a los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes o los desobedecieren levemente.

SAP Oviedo, Sec. 2ª, nº 317/2022, de fecha 14/10/2022, Pte: Iriarte Ruiz, Fco. Javier

“...la conducta que se describe es una actuación obstructiva de una legítima intervención policial, pero nada más. El delito de atentado del artículo 550 del Código Penal requiere de la existencia de un acto típico consistente en agredir, acometer (y a estos efectos la jurisprudencia ha interpretado que "acometer" equivale a "agredir": así, sentencia del Tribunal Supremo 245/2016, de 30 de marzo) u oponer resistencia¹⁹



Unidad Coordinadora de Menores

grave, en este último caso con empleo de intimidación grave o de violencia.

La actuación del menor, abalanzándose hacia los agentes, pero sin llegar a tener contacto físico con ellos, e intentando entorpecer la actuación policial, que es lo único que la sentencia, congruentemente con lo relatado por el testigo, declara probado, no puede calificarse ni de agresión ni de intimidación grave o violencia. Y aun cuando es cierto que el Tribunal Supremo admite que el atentado se perfecciona incluso aunque el acto de acometimiento no haya llegado a consumarse, requerirá en cualquier caso de un ataque violento, lo que, en supuestos de oposición a una detención, suele apreciarse cuando la conducta obstativa viene acompañada de forcejeos, patadas, manotazos o puñetazos. A estos efectos la jurisprudencia menciona expresamente "actos corporales", como "puñetazos o patadas", a los que equipara "la utilización de medios agresivos materiales", y cita como tales "el disparo con arma de fuego" o "el intento de atropellamiento mediante un vehículo" (sentencias del Tribunal Supremo 945/2021, de 1 de diciembre, 338/2017, de 11 de mayo, o 432/2020, de 18 de marzo). Nada de eso tuvo aquí lugar, sin que pueda presumirse, en perjuicio del menor, que de no haber mediado la intervención del viandante y la chica que echaron a XXXX para atrás, este habría terminado por agredir a los agentes.

En definitiva, la actuación del menor sería únicamente constitutiva de la derogada falta del artículo 634 del Código Penal, en la que se castigaba a los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes o los desobedecieren levemente, por lo que, al no reunir su conducta, en la fecha de comisión de los hechos, caracteres de infracción penal alguna, procede la revocación de la sentencia y la absolución del apelante con todos los pronunciamientos favorables."

A.-III.-5 SOBRE LA ENTIDAD E INTENSIDAD DEL ATAQUE A LA INTEGRIDAD MORAL NECESARIOS PARA INTEGRAR EL DELITO DE TRATO DEGRADANTE

La Sala estima que el ataque a la integridad moral de un menor, identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de su persona, tuvo entidad e intensidad bastantes para calificar los hechos como delito.

SAP Badajoz, Sec. 1ª, nº 87/2022, de fecha 2/11/2022, Pte: Madrigal Martínez-Pereda, Matías Rafael

"...Como recoge la sentencia impugnada, la testigo, al igual que XXXX, ponen de manifiesto como uno de los chicos del grupo le dijo a XXXX que se callara; que, si no, le iban a dar un cate. Sobre la persona concreta que hizo eso, así como los actos anteriores, la testigo no identifica con nombre y apellidos, pero lo cierto es que el₂₀



Unidad Coordinadora de Menores

grupo estaba allí, y aunque actúe uno, estando presentes y conscientes de lo que está ocurriendo sin hacer nada por evitarlo, todos son igualmente responsables, pues no estamos en el terreno de lesiones o pelea donde se pueda identificar lo que ha realizado cada uno. Así, la testigo no solo es de referencia por lo que le contó XXXX, sino directa pues presencia un episodio íntimamente relacionado con el primero, en el que el estado de XXXX reflejaba intranquilidad y ansiedad. La madre de XXXX refiere que su hijo llegó en tal estado que tuvo que darle un ansiolítico. En otro orden de cuestiones, el perjudicado presentó unas fotografías sobre los impactos de huevo, cáscaras e incluso la piedra que le lanzaron.

Se atenta sin ningún género de duda para este tribunal contra la integridad moral del menor. Este derecho, identificado con la idea de dignidad e inviolabilidad de su persona y, tomando como referencia la *STC 120/1990, de 27 de junio*, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Con ocasión, o debido a la orientación sexual del menor apelado, los menores recurrentes le lanzaron piedras y huevos y se dirigieron a él con expresiones como: "maricón, puto gay de mierda, mira como corre el puto palomo cojo...".

Consideramos que la conducta ha servido al fin y resultado de menoscabar la integridad moral del joven, le ha causado angustia, inferioridad y humillación, quebrantando su resistencia moral.

No es discutible, insistimos, que la acción de los menores expedientados infligió al menor un menoscabo de su integridad moral. apreciándose una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se muestra, como en el caso, cruel o humillante puede ser calificado de degradante en cuanto ha tenido intensidad suficiente para ello."

A.-III.-6 NECESIDAD DE QUE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DELITO DE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS SE INCLUYAN EN EL RELATO DE "HECHOS PROBADOS"

La Sala rechaza la calificación de los hechos como "delito de robo con fuerza" por cuanto que el acto de fuerza -fractura de la luna trasera de un vehículo- ha sido descrito en una ubicación absolutamente inidónea de la sentencia que sea hábil para introducir datos fácticos que permitan integrar la calificación jurídica del delito o agravar la responsabilidad penal del acusado. Y tras ello, examina los requisitos jurisprudenciales al respecto.



Unidad Coordinadora de Menores

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 457/2022, de fecha 26/9/2022, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...Distinta suerte ha de correr el motivo de recurso referente a la procedencia de calificar el hecho delictivo como hurto, en lugar de como robo con fuerza, por la sencilla razón de que en el relato de hechos probados de la sentencia apelada no se describe acto alguno de fuerza sobre el vehículo para acceder a la sustracción de las herramientas, de tal manera que dicho relato no permite sostener una calificación del hecho como delito de robo con fuerza, sino exclusivamente como delito de hurto.

Es cierto que a la existencia de tal acto de fuerza (fractura de la luna trasera del vehículo) sí se hace referencia en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, pero tal ubicación es absolutamente inidónea para introducir datos fácticos que sirvan para integrar la calificación jurídica del delito que es objeto de acusación o para agravar la responsabilidad penal del acusado, como viene manteniendo una reiterada doctrina jurisprudencial. Es decir, no resulta procedente complementar el relato de hechos probados de la sentencia, en perjuicio del acusado, con las afirmaciones fácticas que se realizan en la fundamentación jurídica de la misma, pues es claro que todas las precisiones necesarias para conocer y valorar adecuadamente la concreta conducta y para calificar correctamente los hechos debieron ser ofrecidas en el propio seno del relato de hechos probados de la sentencia apelada, a fin de no generar duda alguna al lector de dicho relato sobre la totalidad de las circunstancias que acontecieron y sobre la actuación del acusado. En este punto, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2003 (Sentencia nº 769/2003), textualmente, lo siguiente: " 3.-La permisividad de una corriente jurisprudencial de esta Sala, ha intentado salvar la incorrecta técnica y sistemática de los redactores de algunas sentencias, complementando los hechos probados, con las referencias fácticas camufladas en el seno de las argumentaciones jurídicas. De esta forma, además de hacer una interpretación contra ley, perjudicial para el reo, se origina una cierta indefensión en la parte afectada, que tiene que escudriñar e interpretar, cuáles son las partes fácticas de la fundamentación jurídica, para conseguir combatir la calificación jurídica de la sentencia. No sabe de antemano, qué pasajes van a ser considerados complementarios del insuficiente y deficiente relato fáctico, sin embargo esta Sala puede a su elección, elegir aquellos que considera integradores y llegar a una solución a la que no ha tenido oportunidad de oponerse la parte recurrente. 4.-La técnica de la complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva, se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica. El artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos dice de manera expresa que el error de derecho tiene que partir de los hechos que se declaran probados. Exige, por tanto, el₂₂



Unidad Coordinadora de Menores

legislador y nuestro sistema tradicional, ahora reforzado por las previsiones constitucionales de la tutela judicial efectiva y la interdicción de la indefensión, que la base y contenido de la imputación jurídica se concentra única y exclusivamente en los hechos que se declaran formal y restrictivamente probados.

Es evidente que cuando la sentencia se olvida de unos hechos y los recoge de manera puramente dialéctica en los fundamentos de derecho, nunca se dice, de forma concluyente, que, dichos pasajes, se declaran expresa y terminantemente probados. Este modelo de sentencias está además expresamente avalado por el ancestral artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece, desde hace más de un siglo, cuál es la técnica legal que debe seguirse, imponiendo, hacer una declaración "expresa y terminante" de los hechos que se estimen probados. Más recientemente el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que, se consignarán en párrafos numerados y separados, los diversos apartados que constituyen la estructura de la sentencia, para que pueda ser comprendida y en su caso recurrida por la parte a la que perjudica. La tesis de la complementación ha sido una rechazable técnica que se ha utilizado, casi siempre, en contra del reo y para salvar las deficiencias imputables a los redactores y firmantes de la sentencia. Lejos de contribuir a la perfección del sistema, se ha coadyuvado a la vulneración de elementos sustanciales que deben ser observados en la aplicación del derecho por parte de los órganos jurisdiccionales. 5.-En consecuencia y ciñéndonos exclusivamente al contenido expreso y taxativo del hecho probado, debemos hacer una lectura e interpretación favorable al reo. No podemos utilizar el silencio o la omisión, en contra de sus tesis impugnatorias. ".....Esta Sala ha aceptado en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, (STS 209/2003, de 12 de febrero y 302/2003, de 27 de febrero), que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado. Pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS núm. 1369/2003, de 22 octubre), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales.... Finalmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2015 (STS nº 454/2015), se viene a hacer reiteración de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, al señalar lo siguiente: "En efecto la cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declarados probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permite valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia. Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a₂₃



Unidad Coordinadora de Menores

buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y, por último, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación. Posturas que se han mantenido son las tres siguientes:

A) En primer lugar, la tradicional, ya apuntada, que entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (SSTS. 1.7.92 , 24.12.94 , 21.12.95 , 15.2.96 , 12.12.96 , 987/98 de 20.7 , 1453/98 de 17.11 , 1899/2002 de 15.11 , 990/2004 de 15.4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim, bien por la del art. 24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ .

B) En segundo lugar, la que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.....Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

C) Y, en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

En base a la doctrina jurisprudencial expuesta y teniendo en cuenta que en el relato de hechos probados de la sentencia apelada no se realiza descripción fáctica alguna sobre la realización por el menor expedientado o sus acompañantes de acto alguno de fuerza sobre la furgoneta para acceder a su interior y sustraer las herramientas y que tampoco se declara en dicho relato cuál era el valor económico de los objetos sustraídos, sin que pueda presumirse en perjuicio del acusado que dicho valor excediese de la cantidad de cuatrocientos euros, es claro que dicho relato fáctico no permite sustentar la calificación de robo con fuerza realizada en la sentencia apelada, sino solo la de delito leve de hurto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234.1 y 2 del Código Penal.”



Unidad Coordinadora de Menores

A.-III.-7 CONDUCTAS INCARDINABLES EN EL TIPO PENAL DE ALLANAMIENTO DE MORADA

La Sala describe cómo la conducta irresponsable e incívica de la menor investigada colma sobradamente los requisitos exigidos para integrar el tipo de allanamiento de morada ajena.

SAP Melilla, Sec. 7ª, nº 84/2022, de fecha 27/10/2022, Pte: Torres Segura, Miguel Ángel

“...La propietaria de la vivienda ha sido muy contundente al explicar cómo cuando estaba en Madrid, recibió un aviso de una vecina de que habían entrado en su casa y como su hijo se puso en contacto con XXXX recriminándole que hubieran entrado allí, lo que pone de manifiesto que XXXX no podía desconocer de quien era la casa y que habían entrado sin permiso de sus titulares que en ningún momento, podían haber autorizado una fiesta en su casa, utilizando una cama, el jacuzzi, el salón y en definitiva toda la vivienda, para una fiesta de dos días, causando todo tipo de desperfectos, sin que los dueños estuvieran allí y en ausencia de los mismos.

El delito de allanamiento de morada por parte de XXXX no admite dudas, habiendo entrado en varias ocasiones en la casa, sabiendo perfectamente que la vivienda no era de las personas que la invitaban, conociendo que estos no contaban con autorización de las personas que vivían allí, haciendo uso de las instalaciones de la misma como si fuera suya, sin el menor problema para causar todos tipo de desperfectos en el mobiliario y en la propia vivienda, actuando junto con los demás jóvenes, de un modo casi vandálico. Con la entrada no autorizada en la vivienda y con el conocimiento de la ajenidad y de la falta de autorización para acceder a la vivienda, se consuma plenamente el delito de allanamiento de morada del artículo 202 del Código Penal.

Como se puede leer en la sentencia de la Sala II 260/11 de 6 de abril "el delito de allanamiento solo exige que vertebrada alrededor del dolo genérico de entrar y permanecer en morada ajena contra la voluntad del dueño, sin exigirse la presencia de otro elemento subjetivo del injusto adicional, y ello porque la vivienda constituye el espacio de privacidad más íntimo de la persona, allí donde la persona y su familia vive su intimidad al resguardo de los usos y convencionalismos sociales, por lo que nadie puede invadir ese escenario sin el consentimiento del morador". En la misma línea, la sentencia de la Sala II 393/2.008 de 26 de junio, establece que "el tipo penal únicamente requiere el dolo genérico de entrar o mantenerse en morada ajena, sin exigirse la concurrencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto, bastando con la conciencia de la ajenidad de la morada y de la ilicitud de la acción (véase, por todas, S.T.S. de 17 de noviembre de 2.000 y 5 de diciembre de 2.005)".

25



Unidad Coordinadora de Menores

No cabe duda de que la menor XXXX sabía entró en varias ocasiones en una casa ajena, de sus vecinos, sabiendo que estos no estaban allí ni habían autorizado la entrada, siendo invitada por otros jóvenes ajenos a la vivienda y que no contaban con autorización. No entró solo una vez sino varias veces en la vivienda, invitando a otras personas personalmente o a través de Instagram, saliendo y entrando de la casa cuando no podía tener la menor duda de que no estaban autorizados por los titulares de la misma, haciendo uso de la misma plenamente como si fueran sus dueños, celebrando una fiesta en la casa que duró horas, causando desperfectos, molestias, suciedad, daños, con un manifiesto desprecio irresponsable a la propiedad y a la intimidad ajena. Nos encontramos ante unos hechos muy graves, entrar y permanecer en una casa ajena 5 durante dos días, celebrando una fiesta, usando y abusando de la vivienda, comiendo y bebiendo lo que los titulares de la vivienda tenían allí, haciendo uso del jacuzzi, de las camas, el salón de la vivienda, la ropa, los perfumes y todos los aparatos e instalaciones de la casa, sabiendo en todo momento la menor que no tenía el menor derecho a ello.”

A.-III.-8 EL DELITO LEVE DE DAÑOS DOLOSOS ES PERSEGUIBLE DE OFICIO Y LAS MENCIONES PROCESALES SOBRE LAS FALTAS SE ENTIENDEN REFERIDAS A LOS ACTUALES DELITOS LEVES

La Sala reitera que no procede la absolución por el delito leve de daños dolosos por ser perseguible de oficio.

SAP Cuenca, Sec. 1ª, nº 170/2022, de fecha 17/11/2022, Pte: Criado del Rey Tremps, Gonzalo

“El Tercer motivo del recurso debe desestimarse porque el delito de daños dolosos es un delito perseguible de oficio y por el que el Ministerio Fiscal ha formulado acusación; compartiéndose el criterio de otros Tribunales en relación con esta cuestión como por ejemplo, el de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz que en sentencia de 14 de enero de 2022, número de recurso 86/2021 dice que el delito leve de daños es perseguible de oficio y el Ministerio Fiscal está legitimado para el ejercicio de la acción penal y civil *ex delicto*, salvo renuncia o reserva expresa de ésta (arts. 110 y ss de la LECRIM).

Por lo que se refiere al cuarto motivo del recurso debe decirse que la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores contiene aspectos sustantivos y procesales. Pues bien, ya se estableció en el último inciso de la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 1/2015 que las



Unidad Coordinadora de Menores

menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves. Se desestima el motivo.”

A.-III.-9 REQUISITOS GENERALES PARA APRECIAR LA COAUTORIA

La Sala examina los requisitos jurisprudenciales que deben concurrir para aplicar la coautoría de un delito de incendio de contenedores urbanos.

SAP LLeida, Sec. 1ª, nº 200/2022, de fecha 11/7/2022, Pte: García Navascués, Víctor Manuel

“...Al respecto dice la STS 584/2022, de 13 de junio: "Así la sentencia de esta Sala Segunda núm. 451/2019, de 3 de octubre, recopila: "Como es sabido, el citado artículo 28 CP 1995 consagró un concepto legal de coautoría que ya era de uso común en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que en la actualidad se ha visto ampliamente desarrollado y consolidado en múltiples sentencias, cabiendo citar entre las más modernas las SSTS 1320/2011, 1385/2011, 575/2012, 1013/2013 y 129/2014. Según esta doctrina jurisprudencial existe coautoría cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Significa esto que para que pueda hablarse de coautoría se precisa la concurrencia de dos elementos:

1).- Un elemento subjetivo que se traduce en la existencia de una decisión conjunta, es decir, un acuerdo de voluntades o dolo compartido dirigido a una misma finalidad. Decisión conjunta que puede ser tanto previa a la acción, con o sin reparto expreso de papeles (coautoría previa) como simultánea a la ejecución (coautoría adhesiva), admitiéndose también la llamada coautoría sucesiva en los casos en que alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro con el fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este. Habiendo precisado también el TS (ej. SSTS 14/07/2010 y 575/2012) que esa decisión conjunta o *pactum scaeleris* puede ser tanto expresa como tácita, evidenciándose esta última en los concluyentes actos de aportación efectuados a la ejecución del hecho (...).

2).- Un elemento objetivo, que viene constituido por la necesidad de que todos los coautores efectúen una aportación esencial para la realización conjunta del hecho en su fase de ejecución que aunque no tiene por qué traducirse en la realización de actos integradores de la conducta nuclear del tipo delictivo, (por ejemplo, en un homicidio no es preciso que cada coautor participe materialmente en la agresión letal), sí que requiere que todos los coautores tengan dominio o condominio del hecho, que podrá ser funcional si existe la división de funciones entre los intervinientes pero siempre con ese dominio de la acción característico de la autoría. Y es que, en definitiva, como²⁷



Unidad Coordinadora de Menores

aclara esta jurisprudencia, la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho.

De ahí que de ese hecho criminal no deba responder sólo el que ejecuta materialmente la acción típica sino todos los que participan con actos esenciales a su realización dominando de forma conjunta ese hecho. Se produce, pues, en estos casos una imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado como consecuencia de ese común acuerdo. Y esta imputación recíproca justifica, a su vez, la extensión del concepto de autor a hipótesis en las que el comportamiento del otro sujeto era suficientemente previsible. Se trata de hipótesis, conocidas jurisprudencialmente como teoría de las desviaciones previsibles, en las que habiendo existido un previo concierto para llevar a cabo un delito (por ejemplo robo con violencia o intimidación) que no excluya a priori todo riesgo para la vida o la integridad corporal de personas, aunque sólo algunos de los partícipes sean los que materialmente ejecuten esos resultados de muerte o lesiones, no expresamente pactados pero tampoco excluidos del previo concierto, todos los demás partícipes no ejecutores responden también conjuntamente de los mismos al situarse su culpabilidad en, al menos, el plano del dolo eventual, siempre que, naturalmente esas desviaciones del plan inicial tenga lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos.

....Se ha aplicado en este caso el artículo 266.1 en relación con el artículo 263.1 CP, es decir, causar daños en propiedad ajena mediante incendio, no requiriéndose que se trate de daños de especial consideración o que afecten a intereses generales, recogiendo dicha calificación por la quema de contenedores por ejemplo en el caso resuelto en la STS 92/2022, de 7 de febrero, si bien en este caso también se aplicó el art. 263.2.4º CP, es decir, afectación a bienes de dominio o uso público o comunal, agravación que en este caso no se ha aplicado. Procede por todo ello confirmar la condena de los acusados por los delitos de desórdenes públicos, atentado a agentes de la autoridad y daños por incendio.”

A.-III.-10 REQUISITOS DEL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

La Sala analiza los elementos del delito de agresión sexual continuado y la concurrencia de intimidación en la conducta del menor responsable

SAP Burgos, Sec. 1ª, nº 374/2022, de fecha 14/11/2022, Pte: Muñoz Quintana, María Teresa

“También por la parte recurrente se hace mención a la disconformidad con la calificación jurídica de los hechos probados como constitutivos de agresión sexual, por cuando se indica que no se puede afirmar que los hechos sean constitutivos de un₂₈



Unidad Coordinadora de Menores

abuso sexual y mucho menos de una agresión sexual. Puesto que en modo alguno se dan las circunstancias de violencia o intimidación que permitan calificar los hechos como agresión sexual. Sin embargo, toda vez que conforme se expuso en el anterior fundamento de derecho se da por acreditado que los encuentros sexuales ocurridos tras haber cumplido el menor expedientado XXXX la edad de 14 años, en número de unos siete, lo fueron haciendo éste uso de una actuación intimidatoria hacia el también menor de 16 años ZZZZ, a quien le decía que de no acceder llevar a cabo las masturbaciones entre ellos haría públicas, a través de las redes sociales, fotografías de contenido sexual de ambos, ante lo que este segundo accedía en virtud de dicha intimidación y en contra de su voluntad. Hechos que por la Juzgadora de Instancia han sido correctamente considerados como constitutivos de un delito de agresión sexual continuado a menor de 16 años del artículo 183.2 del Código Penal (EDL 1995/16398) en relación con el 74 del mismo cuerpo legal. Y, en virtud en cuanto al primero de dichos preceptos de la redacción vigente en la fecha de los hechos "Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo". Ya que conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2021 "Y si ya hemos indicado que la agresión sexual acontece cuando se imponen actos de contenido sexual empleando violencia o intimidación para ello, es pacífica la jurisprudencia de esta Sala en señalar que por violencia debemos entender el empleo de la fuerza física, concebida como equivalente a acometimiento, coacción o imposición material, lo que implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones o desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS 1145/1998, de 7 de octubre (EDJ 1998/21996) ; 1546/2002, de 23 de septiembre (EDJ 2002/44053) o 373/2008, de 24 de junio (EDJ 2008/111614) , entre muchas otras). A diferencia de la intimidación que -como indica el recurso- es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre (EDJ 2002/44551) y debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado (SSTS. 130/2004 de 9 de febrero (EDJ 2004/8322) y 1164/2004 de 15 de octubre)".

Siendo los elementos de este tipo penal: a) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico de contenido sexual, como lo es "chupar el cuerpo de la menor (cuello, espalda y piernas), tocamientos en el culo y vagina por el procesado o hacer tocarle el pene con movimientos masturbatorios. b) un ánimo libidinoso, de satisfacción del deseo sexual, inherente en el presente caso a la conducta realizada y c) violencia o intimidación en el ataque contra la libertad o indemnidad sexual que afecta a una persona menor de dieciséis años. Dicha intimidación que según se viene exponiendo₂₉



Unidad Coordinadora de Menores

concorre en este caso en la conducta del menor expedientado, conforme recoge jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en sentencia 898/2016 de 30 de noviembre que cita la sentencia núm. 480/2016, de 2 de junio: "la jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleada en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. " Descartándose, por lo tanto, en el presente caso, la pretensión de absolución del delito de agresión sexual del artículo 183.2 del Código Penal (EDL 1995/16398), y de la consiguiente responsabilidad civil.

A.-III.-11 ELEMENTOS INTEGRANTES DEL DELITO DE LESIONES

El Tribunal rechaza la calificación del delito de lesiones del juzgador *a quo* por no haberse acreditado necesidad de tratamiento médico o quirúrgico.

SAP Murcia, Sec. 2ª, nº 262/2022, de fecha 12/7/2022, Pte: Morales Limia, Augusto

"Por tanto, es incuestionable que los elementos del tipo penal de que se trate, los de naturaleza esencial, han de aparecer concretados debidamente en forma de hecho en el apartado de la sentencia referente a los "hechos probados", sin que quepa admitir que ello se pueda diferir a la fundamentación jurídica. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso analizado pues el único "tratamiento" de los padecimientos sufridos por el perjudicado que refleja el relato de hechos probados de la sentencia apelada es el de "tratamiento psicológico" que, por lo antes dicho, no cubre los requisitos de tipicidad del art. 147.1 CP. Así pues, concurre aquí el vicio de infracción de ley detectado a partir de la aplicación al caso del principio de voluntad impugnativa del recurrente. Y ello, ante una fase procesal en que tal defecto resulta ya insubsanable (pues no cabe la *reformatio in peius* en perjuicio del apelante), sólo puede llevar a la revocación de la sentencia condenatoria de instancia y al dictado de otra de corte absolutorio.

Y estimado este primer motivo que se invoca con el recurso -no concurren los requisitos legales del delito de lesiones- es obvio que ya no es preciso entrar a analizar el resto de los expuestos. Finalmente señalar que las referencias que hace la acusación particular a los documentos aportados en esta alzada con su escrito de impugnación (auto de esta Sala de 18 de enero de 2022 , que descartó un posible₃₀



Unidad Coordinadora de Menores

delito leve; e informes del médico forense sobre las lesiones sufridas por los agresores) carecen de relevancia práctica para poder cambiar el sentido del pronunciamiento de esta segunda instancia penal por cuanto que no guardan relación alguna con el vicio sustancial detectado en la sentencia apelada, que es por el que se revoca la misma. Por último, hay que indicar que, suprimida la condena por el delito menos grave de lesiones de los arts. 147.1y148.1 CP por razón del vicio que padece la sentencia de instancia, es decir, por falta de fijación fáctica en el apartado de hechos probados de la misma del requisito del "tratamiento médico o quirúrgico" del agredido, no es posible condenar al menor por un delito leve de lesiones."

A.-III.-12 REQUISITOS PARA APRECIAR EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

La Sala rechaza la aplicabilidad del tipo penal de blanqueo de capitales del art. 301 CP en la conducta desarrollada por los menores.

SAP Pontevedra, Sec. 4ª, nº 124/2022, de fecha 28/9/2022, Pte: Navares Villar, Mª Cristina

"A propósito del delito regulado en el Art. 301 del Texto Punitivo por el que se condena a los menores, dice la STS de 19/07/2017, EDJ 2017/175657 lo siguiente: "El delito de blanqueo exige que todas las conductas descritas en el art. 301.1 CP y relacionadas con los bienes a los que afectan, tengan como finalidad ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar al autor del delito antecedente a eludir las consecuencias legales de sus actos, (por todas y como más reciente STS 362/2017, de 19 de mayo (EDJ 2017/79612)). La acción sancionada como blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir su origen ilícito. La STS 265/2015, de 29 de abril (EDJ 2015/73564), ya citada, lo explica con detalle: "El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que, superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

En concreto el art. 301 del Código Penal (EDL 1995/16398) sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. (...).

31

**Unidad Coordinadora de Menores**

El delito de blanqueo de capitales no se comete por el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias adquiridas con la comisión de un delito. Requiere la ejecución de alguna de las acciones típicas con el objetivo de ocultar el origen ilícito del bien de que se trate o de ayudar al autor de aquel delito antecedente a eludir las consecuencias legales de sus actos". Con base en la jurisprudencia de nuestro TS se vienen considerando el blanqueo de capitales como la actuación consistente en la incorporación al mercado o circuito legal, bajo apariencia de legalidad, de los bienes obtenidos como consecuencia de la perpetración de una actividad delictiva precedente. Es decir, es la incorporación al tráfico legal de los bienes, dinero, y ganancias en general, obtenidos en la realización de actividades delictivas, de manera que, superado el proceso de incorporación al circuito legal, se haga posible su disfrute, de forma jurídicamente incuestionada (TS 23-1-20, EDJ 505631).

Pues bien, en el caso concreto, los referidos menores no realizan ninguna de las acciones típicas a las que alude el precepto penal por el que han sido sancionados. Su actitud pasiva o de oposición poco firme o contundente, no tiene encaje en el mismo. El tipo requiere una acción material del autor o autores: adquirir, poseer, utilizar, convertir, o transmitir bienes sabiendo que proceden de una actividad delictiva, o bien, realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito o para ayudar a la persona/s que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos, y, en el supuesto examinado ni en el *factum* ni en la fundamentación jurídica se describe la acción material que llevaron a cabo los menores para ayudar a los autores de la sustracción a eludir las consecuencias legales de su acción. Es más, la acción que se les atribuye podría haber dado lugar, en su caso, a otra figura delictiva (encubrimiento, deber de impedir la comisión de hechos delictivos ...) de las que, en todo caso, no se les ha acusado por lo que el Tribunal tampoco puede entrar en su valoración. Insistimos en que el precepto por el que han sido condenados exige la ejecución de una acción material; el delito no se comete por omisión (no hacer), sino por una conducta activa, conducta que los menores no han realizado; de hecho, ni siquiera el autor confeso, XXXX, atribuyó a estos cuatro menores actuación o decisión alguna en relación con el robot siendo claro a la hora de afirmar que fueron los cuatro que lo sustrajeron los que decidieron tirarlo por el acantilado.

En consecuencia, atendiendo a lo expuesto y acogiendo el motivo de impugnación invocado, el pronunciamiento condenatorio referido a los menores debe ser revocado, procediendo declarar su libre absolución."



Unidad Coordinadora de Menores

A. -IV. LAS ATENUANTES

La Sala rechaza la concurrencia de atenuación por Legítima Defensa, ni completa ni incompleta, en el caso de una riña mutuamente aceptada entre las partes. Además, excluye la falta de proporcionalidad entre la medida impuesta y la conducta de realizada por el menor.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 445/2022, de fecha 14/9/2022, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...De lo expuesto se sigue que tampoco puede prosperar la alegación de la concurrencia de legítima defensa que se esgrime en el recurso, pues de la prueba practicada en el acto de la audiencia no se desprende, en modo alguno, la presencia de los presupuestos de dicha causa de justificación, que, por tanto, no puede ser apreciada ni como eximente completa ni como eximente incompleta, sin que la apreciación de dicha circunstancia pueda basarse en la meramente subjetiva y comprensiblemente interesada versión de los hechos que la parte apelante ofrece en su recurso, que no se corresponde con la versión que extrae la juzgadora *a quo* de la prueba practicada a su presencia -que este Tribunal comparte- y que apunta a la existencia de una riña mutuamente aceptada, lo que excluye la posibilidad de apreciar tal circunstancia eximente de responsabilidad penal.

Finalmente, debe añadirse que tampoco se aprecia desproporción alguna en la imposición al menor expedientado de la medida de cincuenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, a sustituir por la medida de cuatro fines de semana de permanencia en centro si no prestase consentimiento, pues pese a que del informe del Equipo Técnico no se desprende una situación de riesgo o conflicto social en el menor, es lo cierto que también se indica en dicho informe que se considera adecuada una sanción puntual, compatible con una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que permita al menor reflexionar sobre lo inadecuado de su conducta en el supuesto que nos ocupa, sin que tampoco pueda considerarse excesiva la medida impuesta en la sentencia apelada, teniendo en cuenta que el menor ha sido declarado responsable de dos infracciones penales (delito de lesiones y delito leve de lesiones) y en atención a lo dispuesto en los *artículos 9 y 11 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores* ; y, finalmente, tampoco puede sostenerse, con fundamento, que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales del menor a la hora de escoger la medida, bastando con hacer remisión al contenido del fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada para comprobar que sí se han tenido en cuenta tales circunstancias.”

33



Unidad Coordinadora de Menores

La Audiencia rechaza la concurrencia de Legítima Defensa, analizando la nueva jurisprudencia sobre la carga de la prueba, en especial la necesidad racional del medio empleado para la defensa, valorando la inconcurrencia en el caso concreto de dichos requisitos.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 426/2022, de fecha 28/7/2022, Pte: Pestana Pérez, Mario

“... Respecto a la eximente de legítima defensa, debemos comenzar señalando que los hechos probados de la sentencia apelada no sostienen la circunstancia atenuante apreciada. Las dudas que se motivan en la resolución apelada sobre algunos de los elementos de la eximente no se traducen en los hechos declarados probados en forma de expresiones de incertidumbre. No hay zonas de incertidumbre en el relato derivadas de la duda puntual.

La parte recurrente afirma que la fundamentación jurídica de la sentencia apelada reconoce que se cumplen dos de los tres requisitos requeridos por la jurisprudencia para apreciar la eximente de legítima defensa. Esto no es exactamente así.

En la sentencia se aplica lo que cabría denominar nueva jurisprudencia sobre la carga de la prueba en relación con las circunstancias eximentes y atenuantes. Además de las sentencias citadas, cabe añadir como más reciente la *STS núm. 204/2021, de 4 de marzo*. Lo que se hace en la sentencia del Juzgado de Menores es considerar que cabe la duda razonable sobre la existencia de una agresión ilegítima, pero que no cabe tal duda sobre la ausencia de la necesidad racional del medio empleado para la defensa, sobre la manifiesta desproporción en la respuesta.

Pese al loable esfuerzo de la defensa letrada del menor recurrente, compartimos la valoración que se consigna en la sentencia apelada sobre este punto. El hecho de que el menor tuviera 16 años cuando ocurrieron los hechos no es significativo, ya que cuando golpea con gran violencia a su antagonista no se halla inmerso en una pelea donde está en inferioridad. No cabe confundir los dos incidentes sucesivos. Hay que centrarse en segundo, que es donde se produjo el puñetazo, y en él incluso hay superioridad numérica del grupo del que XXXX formaba parte -su padre, su amigo YYYY y él, frente a ZZZZ y el padre de este-. Por otra parte, la inmadurez de un joven de 16 años ya se tiene en cuenta en las medidas sancionadoras-educativas que como respuesta arbitra la Ley Orgánica 5/2000.

Además de lo anterior, no cabe asumir sin más la versión del menor XXXX, de su padre y de YYYY o, según la cual, dicho progenitor fue súbitamente agredido, siendo esta la razón de la respuesta del menor. Esta es una de las versiones en liza. Por lo demás, y tal como ha considerado la Juzgadora de instancia, es clara la extrema violencia del puñetazo que lanzó el menor, completamente desproporcionado en función de las³⁴



Unidad Coordinadora de Menores

circunstancias, bastando hacer referencia a los desiguales resultados lesivos registrados en el incidente. Cabe añadir que el hecho de que ZZZZ llevaba gafas era un extremo claramente visible para cualquiera, y que dicha circunstancia incrementaba el peligro de daño corporal si era golpeado con fuerza en la cara, es un extremo que no ajeno al conocimiento medio de un joven de 16 años. En conclusión, la pretensión absolutoria deducida con fundamento en la alegada eximente de legítima defensa debe desestimarse.”

La Sala rechaza la concurrencia de eximente completa de alteración psíquica en el menor expedientado e indica que el hecho de tener condicionada su voluntad, aún de forma muy grave o severa, no equivale a estimar anulada por completo tal capacidad volitiva.

SAP Valladolid, Sec. 2ª, nº 282/2022, de fecha 30/9/2022, Pte: De la Torre Aparicio, Miguel Ángel

“Así mismo, la parte apelante alega infracción del artículo 20. 1ª del Código Penal y del artículo 5.2 de la LORPM por su indebida inaplicación. Sostiene que es incorrecto el criterio del Juzgador al apreciar tan solo la eximente incompleta de alteración psíquica, considerando que procede la aplicación de tal eximente completa pues -según indica- el menor XXXX realizó los hechos objeto del procedimiento sin comprenderlas consecuencias de sus actos y no pudiendo actuar de forma libre de acuerdo a esa comprensión. A este respecto, interesa que la aplicación del artículo 20-1 del Código Penal debe dar lugar a la adopción de medidas terapéuticas para el tratamiento de su trastorno, concretamente a un tratamiento terapéutico psiquiátrico ambulatorio, en lugar de la medida de convivencia con grupo educativo.

La eximente de alteración o anomalía psíquica, prevista en el artículo 20.1 del Código Penal, requiere, para su aplicación, la anulación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión. La apreciación de la eximente incompleta procede en los casos de que exista una grave, severa o muy intensa afectación o limitación ya de las facultades cognoscitivas ya de las volitivas, sin llegar a la total abolición o anulación de las mismas.

En el presente caso, no hay duda de que se ofrece el presupuesto bio-patológico al constatar que el menor expedientado padece de un ZZZZ y alteración de la conducta.

Sin embargo, en lo referente al efecto psicológico de tal alteración o anomalía psíquica, el Médico forense en su informe en ningún momento afirma que el menor tenga privada la capacidad cognitiva, señalando que es capaz de comprender los hechos y el significado antijurídico de los mismos, aunque tal comprensión lo sea de forma₃₅



Unidad Coordinadora de Menores

simple o sencilla. Así mismo considera que las bases psicobiológicas que determinan el conocimiento y la libre voluntad del menor están severamente afectadas (véase que no afirma que estén anuladas) en relación con los hechos objeto del procedimiento, pues si bien conoce de forma muy simple lo antijurídico de la acción, no puede actuar de forma libre de acuerdo con esa comprensión ya que, debido al trastorno que padece, sus acciones son impulsivas carentes de periodo reflexivo en circunstancias de carga emocional. Y en el acto de la audiencia explica que el menor no puede actuar de forma plenamente libre porque tiene condicionada afectada severamente su voluntad, debido a su trastorno, por esa impulsividad. Pues bien, cabe entender que tener condicionada su voluntad aún de forma muy grave o severa no equivale a estimar anulada por completo tal capacidad volitiva.

Se rechaza la concurrencia de una eximente aun cuando el menor, como consumidor habitual de sustancias estupefacientes, tenía afectada su capacidad volitiva y posiblemente la intelectual, pero sin anulación de las mismas que justificase su absolucón

SAP Málaga, Sec. 7ª, nº 85/2022, de fecha 7/11/2022, Pte: Torres Segura, Miguel Ángel

“La prueba practicada no permite considerar probado que el menor tuviera totalmente anuladas sus capacidades a consecuencia del consumo de drogas. Carece de relevancia de cara a determinar su estado, que el menor, tal y como se alega en el recurso, a preguntas del Ministerio Fiscal negase los hechos y afirmara que recordaba lo ocurrido el día de los hechos y que al ser repreguntado por su defensa, dijera que no se acordaba a consecuencia de que ese día había consumido sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lo que no puede resultar decisivo sino que deberán valorarse los informes médicos, pudiendo responder a una mera estrategia de defensa. Especialmente relevante es el informe forense obrante en los folios 25 y siguientes, que concluye que "en el momento de los hechos, sus capacidades cognitiva y volitiva estaban alteradas durante ese periodo de consumo de sustancias, sin poder considerar que trastorno había presentado". En el parte de urgencias el día de su detención, no se recoge nada relevante en lo que se refiere a su estado mental (folio 9 de las actuaciones). Tampoco puede llevarnos a otra conclusión que el día 8 de julio de 2.021, al ser examinado por el psicólogo (informe obrante en los folios 15 y siguientes), tuviera la mirada perdida, estaba ausente y desorientado", no pudiendo desprenderse de esta apreciación que tuviera totalmente anuladas sus capacidades y dar lugar a una eximente completa.

36



Unidad Coordinadora de Menores

Con todos estos elementos debemos concluir que el menor, como consumidor habitual de sustancias estupefacientes tenía afectada su capacidad volitiva y posiblemente la intelectual, pero no cabe hablar, en modo alguno, de anulación de las mismas que dé lugar a su absolución. No hay que perder de vista que incluso si se apreciara una eximente, el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 5/2.000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece que "a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley".

No hay que perder de vista que se impone al menor la medida de libertad vigilada con tratamiento ambulatorio de deshabitación prevista, precisamente, en los apartados e) y h) del artículo 7.1 de la Ley, medida que se adopta no solo en interés del menor y en su beneficio, sino que se ha adoptado valorando las circunstancias personales y sociales del menor, teniendo la legislación penal de menores una naturaleza punitiva o sancionadora, pero también una finalidad educativa y socializadora, valorando el consumo de drogas y su incidencia en el menor, así como la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores, tal y como prescribe el artículo 7.3 de la Ley, de modo que la medida está plenamente justificada y debe redundar en beneficio del propio menor, con desestimación del recurso interpuesto."

A.- V. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

Se inadmite la aplicación del error de prohibición por cuanto que la menor no podía desconocer que amenazar de muerte no es una conducta ilícita.

SAP Pontevedra, Sec. 5ª, nº 375/2022, de fecha 20/10/2022, Pte: Fariña Conde, Victoria Eugenia

"Se alega igualmente por el recurrente como motivo del recurso que debió apreciarse, de considerarse la existencia de algún ilícito penal, e incluso de oficio, el error invencible respecto de los hechos y sus consecuencias del art. 14 del CP. La STS de 20 de abril de 2011, FD sexto, expone que "el artículo 14.3 del Código Penal dispone en su 19/01/2023 4 / 6 primer inciso que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal.

El error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuridicidad y aparece cuando el autor del delito actúa en la creencia de estar actuando lícitamente. Será vencible o invencible en la medida en la que el autor haya podido evitarlo. El³⁷



Unidad Coordinadora de Menores

primero supone una disminución de la pena y el segundo excluye la responsabilidad criminal, según dispone el artículo 14 del Código Penal. El error de prohibición queda excluido si el agente tiene normal conciencia de la antijuridicidad o al menos sospecha que su conducta integra un proceder contrario a Derecho, aun cuando no pueda precisar la sanción o la respuesta del ordenamiento a esa forma de actuar.

Por lo tanto, basta con que el sujeto tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, sin que sea exigible la seguridad absoluta de que su proceder es ilícito; por otro lado, no es aceptable la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente, de forma que en atención a las circunstancias del autor y del hecho pueda afirmarse que en la esfera de conocimientos del profano conocía la ilicitud de su conducta. (STS núm.1171/1997, de 29 de septiembre jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 29-09-1997 (rec. 2568/1996), y STS núm. 02/2003Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 27-02-2003 (rec. 2822/2001)).

Por otra parte, no es suficiente con la mera alegación del error, sino que es preciso que su realidad resulte con claridad de las circunstancias del caso". En el presente caso, no puede apreciarse la existencia del error que se alega dado que dicha alegación carece de todo sustento pues no puede olvidarse que la menor no declara, con lo que no ofrece explicación alguna a su conducta y considerando en que ha consistido ésta, nadie puede desconocer que romper las pertenencias de un tercero o amenazar a otro con la muerte o con romperlo todo para conseguir que le permita salir del domicilio no es una conducta lícita."

B.- FASE DE INSTRUCCIÓN

B.-I. 1 PRUEBA PRECONSTITUIDA: ES EL ÓRGANO JUDICIAL -JUZGADO DE MENORES- EL COMPETENTE PARA SU PRÁCTICA Y NO EL MINISTERIO FISCAL

La Sala estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y ordena al Juzgado de Menores practicar la prueba preconstituida de exploración de la testigo menor de edad de 13 años.

Auto AP Oviedo, Sec. 2ª, nº 3755/2022, de fecha 214/7/2022, Pte: Vázquez Llorens, Mª Covadonga



Unidad Coordinadora de Menores

“...la cuestión a resolver es muy concreta y está muy clara, consistiendo en determinar si una testigo menor de edad –de 13 años- que además es la supuesta víctima de un delito contra la integridad moral objeto de este expediente ha de prestar declaración como prueba preconstituida ante el Ministerio Fiscal o ante la Magistrado de Menores.

La Magistrado de Menores ha denegado su exploración como prueba preconstituida, por cuanto y si bien concurren los requisitos establecidos en el art. 449 ter LECR., declaración de una menor de 14 años siendo el delito investigado de los incluidos en dicho artículo, estima que la instrucción en el procedimiento de Menores corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal y que las referencias que se contienen en el referido precepto, art. 449 bis de la LECR., tras la reforma operada por la LO 8/2021, a la autoridad judicial, deben estimarse referidas al Ministerio Fiscal, añadiendo que caso de accederse a la práctica de dicha prueba, su imparcialidad podría verse comprometida, si se solicitara que dicho testimonio fuera de nuevo prestado en el acto del juicio oral.....la idea que inspira la ley es 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 condicione determinadas por la LECR.. La LO 8/21 fija una edad a partir de la cual a los jueces se les priva de la posibilidad de valorar e individualizar las circunstancias del menor, sino que necesariamente se presume legalmente que a ese menor el paso por el proceso penal le va a suponer perjuicios y por eso merece la protección obligando en estos casos –menores de 14 años- de forma automática a preconstituir la prueba. En los casos de menores con una edad superior a 14 años, se convierte en una potestad judicial previa valoración individualizada del menor.

El art. 449 ter, ya aludido, exige que la práctica de la audiencia del menor se lleve a cabo con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral...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 lo que impide –como así entiende el juez *a quo*, que dicha función sea atribuida al Ministerio Fiscal, por más que en la jurisdicción de menores se le encomiende la iniciativa procesal, concediéndole amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo pudiera llegar a producir , pues no pueden confundirse las diligencias de instrucción, competencia del Ministerio Fiscal, con la práctica de las pruebas competencia exclusiva del juzgador, declaración que por ello ha de efectuarse en presencia de la Magistrado especialista, lo que ha de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos en conflicto.



Unidad Coordinadora de Menores

Y, en este sentido, el art. 703 bis LECR. establece que se procederá, a instancia de la parte interesada, a la reproducción en la vista de la grabación audiovisual.... Sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista por lo que el recurso ha de ser estimado, debiendo la Magistrado de Menores practicar la declaración preconstituida de la exploración de la testigo-víctima, como ha interesado el Ministerio Fiscal.”

B.-I. 2 ALEGACIÓN DE NULIDAD DE ACTUACIONES POR DENEGACIÓN DE PRUEBA MEDIANTE SIMPLE PROVIDENCIA, NO CAUSÁNDOSE INDEFENSIÓN NI PROCEDIENDO RETROTRAER LA CAUSA A LA FASE DE INSTRUCCIÓN A CARGO DEL MINISTERIO FISCAL

Se rechaza la nulidad pretendida por los perjudicados a los que se reconoce el derecho a ser parte en la causa, si bien su personación se limita hasta el momento o trámite de calificación del delito, pero sin que quepa retroceder el curso de las actuaciones.

Auto AP Valencia, Sec. 5ª, nº 1.055/2022, de fecha 27/9/2022, Pte: Blasco Costa, Alberto

“En el inicial recurso de reforma interpuesto por el recurrente se solicita nulidad de actuaciones al haberse denegado la diligencia de prueba por providencia en lugar de por Auto, procede desestimar la solicitud de nulidad, pues lo cierto es que en la providencia recurrida se explica de forma razonada los motivos por los que no procede la práctica de la diligencia de prueba solicitada consistente en que el perjudicado sea visto por el médico forense. Por lo que ningún perjuicio causante de indefensión sea causado al recurrente que justifique la nulidad de la resolución. Destacar que la presente causa se tramita conforme a la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los menores, y en el presente procedimiento corresponde la Instrucción al Ministerio Fiscal, (art 16 LORPM), en esta fase inicial del procedimiento la única intervención que tiene el juzgado de menores consiste en la incoación del expediente una vez comunicada la apertura del procedimiento por el Ministerio Fiscal (art 16.3 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), que tiene por finalidad la celebración del juicio ante órgano judicial que no ha participado en la”⁴⁰



Unidad Coordinadora de Menores

instrucción con el fin de garantizar su imparcialidad formal .En definitiva, como bien indica el Juzgado al resolver el recurso de Reforma, no es posible en esta fase de procedimiento practicar diligencias de instrucción al no ser competente el juzgado de menores.

Por último, debe hacerse referencia al contenido del artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable supletoriamente en defecto de una norma expresa en la ley de menores, que reconoce el derecho a ser parte en la causa a las personas perjudicadas por un delito que no hubieran renunciado a su derecho, si bien su personación se limita hasta el trámite de calificación del delito, pero se resalta en el precepto, sin que por ello se retroceda el curso de las actuaciones".

Así pues lo que pretende el recurrente no es posible , esto es devolver la causa a instrucción, cuando el presente procedimiento ya se encuentra ante el tribunal sentenciador y por tanto no concurre motivo para retrotraer las actuaciones nuevamente ante el Ministerio Fiscal que es el único órgano competente para instruir en los procedimientos de menores y ello sin perjuicio de la facultad que tiene el recurrente de proponer las pruebas que considere oportunas en sus escritos de calificación, donde deberán practicarse las diligencia pertinentes y cuya práctica se pueda efectuar antes del momento del juicio, en definitiva procede desestimar el recurso."

C.- FASE DE AUDIENCIA:

C. I - NO SE APRECIA QUEBRANTAMIENTO DE LAS NORMAS PROCESALES BÁSICAS, NI SE HA GENERDO INDEFESIÓN AL DENEGAR NUEVA PRUEBA TESTIFICAL.

La Sala señala que no se ha producido indefensión alguna ya que judicialmente, incluso en trámite de Apelación de in Auto precedente, se ha dado respuesta motivada al respecto sobre la denegación de algunas de las diligencias solicitadas, en el tercer apartado de los antecedentes de hecho de la sentencia; así como que efectuó alegación de indefensión, y ello en relación a la denegación de tales pruebas, entre las cuales no figura a la testifical a cuya ausencia ahora de alude.

SAP Coruña, Sec. 2ª, nº 357/2022, de fecha 29/7/2022, Pte: Vilariño López, Mª Carmen Antonia

41



Unidad Coordinadora de Menores

“...Como motivo de apelación se invoca la vulneración del art. 24 de la Constitución , alegando bajo tal enunciado que en la celebración de la audiencia se habría omitido el artículo 37 de la Ley 5/2000, de 12 de enero , porque, se dice, "no se dio paso sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento", trámite éste que la defensa considera que era indispensable porque, a su entender, en la instrucción se habría procedido de forma inconclusa o insuficiente por razón de que las pruebas psicológicas de XXXX habrían sido realizadas sin tener en cuenta, o sin dar traslado, y/o sin que testificara el primer psicólogo que la atendió con anterioridad a la denuncia.

Dice el artículo 37 de la LORRPM que "cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal y al letrado del menor a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento (...)". El proceso penal de la LORPM atribuye la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal (art. 16.1) reservando al Juez de Menores, funciones de enjuiciamiento, ejecución (art. 2.1 y 2) y garantía de los derechos fundamentales del menor (art. 23.3). Y, si bien es cierto que las decisiones adoptadas por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones no pueden ser revisadas o corregidas a través de recursos, no se excluye la obligación judicial expuesta de impedir la indefensión y no dar valor jurídico a los actos cometidos con vulneración de derechos fundamentales. La ley prevé dicha intervención judicial revisora de la fase de instrucción en las fases intermedia y de audiencia, a través de una petición autónoma formulada ante el Juez de Menores, que éste resuelve y, en caso estimatorio, le lleva a practicar por sí las diligencias solicitadas.

En este caso, no habiéndose accedido por el Ministerio Fiscal en Decreto de 11 de abril de 2019 a la práctica de algunas de las diligencias propuestas por la defensa en escrito de 10 de abril de 2019, solicitadas éstas de nuevo ante el Juzgado de Menores por escrito de 6 de mayo de 2019, se resolvió sobre ello de modo motivado en auto de 14 de mayo de 2019, confirmado por auto de 5 de junio de 2019, y en sede de apelación, por auto de 8 de noviembre de 2019. La audición de la grabación de la audiencia, y mismo la lectura de la sentencia, permite comprobar que, además, la defensa hizo uso de dicho trámite previsto en el artículo 37.1 de la LORRPM , y propuso la prueba que tuvo por conveniente, dándosele respuesta motivada en dicho acto al respecto de la denegación de algunas de las diligencias solicitadas, que se recogió en el tercer apartado de los antecedentes de hecho de la sentencia; así como que efectuó alegación de indefensión, y ello en relación a la denegación de tales pruebas, entre las cuales no figura a la testifical a cuya ausencia ahora se alude.

No puede pues tener acogida la denuncia de indefensión que ahora se efectúa en relación a que no se hubiera practicado una diligencia de prueba no interesada por la defensa en el trámite de audiencia, que conectora de la norma podía reiterar allí,⁴²



Unidad Coordinadora de Menores

en el trámite que la ley prevé, las vulneraciones que *ex novo* pretende hacer valer ahora. Ni puede entenderse que pueda causar indefensión que se ha llamado a prestar declaración, ante el Juzgado de Instrucción, y luego, ya incoado el expediente de reforma, ante la Fiscalía de Menores, a los padres de la menor en su condición de denunciante, previamente a oír, ya conocida dicha declaración, el testimonio de los padres del menor expedientado.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional que la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa integra el contenido de un derecho fundamental previsto en el artículo 24.2 de la Constitución cuya infracción no es consecuencia de cualquier denegación judicial de peticiones de actividad probatoria, sino que requiere un efecto material de indefensión. Sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional (SSTS 149/87, 155/88, 290/93, 187/96).

Y, en este caso, las diligencias de prueba interesadas por la defensa no se consideraron, por las razones expuestas, que fuesen necesarias para el enjuiciamiento, y en concreto, en lo que se refiere a la testifical de la abuela materna porque, no tratándose del testimonio de una persona que hubiera presenciado a los hechos, no se estimó que pudiera tener influencia decisoria.”

C. II- NO HAY QUEBRANTAMIENTO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, NI SE HA GENERADO INDEFENSIÓN, AL CELEBRAR EN CASO DE DELITO LEVE LA VISTA DE LA AUDIENCIA EN AUSENCIA DEL MENOR DEBIDAMENTE CITADO.

El Tribunal estima que, una vez cumplidos escrupulosamente los requisitos legales que exige el “juicio en ausencia”, es evidente no procede estimar nulidad por vulneración del derecho de defensa, como consecuencia de que el menor no estuviera presente en la celebración del juicio, al ser una posibilidad prevista en la propia ley procesal.

SAP Oviedo, Sec. 2ª, nº 236/2022, de fecha 15/7/2022, Pte: Vázquez Llorens, Mª Covadonga

“...Procede examinar con carácter previo la existencia de los defectos formales puestos de relieve por la representación del recurrente, que afectan a su derecho de tutela judicial efectiva, en cuanto afirma que en cierta medida se vio limitada su defensa como consecuencia de la incomparecencia del menor al acto del juicio, lo que afirma le ha causado indefensión.

43



Unidad Coordinadora de Menores

El artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la nulidad de pleno derecho de actos judiciales cuando "se prescinda total y absolutamente de normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley". Igualmente la normativa contenida en el Art. 24.1 de la Constitución, sancionadora del derecho a la tutela judicial efectiva y más en concreto el derecho a un proceso público con todas las garantías y que prevén que los Juzgados y Tribunales deben proteger los derechos e intereses legítimos de las partes sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, debiendo declararse la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales en el caso de que se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas en la ley, o con infracción de los principios de audiencia, asistencia o defensa, siempre que tal irregularidad procesal incida en el derecho de defensa de las partes, (SS del T. Constitucional 55/1991 y 64/1993).

En lo referente a la vulneración del derecho de defensa, ha de señalarse que la posibilidad de celebrar el juicio del procedimiento abreviado en ausencia del acusado fue introducida en nuestro Ordenamiento por la Ley Orgánica 71/1988, posibilidad que debe adoptarse bajo condiciones que garanticen no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su Abogado defensor, sino también el derecho a recurrir en anulación contra la sentencia dictada. Los artículos 775 de la L.E. Crim. y 786 permiten que la ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el primer precepto citado, no será causa de suspensión del juicio oral, si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años. Siendo, pues, una excepción a la regla general que impone la presencia del acusado en el juicio, el enjuiciamiento en ausencia de aquél exige un riguroso respeto a los presupuestos y requisitos establecidos por la Ley a tal fin que habrán de ser interpretados con criterio restrictivo para no poner en riesgo los derechos fundamentales del justiciable (entre otras Ss de 12 de mayo y 18 de septiembre de 2000), no siendo por ello preceptiva la presencia del menor en el acto de Audiencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 LORPM al aplicarse la Ley de Enjuiciamiento Criminal con carácter supletorio en el procedimiento de menores conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero.

Así las cosas, al acontecimiento 44 del expediente aparece la cédula de citación del menor recurrente en la que literalmente se expresa que se le cita para la comparecencia al acto de Audiencia a celebrar el día 3 de mayo de 2022, haciéndole saber que "Debe asistir acompañado de sus representantes legales si es menor. Aperciéndole de que de no comparecer podrá ser conducido por la fuerza pública o incluso celebrarse el Juicio en su ausencia, como preceptúa el Art. 786 de la⁴⁴



Unidad Coordinadora de Menores

L.E.Crim "no habiendo comparecido a dicho acto el menor pese a su citación y sí haciéndolo su Letrado, y si bien éste se opuso a la celebración del juicio, el Ministerio Fiscal interesó la celebración, optando la Juez de Menores por la continuación del juicio, decisión que igualmente consta incorporada al acta de la vista oral, sin que hubiera formulado protesta alguna, añadiendo que si bien el padre del menor había presentado previamente escrito interesando la suspensión por encontrarse fuera del país en dichas fechas, según resulta del acontecimiento núm. 53, en momento alguno se ha acreditado documentalmente causa justificativa de su incomparecencia por cuanto ni se aportó el billete ni consta que el menor se hubiera ausentado con su progenitor. En definitiva, cumplidos escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia, es evidente no procede estimar nulidad por vulneración del derecho de defensa, como consecuencia de que el menor no estuviera presente en la celebración del juicio, al ser una posibilidad prevista en la propia ley procesal."

C. III- IMPROCEDENICA DE PLANTEAR *EX NOVO* EN LA SEGUNDA INSTANCIA UNA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La Sala desestima que sea posible plantear *ex novo* en la fase de apelación una alegación sobre planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por no haberse manifestado nada al respecto ante el juzgado de menores *a quo* en el que la menor dio su conformidad con los hechos y la medida a imponer, conforme al art. 10 -1-b) de la LORPM.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 420/2022, de fecha 27/7/2022, Pte: López Ortega, Juan José

"El recurso, que manifiestamente carece de fundamento, ha de ser desestimado. La sentencia condenatoria se dictó tras prestar la menor su conformidad con la acusación, tanto con el hecho objeto de acusación como con la medida a imponer. El letrado, sin embargo, tras señalar que *no puede legislarse a golpe de página de sucesos*, sostiene que la medida es superior a la que le habría correspondido siendo mayor de edad y reclama que se haga justicia y se eleve a la instancia que se tenga que elevar la cuestión, si requiere de inconstitucionalidad.

Sin embargo, esta duda de constitucionalidad debió plantearse ante la jueza de instancia, pues este Tribunal no encuentra motivo para poner en duda la constitucionalidad del *art. 10.1 b) LO 5/2000*, que obliga imponer la medida de

45



Unidad Coordinadora de Menores

internamiento en régimen cerrado cuando se trata de uno de los delitos previstos en el art. 9.2 LO 5/2000 y la menor es reincidente. El recurso, por tanto, carece manifiestamente de fundamento y ha de ser desestimado.”

C. IV- VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTFICIAL PERSONAL DE LA VÍCTIMA

Se establece que la declaración de la víctima puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible; la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del Juzgador *a quo* en el sentido de comprobar que la misma aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y que no resulte arbitraria, injustificable o contraria a las puras normas de la lógica.

SAP Cuenca, Sec. 1ª, nº 147/2022, de fecha 11/10/2022, Pte: Martínez Mediavilla, José Eduardo

“...la Sala 2ª del Tribunal Supremo ya ha señalado en Sentencia, por ejemplo, de 14.09.2022, recurso 2362/2020, que “...La declaración de la víctima puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible...”. En innumerables ocasiones ha recordado esta Sala que a la vista de las pruebas practicadas en el acto del juicio el Juez a quo resulta soberano en la valoración de las mismas, conforme a los rectos principios de la sana crítica y según su propia conciencia, tal como quiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, favorecido como se encuentra por la inmediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de los medios probatorios, valoración judicial, objetiva e imparcial, que no puede sin más resultar sustituida por la, desde luego, igualmente legítima pero parcial e interesada valoración de los hechos patrocinada por una cualquiera de las partes.

En definitiva, la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del Juzgador a quo en el sentido de comprobar que la misma aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida, (es decir, que cumpla con la exigencia constitucional contenida en el artículo 120 del Texto Fundamental), y que no resulte arbitraria, injustificable o contraria a las puras normas de la lógica, (es decir, que no se oponga a las "reglas de la sana crítica"). Pues bien, en el caso de autos consideramos que la valoración de la prueba llevada a cabo por la Juzgadora de primera instancia ha sido la correcta.....Cuando se trata de prueba personal, (y tal y como viene a deducirse de la doctrina establecida por la Sala 2ª del

46



Unidad Coordinadora de Menores

Tribunal Supremo en Sentencias, como simple ejemplo, de 24.10.2017, recurso 10308/2017, y de 06.10.2017, recurso 63/2017), su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada declarante es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido, salvo en casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel Tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria, injustificable o contraria a las puras normas de la lógica; circunstancia que no concurre por el hecho de haber otorgado credibilidad la Juzgadora a quo a lo manifestado por ZZZZ, pues, precisamente, tal determinación se ajusta con precisión a las exigencias de una valoración racional de la prueba al haber sido motivada por la Juzgadora de primera instancia con unos argumentos muy razonables -como se constata en el primero de los fundamentos de derecho de la Sentencia apelada-.

No se trata de establecer una pugna entre el valor preeminente de la declaración de la víctima y otra declaración sino que, (como señala la Sala 2ª del Tribunal Supremo en Sentencia, por ejemplo, de 29.04.2021, recurso 2613/2019), debe ser el caso concreto y la práctica de la prueba lo que determine cuál es la que provoca y produce mayor convicción en el caso enjuiciado en el Tribunal; y aquí, por la indicada muy razonable argumentación de la Juzgadora a quo, ha producido mayor convicción la declaración de la víctima”.

C.- V.- RECONOCIMIENTOS FOTOGRÁFICOS RATIFICADOS EN PLENARIO

La Sala admite el reconocimiento fotográfico ratificado en el acto de la audiencia ante el juzgado a quo.

SAP Pamplona, Sec. 1ª, nº 245/2022, de fecha 19/10/2022, Pte: Argal Lara, María Begoña

“Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo número 553/2016, de 22 de junio, “el reconocimiento fotográfico efectuado en sede policial es una diligencia que facilita la investigación en tanto que permite orientar ésta hacia una determinada persona. Por ello, al propio tiempo, esta Sala ha establecido que cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación (vid. STS 285/2018, de 13 de junio) lo que implica que el reconocimiento realizado en el acto de la vista oral constituye un aspecto a valorar por el Tribunal de instancia, en función⁴⁷



Unidad Coordinadora de Menores

de lo que la inmediación de su práctica le dicte y para lo que goza de una posición privilegiada.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las posibles irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimiento en rueda anteriores (STS 786/2017, de 30 de noviembre)". Los reconocimientos fotográficos se han basado en una exposición fotográfica realizada por la Policía Municipal, en la que constan seis fotografías, en las que cinco personas efectivamente son de tez oscura, más oscura, probablemente magrebí, y uno de los fotografiados tiene la tez clara, habiendo explicado los agentes que hicieron dicha composición teniendo en cuenta las manifestaciones de los menores que describieron a los agresores de esa manera.

El hecho de que los menores reconocieran en el acto de juicio oral a XXXX como uno de los autores del robo, no puede estimarse que estuviera viciada por el previo reconocimiento fotográfico que figura en el atestado, ya que obviamente las descripciones físicas, salvo rasgos muy específicos de determinadas personas, tienden a ser genéricas. El hecho de que manifestaran que tenía el pelo rapado o rapado en parte, no obsta el hecho de que el menor efectivamente llevara el pelo corto y rapado en los laterales. Uno de los menores lo describió como rapado, y el otro menor manifestó que tenía el pelo algo rapado en los laterales y el resto corto y color oscuro. Describir el pelo como oscuro o castaño, tampoco puede estimarse como un dato erróneo, siempre en contraposición con un pelo claro o rubio.

Pero el dato fundamental para el reconocimiento del menor fue la descripción realizada desde el primer momento relativa a que tenía una mano vendada, pues la altura y la edad aproximada depende del desarrollo de las personas, máxime en la adolescencia."

C. VI.- EL EXAMEN DEL CONTENIDO DE LA AUDIENCIA GRABADA EN SOPORTE AUDIOVISUAL NO EQUIVALE A LA INMEDIACIÓN DEL JUEZ A QUO

La Sal, en segunda instancia, al examinar el soporte audiovisual grabado del juicio, no está colmando por ello los requisitos de la inmediación necesarios para revalorar la prueba personal.

SAP Cuenca, Sec. 1ª, nº 91/2022, de fecha 21/6/2022, Pte: Casado Delgado, Ernesto

"Sentado lo anterior, no debe olvidarse que el juzgador de instancia, al practicarse las pruebas en el acto del juicio oral conforme a los principios de inmediación, oralidad, publicidad, contradicción e igualdad de armas procesales, goza de un papel⁴⁸



Unidad Coordinadora de Menores

preponderante al apreciar de forma directa todas las circunstancias que se desarrollan en el juicio tales como las respuestas dadas por acusados y testigos a las preguntas formuladas, sus omisiones, los titubeos, el nerviosismo, la falta de aclaración de algunos extremos, las dudas, el detalle excesivo sobre sucesos alejados en el tiempo, etc.

A este respecto, debemos añadir que el hecho de que actualmente el juicio oral quede grabado en un soporte audiovisual que permite su examen al Tribunal de segunda instancia, no debe llevarnos a considerar que el visionado de esa grabación pueda equipararse a la inmediación que tuvo el juez de instancia. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/09, de 18 de mayo de 2009 (EDJ 2009/72632), descarta que la visualización por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia permita entender colmada la garantía de inmediación. Considera el TC que es ésta una garantía de corrección que evita los riesgos de valoración inadecuada de la prueba personal, pues permite acceder a la totalidad de los aspectos comunicativos verbales: secuencia de las palabras pronunciadas y el contexto y el modo en que lo fueron; permite acceder a los aspectos comunicativos no verbales, del declarante y de terceros; y permite también, siquiera en la limitada medida que lo tolera su imparcialidad, la intervención del Juez para comprobar la certeza de los elementos de hecho (STC 16/2009, de 26 de enero , FJ 5 (EDJ 2009/12457)). Por ello, la simple grabación audiovisual del juicio no puede equipararse a la garantía de la inmediación, pues ésta es una noción mucho más amplia, que permite el contacto directo del Juez con la prueba. En igual sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27, del 19 de Julio del 2010 Recurso: 591/2010 establece que "...no se puede equiparar la inmediación de las fuentes de prueba por parte del Juez en régimen de contradicción con la mera visualización y audición de las mismas, al no concurrir la percepción directa por este Tribunal de tales declaraciones, mediatizadas por la grabación, y limitadas a la calidad informativa de los datos verbalizados, y, lo que es más importante, carecer de la posibilidad de tomar parte activa en las mismas, esencial para despejar dudas, o aclarar cuestiones que puedan interesar a la adecuada resolución del recurso, y no hayan sido introducidas en el plenario.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 2198/2002 (Sala de lo Penal), de 23 diciembre (RJ 200313 (EDJ 2002/61216)) establece que la inmediación debe ser entendida esta no sólo como un "estar" presenciando la prueba, sino como aceptar, entender, percibir, asimilar y formar opinión en conducta de todos, sus reacciones, gestos a través de su narrar...". Ello no impide que el Tribunal de apelación pueda resolver tanto cuestiones de hecho como de Derecho planteadas en el recurso, pero por las razones apuntadas, debe limitarse a examinar si el Juez de grado ha incurrido en un razonamiento que pueda calificarse de arbitrario, ilógico o carente de sentido."



Unidad Coordinadora de Menores

C.- VII.- COMPROBACIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA DE LA RACIONALIDAD DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EFECTUADA POR EL JUZGADO A QUO

La Audiencia Provincial determina que no se trata de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal *a quo* y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada.

SAP Oviedo, Sec. 2ª, nº 319/2022, de fecha 14/10/2022, Pte: Vázquez Llorens, Mª Covadonga

“...El Tribunal Supremo de forma reiterada señala (STS núm. 301/2015, de 19 de mayo, núm.513/206 de 10 de junio y Auto de 8 de junio de 2017, Recurso núm.306/2017) que este derecho, reconocido en el artículo 24 CE, implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley, lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre la realidad de los hechos ocurridos y la participación del acusado, de manera que con base en la misma pueda declararlos probados.

El control casacional se orienta a verificar estos extremos, validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia por otra efectuada por un Tribunal que no ha presenciado la prueba.

No se trata, como se dice en la STS núm. 216/2018 de 8 de mayo de 2018, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible prescindir de la valoración de pruebas personales efectuada por el tribunal que ha presenciado directamente la práctica de las mismas.”



Unidad Coordinadora de Menores

En el recurso de apelación la labor del tribunal *ad quem* se limita a verificar la regularidad de la prueba utilizada, sin que sea posible discrepar sin más de las apreciaciones realizadas por el Juez de instancia. El respeto al principio de inmediación impone respetar la declaración de hechos probados siempre que superen los debidos controles de razonabilidad y ausencia de error patente y/o de arbitrariedad.

SAP Valencia, Sec. 5ª, nº 343/2022, de fecha 26/7/2022, Pte: Chirinos Rivera, Sonia Alicia

“Al juzgador compete la libre valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral (artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dado que rige en este aspecto el principio de inmediación que permite al Juzgador ver y oír de forma directa, cuantas declaraciones se vierten en dicho acto, de forma que, no estando el órgano *ad quem* en esa posición privilegiada, no es posible discrepar de las apreciaciones realizadas por el Juez de instancia. El respeto al principio de inmediación impone respetar la declaración de hechos probados efectuada por el juez a quo, si supera en la alzada los controles de razonabilidad y ausencia de error patente y/o de arbitrariedad, siendo que en el caso de autos, el fundamento del Juez es suficientemente explicativo, y coherente con la prueba practicada en el acto del Juicio, no siendo posible, por tanto, aceptar las argumentaciones de la parte apelante, que lo que hace es hacer una "re-interpretación" del resultado de la prueba practicada, ajustada a sus intereses. El Juzgador, contando con las ventajas del principio de inmediación para la valoración de la prueba, hace y refleja en la sentencia impugnada un ejercicio de depuración del proceso valorativo que implica la valoración de la prueba practicada.Es el juez de primera instancia el que gracias a los principios que hemos expresado se encuentra en la mejor posición para valorar la prueba. No habiendo en dicha valoración traza alguna que revele inconsistencia, contradicción o ir contra las reglas de la lógica, no puede alterarse la misma.....La Juez de Menores recoge y detalla el conjunto de la prueba practicada, empezando por el testimonio del menor, y se apoya (justificando su decisión) en la versión de la víctima, apoyada por una prueba objetiva cual la médico forense y rechaza en efecto, los testimonios de los testigos de la defensa, respecto a los cuales se ha interesado deducción de testimonio por la mendacidad apreciada.”



Unidad Coordinadora de Menores

C.-VIII SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE UNA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA DE VERACIDAD DEL TESTIMONIO EN LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL

La Sala lamenta que en el caso concreto no se haya contado con una prueba pericial psicológica de veracidad del testimonio de la menor víctima de un delito de índole sexual y concluye que la valoración del juzgado *a quo* es la expresión de la convicción psicológica expresada racionalmente por la Magistrada que presencié el juicio.

SAP Baleares, Sec. 2ª, nº 384/2022, de fecha 12/9/2022, Pte: González Miro, María del Carmen

“En el caso de autos, frente a lo que es habitual en delitos contra la libertad e indemnidad sexual del que son víctimas menores, no contamos con pericial psicológica de credibilidad del testimonio. Desconoce esta Sala el porqué de esa ausencia. Probablemente esa pericial hubiese contribuido a esclarecer los hechos. En este sentido la STS 21 de octubre de 2009 afirma: Es cierto que un dictamen pericial psicológico sobre un testimonio no constituye un documento que evidencie por su propio poder acreditativo directo la veracidad de una declaración testifical, pero puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración, como ha declarado esta Sala con reiteración (SSTS. 12.6.2003 y 24.2.2005). Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del Juez, aunque si podrá ayudar a conformarlo. El peritaje sobre credibilidad de la declaración de un menor establece al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, 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).

En definitiva, la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de un testimonio acusatorio que puede determinar la condena o absolución de una persona compete constitucionalmente al Juez o Tribunal sentenciador con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes. Los dictámenes periciales sobre credibilidad de un testimonio expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por si misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el Juez o Tribunal, que son quienes tienen la responsabilidad constitucional de juzgar, no han obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS.



Unidad Coordinadora de Menores

14.2.2002), pero a "sensu contrario" si pueden ser valorados por el mismo Tribunal para reforzar aquella convicción condenatoria deducida de otras pruebas.

La Jurisprudencia ha avalado las periciales psicológicas de credibilidad del testimonio cuando de menores se trata, y si bien ha recalcado que no sustituyen la valoración del Juez o Tribunal y así ha expresado que esos dictámenes periciales pueden pronunciarse sobre el estado físico y psicológico de la menor antes y después de sucederlos 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 (STS 18 de enero 2012 entre otras). Sin duda de haberse practicado pericial psicológica la Magistrada *a quo* podría haberse pronunciado con mayor criterio e información porque siendo evidente que en el caso no ha considerado plenamente probados los hechos para dictar sentencia condenatoria.....Es la expresión de la convicción psicológica expresada racionalmente por la Magistrada que presencié el juicio y respetuosa con el fundamental derecho a la presunción de inocencia, sin que esta Sala -que no presidió el juicio- pueda formalmente declarar su nulidad y establecer que la creíble exploración de la menor sin más aditamentos necesariamente determina el dictado de una sentencia condenatoria."

C.- IX.- VALORACIÓN DE LA AUSENCIA DE PRUEBA PERICIAL DE TASACIÓN DEL EFECTO SUSTRÁIDO.

La Sala deniega la absolución del menor encausado por el simple hecho de que no conste tasado el valor del efecto sustraído, degradando la conducta a simple delito leve de hurto; homogeneidad entre los hurtos graves y los leves.

SAP Logroño, Sec. 1ª, nº 192/2022, de fecha 11/11/2022, Pte: Solsona Abad, Fernando

"..... Es verdad que la Jurisprudencia (véase por ejemplo sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila sección 1ª de 6 de septiembre de 2012) ha matizado al respecto señalando que éste dictamen pericial ha de ser dispuesto solo si resulta preciso para la conceptualización del delito o sus circunstancias, pero no es necesario en el caso de que no sea menester para ello debido a la notoriedad del valor de la sustracción (por ejemplo, si se sustrae una joya de notorio gran valor no es preciso peritarla para saber si estamos ante un delito o una falta de hurto). Sin embargo, está claro que este no es el caso que nos ocupa, y que en nuestro caso sí que parecía imprescindible - so pena de entrar en el terreno de la conjetura, de la especulación o de la inseguridad, lo cual



Unidad Coordinadora de Menores

no puede nunca redundar en perjuicio del reo- que se hubiera procedido a esa valoración.

Sentado lo anterior, la consecuencia es que no podemos considerar probado que la bicicleta tuviera un valor superior a los 400 euros. Ello no será óbice que, como luego diremos, la responsabilidad civil, que sí debe determinarse en ejecución de sentencia, ha de ser por el importe a que se determine que vale la bicicleta, sea este o no superior a 400 euros; y ello, porque el art. 794 Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla que este extremo pueda quedar postergado para ejecución de sentencia a esos efectos civiles, y porque el principio de indemnidad del perjudicado exige su reparación completa (*restitutio in integrum*). Pero en este momento, no estando probado que la bicicleta tenga un precio superior a los 400 euros, tal circunstancia no puede sin más presumirse o conjeturarse con el fin de dar lugar a la aplicación del tipo penal del art 234.1º Código Penal. La falta de prueba de que la bicicleta valía más de 400 euros, en este momento procesal ha de conducir a entender que no se ha probado la concurrencia del tipo del art. 234.1 del Código Penal y que, por ende, XXXX no puede ser condenado como autor del mismo.

Ahora bien, la consecuencia de todo esto no es ni puede ser la nulidad del juicio (no hay base alguna para ello, pues no ha existido infracción procesal causante de indefensión), ni tampoco la absolución de XXXX, pues sí se ha probado que éste ha sustraído una cosa de ajena pertenencia, por más que no se haya determinado su valor. La consecuencia de lo que hemos expuesto ha de ser que XXXX ha de ser considerado autor de un delito leve de hurto del art. 234.2 del Código Penal puesto que concurren todos los elementos de esta infracción penal: sustracción de cosa de ajena pertenencia cuyo valor no se ha determinado que sea superior a 400 euros.

La homogeneidad entre el delito de hurto del art. 234.1 del Código Penal por el que era acusado, y el delito leve de hurto del art. 234.2 del Código Penal por el que nosotros lo declaremos autor, es patente y huelga mayor explicación, no vulnerándose en consecuencia el principio acusatorio (art. 8 de la LORPM).”

D.- FASE DE EJECUCIÓN

D.- I.- QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA/DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

La Sala analiza las posturas doctrinales sobre el delito de quebrantamiento de medida, inclinándose por admitir la posibilidad de comisión de tal ilícito penal si bien condiciona su aplicación a que conste que se ha informado con claridad y expresamente al menor de que el incumplimiento grave de la medida que se⁵⁴



Unidad Coordinadora de Menores

halla cumpliendo es constitutivo de un delito de quebrantamiento, con las consecuencias que ello acarrea.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 513/2022, de fecha 31/10/2022, Pte: Pestana Pérez, Mario

“El artículo 50 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, contempla las consecuencias de que el menor quebrante una medida en fase de ejecución, distinguiendo entre medidas privativas de libertad y no privativas de libertad. Centrándonos en las segundas, ya que en el caso que nos ocupa el menor recurrente quebrantó una medida de tareas socioeducativas, las consecuencias que prevé el artículo 50 son la sustitución de la medida por otra de la misma naturaleza, y ello a instancia del Ministerio Fiscal, y excepcionalmente, también a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia de la defensa letrada y del representante legal del menor, así como del equipo técnico, puede acordarse la sustitución de la medida por otra de internamiento en régimen semiabierto por el tiempo que reste de cumplimiento. Además, en el núm. 3 de dicho precepto legal se contempla la deducción de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento y su remisión al Ministerio Fiscal por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones previstas en el artículo 1 de la Ley y merecedora de reproche sancionador.

La discusión doctrinal sobre si tal quebrantamiento puede ser subsumible en el artículo 468 del Código Penal se ha traducido en dos líneas hermenéuticas contrarias. Como acabados botones de muestra de una y otra línea cabe citar, de un lado, la SAP de Vitoria núm. 139/2014, de 27 de marzo, y de otro, la SAP de Pamplona núm. 91/2014, de 14 de abril. En tal contexto interpretativo, basta señalar que los precedentes de esta Sección 4ª nos sitúan en la línea de la admisión del delito de quebrantamiento tipificado en el artículo 468 del Código Penal. No obstante, para que dicho delito pueda cometerse es imprescindible que se haya informado con claridad y expresamente al menor de que el incumplimiento grave de la medida que se halla cumpliendo es constitutivo de un delito de quebrantamiento, con las consecuencias que ello acarrea. No basta con informarle de que el incumplimiento de las reglas, obligaciones y pautas puede dar lugar a una modificación de la medida por otra de las establecidas en la legislación vigente.

En conclusión, no habiendo sido informado el menor recurrente de las consecuencias penales del incumplimiento de la medida de tareas socioeducativas, ni tampoco apercebido para darle la oportunidad, con la información proporcionada de tales consecuencias, de corregir su conducta, no cabe considerar cometido el delito de quebrantamiento tipificado en el artículo 468 del Código Penal.”



Unidad Coordinadora de Menores

D.- II.- MOTIVOS PARA LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN DEL FALLO

Se describen las causas para revocar la suspensión del fallo de la condena del juzgado *a quo* por la falta de compromiso del menor con el fin reeducador de la medida.

Auto de la AP Jaén, Sec. 2ª, nº 546/2022, de fecha 7/9/2022, Pte: Regidor Martínez, Saturnino

“Por sentencia de 20 de Julio de 2021 se condenó al ahora recurrente como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor de 16 años a la pena de 3 años de internamiento en centro de régimen semiabierto de los cuales el último será en libertad vigilada. En la misma resolución se acordó la suspensión del internamiento, pero sometiendo dicha suspensión a las siguientes condiciones: 1º.- Que el menor no sea condenado en sentencia firme a medida alguna. 2º.- Que muestre una actitud y compromiso de reintegrarse a la sociedad. 3º.- Que durante el tiempo de la suspensión se someta a una libertad vigilada con control de horarios y normas, orientación formativo laboral y participación en un taller de educación sexual.

En la resolución ahora recurrida se acuerda la revocación de la suspensión y el cumplimiento íntegro de la pena ante los reiterados incumplimientos del menor de las condiciones de la suspensión. Dicha revocación tiene su amparo legal en el art 40.3 de la LORPM que dispone lo siguiente: "3. Si las condiciones expresadas en el apartado anterior no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos."

En el caso de autos los informes emitidos por el Equipo Técnico sobre el cumplimiento por parte del menor de las condiciones de la suspensión revelan la absoluta falta de compromiso por parte del menor de cara al cumplimiento de los objetivos de reeducación y reinserción de la medida (falta al trabajo, expediente en los Servicios Sociales por un intercambio sexual con una persona mayor de edad, permanece en su casa sin hacer nada, no participa en un curso de manipulación de alimentos que tenía previsto, oculta información sobre las actividades que realiza...). Se alega en el recurso que la falta de asistencia al trabajo obedece a una baja laboral, pero la misma no justifica la actitud del penado con relación al cumplimiento de las condiciones de la suspensión.

Los informes de seguimiento constatan sin género de dudas que existe una actitud obstruccionista y rebelde del menor al cumplimiento de las condiciones impuestas, por lo que el alzamiento de la suspensión está plenamente justificado. Por tales razones el recurso articulado debe de ser desestimado.”



Unidad Coordinadora de Menores

E.- RESPONSABILIDAD CIVIL

E.- I. -1 RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS MORALES

La Audiencia declara que la cuantía de la indemnización por daño moral es adecuada a las graves consecuencias sufridas por la víctima de un delito de acoso.

SAP Coruña, Sec. 2ª, nº 338/22, de fecha 20/7/2022, Pte: Taboada Caseiro, María del Carmen

“...Por otra parte también se pusieron los hechos en conocimiento del colegio aunque no adaptó más que las medidas que constan en el informe de fecha 7 de julio del 21. También señalar qué si consta en la causa que tuvieron que cambiar de domicilio por la situación en que se encontraba el menor, hasta el punto de manifestar que por ello no quería facilitar el nuevo domicilio.....Así mismo en cuanto a la indemnización establecida por el daño moral hay que considerar la situación a la que ha estado sometido el menor con las consecuencias padecidas, se ha visto sometido a una situación de angustia y temor, ha cambiado de colegio y además la familia cambió de domicilio, por lo que consideramos que ello debe ser objeto de una compensación económica. En consecuencia, es procedente mantener la indemnización por dicho concepto, fijada en €2000; no puede entenderse desproporcionada ya que ha sido valorada por la Juzgadora en base a la percepción directa que le proporciona la intermediación.”

E.- I. -2 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA COMPAÑÍA DE SEGUROS DERIVADA DE UNA PÓLIZA DE “RIESGO HOGAR”

El Tribunal declara que procede declarar la responsabilidad civil de la Cía. Aseguradora con la que los padres de la menor autora de los hechos tenían suscrita una póliza de “póliza hogar”; sin perjuicio de que, al tratarse de un hecho doloso, la referida Aseguradora pueda ejercer su derecho de repetición.

SAP Burgos, Sec. 1ª, nº 314/22, de fecha 28/9/2022, Pte: Fresco Rodríguez, Mª Dolores



Unidad Coordinadora de Menores

“.....Se alega que se trata de una póliza de hogar, en la que se cubre la responsabilidad civil familiar del que está asegurado que es el cabeza de familia por los daños causados por las personas de las que deba responder, y en este caso es el padre el que tiene la custodia de la menor y que además habita en un piso superior, mientras que los abuelos que habitan en un piso inferior no tienen la custodia de la menor y que, además, la póliza tiene una serie de exclusiones y entre éstos los actos dolosos también excluidos según el artículo 19 de la ley del contrato del seguro. En relación a dicha cuestión señala la sentencia "Si se lee con detenimiento el condicionado particular de dicha póliza de seguro multi-riesgo familia- hogar, se comprobará como el riesgo asegurado es la vivienda adosada sita en la ZZZ, vivienda que según el certificado expedido por el Ayuntamiento de dicha localidad se trata de una vivienda unifamiliar, y que por lo tanto carece de cualquier división en régimen de propiedad horizontal o cualquier otra que permita identificar pisos diferenciados. Por lo tanto, es una única vivienda unifamiliar la asegurada. Y siguiendo con estas condiciones particulares se comprueba cómo es riesgo asegurado es la responsabilidad civil familiar, en concreto de la vivienda y de la familia que reside, entre otras, es decir la posibilidad de que surja civilmente la obligación de indemnizar a un tercero "por parte de la familia que reside", sin especificar que sea precisa una determinada relación filio-parental entre los miembros de esta familia, o de otro orden.

De esta manera siendo residente la nieta en la casa del abuelo, el nacimiento de su obligación de responder antes terceros está cubierto por el seguro. En este sentido, comprobando el informe del equipo técnico, cuyos datos posteriormente fueron ratificados por la menor expedientada en el acto del juicio, se comprueba como efectivamente en dicho domicilio familiar conviven 6 personas..... sus abuelos paternos y su tío, habiendo aclarado la menor en el acto del juicio que a afectos de alimentación y de cuidado entre sus familiares funcionan como una unidad familiar, y además de este mismo informe se desprende que es el padre junto con la ayuda de los abuelos paternos el que atiende y educa a sus dos hijas menores, de lo que se deduce que podrá no haber una tutela de sobre la menor de los abuelos legalmente constituida, pero lo que sí existe es una guarda de hecho. Por otra parte también, consta también en el cuestionario que el tomador de seguro hizo al seguro en el momento de concertar este contrato, que se trataba de una vivienda adosada en el que habitaban 5 personas, y que por lo tanto no se trataba de una unidad familiar formada exclusivamente por el tomador del seguro y su esposa, sino que era más amplia. Si se quisiera excluir la responsabilidad civil de algún miembro integrante de la familia que reside, por las razones que fueran, nos encontraríamos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado que debía haber sido expresamente aceptada por éste para operar, y en el presente caso no consta que haya ocurrido." Dicho razonamiento es considerado acertado por esta Sala.



Unidad Coordinadora de Menores

Y lo mismo cabe indicar en cuanto a la alegación de que nos encontramos ante unos hechos dolosos, cuestión a la que ya se ha referido en innumerables ocasiones la jurisprudencia y a lo que se refiere extensamente la sentencia al señalar: " Y por último, y en tercer lugar y en relación la alegación de la aseguradora de que la póliza tiene una serie de exclusiones y entre éstos los actos dolosos, también excluidos según el artículo 19 de la ley del contrato del seguro, cabe afirmar que es cierto que cuando se acude al condicionado general de la póliza, cuando explica lo que supone cada una de las coberturas, y en concreto la responsabilidad civil familiar, se establece que queda excluido a la responsabilidad civil que pueda imputarse al asegurado como consecuencia de actos dolosos.

Sin embargo en tal sentido cabe recordar la forma en la que se ha interpretado jurisprudencialmente este tipo de exclusión a los efectos del artículo 117 del Código Penal y que puede trasladarse a este mismo ámbito, respecto al artículo 63 LO 5/2000, y en este sentido es jurisprudencia reiterada, recordada entre otras por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2021 (Ponente Palomo del Arco), con enumeración de varias sentencias de la misma Sala, que la literalidad del artículo 117 del Código Penal permite entender, como se ha hecho, que la referencia a un hecho previsto en este código incluye tanto los hechos dolosos como los imprudentes, y que partiendo de esa constatación, la jurisprudencia ha afirmado que la exclusión de la posibilidad de asegurar el dolo significa que la compañía de seguros no estará obligada en ningún caso a indemnizar al asegurado por los daños causados dolosamente por el mismo, pero que ello no implica que, por razones de tipo social, venga obligada a indemnizar al tercero perjudicado en esos casos, sin perjuicio de repetir contra el asegurado (sentencia 341/2010, de 22 de junio); lo que se prohíbe al agente es que asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito civil o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición es decir que también exonera al causante del daño de su responsabilidad civil. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la responsabilidad del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador (STS 1007/2013, de 3 de enero de 2014, y 322/2009, de 23 de marzo).

Y dando un paso más la sentencia de 2021, recuerda la STS 200/2015, de 17 de abril, que señala "pueden oponerse al perjudicado las excepciones relativas a la cobertura del riesgo, pero no aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es₅₉



Unidad Coordinadora de Menores

el caso de la *exceptio doli*: "...al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, "sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado"; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado".....Por lo tanto, el recurso de la aseguradora YYY también ha de ser desestimado."

La Sala desestima el recurso de apelación de la Cía. aseguradora y declara que la cláusula de exclusión del riesgo es limitativa de derechos y debería haber sido expresamente aceptada.

SAP Ciudad Real, Sec. 1ª, nº 11/22, de fecha 5/10/2022, Pte: Astray Chacón, María del Pilar

"Tratándose de un seguro de responsabilidad civil y contratándose en el condicionado particular la cobertura de la responsabilidad civil familiar, sin especial ni destacada exclusión, la cláusula de exclusión del riesgo que aquí se opone, en relación con los hechos dolosos de las personas dependientes por los que se deba responder, entendemos merece la calificación de limitativa de derechos, y por lo tanto ha de ser expresamente aceptada, con los requisitos del art. 3. Es especialmente relevante a tales fines, ya no solo lo que ahondaría en un carácter sorpresivo, o la prevalencia del condicionado particular sobre el condicionado general, en cuanto en el mismo no se detalla ni se destaca exclusión alguna, sino también la propia configuración del seguro de responsabilidad civil y la responsabilidad por hecho ajeno.

La norma general aplicable es supuesta de responsabilidad del asegurado por hecho ajeno, sería incluso la no concesión al asegurador del derecho de subrogación frente a dichas personas (art. 43 de la LCS), lo cual, a falta de pacto expreso de exclusión de dicha cobertura, impediría el ejercicio de la repetición conforme al art. 63 de la LORPM. Por lo tanto, atendiendo al contenido natural de la cobertura pactada en el condicionado particular, la exclusión que se pretende hacer valer, limita, restringe y condiciona el derecho del asegurado.



Unidad Coordinadora de Menores

E.- II.- MODERACIÓN Y/O EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

No procede rebajar la responsabilidad civil ya que la indemnización civil fijado por el juzgado *a quo* es ajustada a los informes médico-forenses.

SAP Oviedo, Sec. 2ª, nº 319/2022, de fecha 14-10-2022, Pte: Vázquez Llorens, Mª Covadonga

“En lo referente al importe de la responsabilidad civil, es evidente que la pretensión formulada por los recurrentes interesando la minoración no puede ser admitida. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, SSTS 105/2005 de 26 de enero, 131/2007 de 16 de febrero, 957/2007 de 28 de noviembre, 398/2008 de 1 de julio, entre otras, que la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso, como es el caso que nos ocupa, que realice el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del "quantum" de las responsabilidades civiles, por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, no puede, por regla general, ser sometida a la censura de la casación, lo que es extrapolable al recurso de apelación. La cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en apelación o en casación cuando: a) exista error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del "quantum" indemnizatorio, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte; y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro Derecho Procesal Penal, y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penales correspondientes. A lo que se añade la necesidad de motivar las resoluciones judiciales, art. 120 CE, puesta de relieve por el Tribunal Constitucional respecto de la responsabilidad civil *ex delicto* (STC 78/86 de 13.6 y 11.2.97) y por el TS (SS. 22.7.92, 19.12.93, 28.4.95, 12.5.2000) que impone a los Jueces y Tribunales la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten.

En el presente caso las sumas otorgadas se consideran correctas y ajustadas visto los resultados lesivos producidos, entendiendo la Juez a quo que los 42 días que invirtió XXXX en su curación fueron de perjuicio básico y no moderado como se solicitaba, concediendo solo indemnización por la secuela de perjuicio estético moderado que fijó en dos puntos, incrementando la indemnización resultante en un 20% dado su carácter doloso; en relación con YYYY se otorgaron 30 días de curación con perjuicio moderado y 15 de perjuicio básico, sin secuelas, siendo dicho criterio correcto a la vista de la₆₁



Unidad Coordinadora de Menores

lesión de luxación de hombro que padeció dicho perjudicado, con las limitaciones que se derivan de la misma según precisó el médico forense en el plenario, incrementándose las sumas en un 20% por su carácter doloso, añadiendo que las cantidades previstas en el baremo que rige en materia de lesiones causadas en accidentes de circulación y a que se refiere la parte recurrente, es meramente orientativo no siendo vinculante al tratarse de lesiones dolosas. En los supuestos de delitos dolosos, como el presente es criterio reiterado seguir, como orientación, las reglas del Baremo establecido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos, de aplicación obligada en supuestos de accidentes ocurridos con ocasión de la conducción de vehículos de motor, aumentando ligeramente las cantidades en atención al mayor daño moral que supone una lesión dolosa que aquella causada en un ámbito como la circulación cuya peligrosidad está asumida socialmente. La corrección valorativa de la sentencia de instancia es evidente estimando que las alegaciones de la parte recurrente, tienen como único objetivo combatir la apreciación que de la prueba pericial que efectuó la Juzgadora de instancia, basando su Fallo en el informe forense tratando los recurrentes, como es legítimo desde el punto de vista de sus intereses, de descalificar la valoración efectuada, asumiendo en esta alzada dicha valoración máxime si se tiene presente que el médico forense llevó un control evolutivo, añadiendo que el informe forense ratificado en el plenario no sólo recoge el periodo de curación sino que explica y detalla las secuelas actuales que presentan, informe emitido tras un minucioso estudio de toda la documentación aportada y la revisión de todo el historial médico, explicando en el acta de la vista oral de forma clara y extensa el porqué de las conclusiones médicas, desestimándose por ello el recurso interpuesto, estimando también acertado otorgar indemnización por los desperfectos en el teléfono móvil por cuanto dicho extremo ya se recoge en la denuncia inicial, alcanzando la Juzgadora el juicio de certeza necesario para concluir ser cierto que resultó dañado en el curso del incidente, por lo que y no existiendo duda alguna sobre la preexistencia del teléfono conforme al art 364 de la L.E.Crim. obrando en la causa el presupuesto de reparación por importe de 235 euros, igualmente procede confirmar en este punto la sentencia impugnada.”

E.- III.- RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

La Sala analiza prolijamente los fundamentos de la responsabilidad civil conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos a los que correspondería al control, siquiera potencial, sobre la conducta de la menor y, por tanto, la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa; en especial la de las



Unidad Coordinadora de Menores

Comunidades Autónomas como gerentes de las Entidades Públicas encargadas de la ejecución de medidas judiciales sobre menores.

SAP Logroño, Sec. 1ª, nº 186/2022, de fecha 7-11-2022, Pte: Aramendía Ojer, Mº del Puy

“...Esta Audiencia Provincial sigue el criterio mantenido por una gran parte de Audiencias Provinciales del país (podemos citar a modo de ejemplo las Sentencias de la AP de Málaga (Sección 8ª) 572/09 JUR 201011336 , de 9 de noviembre y 654/2011, de 10 de diciembre JUR 20122765 ;Sentencia 248/2010 de AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 6ª) de 12 de mayo de 2010 JUR 20110151 , 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 201158640) que partiendo de una interpretación lógica y sistemática nos conduce a entender que lo que el legislador ha pretendido es que la responsabilidad de orden civil recaiga, de entre aquellas personas que en el artículo 61 .3 se enumeran, en laque en el momento de causarse los daños por el menor ejerciera sobre el mismo los contenidos de la patria potestad, o alguno de ellos. El fundamento de esa responsabilidad conjunta y solidaria por parte de personas o entidades integradas en distintas categorías de sujetos respondería al control, siquiera potencial, que pueden ejercer sobre la conducta del menor y por tanto la posibilidad que tienen para prevenir y evitar sus actos ilícitos generadores de una conducta dañosa, pues sería absurdo, por ejemplo, el atribuir a unos padres a quienes se les hubiera privado de la patria potestad la obligación de responder por los daños y perjuicios causados por un hijo cuya guarda y custodia se hubiera encomendado a un tutor....De ahí que el orden previsto legalmente en el artículo 61 .3 no supone un orden de exclusión automática y sucesiva, de modo que existiendo padre se excluya al tutor, al acogedor o guardador, pues ello sólo sería así, si la existencia del mismo va acompañada del ejercicio de la totalidad o haz de facultades conjuntas que integran la patria potestad. Por el contrario, sí parte de las facultades se delegan manteniendo una facultad de superior vigilancia y cuidado, lo propio es compartir responsabilidades, debiendo en todo caso responder de forma solidaria y sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder entre sí a los corresponsables solidarios. En suma, hemos de partir de la posibilidad de concurrencia de distintos responsables, siempre que participaran en el proceso de gestión educativa del menor y ejerzan sobre el mismo un control aunque sea potencial o *cuasipotencial*, de su comportamiento”. Así pues, la Comunidad Autónoma, a través de los servicios e instituciones de las que dispone, suscribe los Convenios que considera oportuno para que, menores que han de cumplir medidas judicialmente impuestas, sean acogidos en los centros en los que así se haya convenido, cuyos centros son gestionados por organizaciones o entidades que ofrecen una intervención educativa adecuada a las exigencias que, en el cumplimiento de



Unidad Coordinadora de Menores

tales medidas, se imponen, debiendo quedar garantizado el cumplimiento de la medida en términos de protección y seguridad. Es, es este marco de colaboración con la GV, donde surge la prestación de servicios por parte de la Fundación ZZZZ Intervención Psicosocial, la que - además de otros centros-, gestiona y administra el Centro de Reeducción de Menores " ZZZZ. La Administración Pública no puede, a partir del momento en que ha derivado a un determinado menor a un centro para el cumplimiento de la medida, desentenderse del seguimiento de la misma y de las condiciones en que la medida ha de cumplirse, sino que ha de hacer un seguimiento, en los términos convenidos al efecto, tendente a constatar que la gestión que se está llevando a tal fin es la adecuada, no solo en relación con el cumplimiento de la medida impuesta por el órgano jurisdiccional, sino también respecto a las prestaciones que la Fundación ZZZZ, para el cumplimiento de las medidas, se compromete a llevar a efecto y que abarcan, entre otros aspectos, a materia de protección y seguridad, no solo de los menores, sino también de cuantos desempeñan sus funciones en el Centro en cuestión. La Fundación ZZZZ gestiona el Servicio, pero dicha gestión ha de estar supervisada por la Administración Pública, no pudiendo dejarse al albur de la entidad privada, precisamente, por la especificidad de función encomendada. La principal obligada en la prestación del servicio público que se trataba de dispensar y de que, efectivamente, se realizara en óptimas condiciones era la Comunidad Autónoma, sobre todo tratándose de un centro en el que debían ejecutarse resoluciones judiciales de naturaleza penal, en gran parte en un régimen cerrado y que han recaído sobre menores de edad o jóvenes conflictivos, por cuya integridad y seguridad las instituciones públicas deben velar en todo caso, debiendo velar, igualmente, por la seguridad de quienes realizan sus funciones para el cumplimiento de tales medidas, en especial ante la peligrosidad de algunos de sus internos,..." Y en este caso consta en el expediente el informe de 8 de junio de 2021 del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Menores de Logroño respecto de la menor, en el que se informa que la menor fue declarada en situación de riesgo por Resolución de la Entidad Pública de Protección de fecha 15 de julio de 2019, la menor se negó a acudir al recurso terapéutico de forma voluntaria; la menor ejercía violencia filio-parental; ingresó en el Centro YYYY en Salamanca el 15 de noviembre de 2019, siendo su adaptación inestable en el cumplimiento de la normativa interna y tareas asignadas, mostrando en ocasiones un comportamiento soberbio, déspota y agresivo hacia el Educador, y con agresiones y disputas en las relaciones con sus iguales, siendo cada vez mayor la conflictividad de su conducta, mostrando muchas dificultades para gestionar y controlar su ira, con policonsumo de tóxicos, y fugas del recurso, además de implicarse en conductas delictivas.Resulta pues acreditado que la menor, bajo la guarda de la Comunidad Autónoma de La Rioja en ejecución de la medida de internamiento acordada por la autoridad judicial, tenía una historia prolongada de consumo de tóxicos, conductas disfuncionales, fugas del recurso residencial, incumplimientos de normas, y comportamientos agresivos, lo que exigía⁶⁴



Unidad Coordinadora de Menores

de la Administración bajo cuya guarda se encontraba la menor unas medidas de vigilancia y control específicas, que no consta se adoptaron, sin que la parte ahora apelante haya acreditado que hubiera empleado toda la diligencia exigible en el desarrollo de los deberes de vigilancia, custodia y educación que le correspondían respecto de la menor sujeta a su guarda, por lo que no procede la exención ni la moderación de la responsabilidad interesada por la parte apelante.”

No se estima pertinente rebajar más allá del 30% la cuantía de la responsabilidad civil de la Comunidad Autónoma ya que tuvo que haberse llevado a cabo un control más exhaustivo sobre el menor tendente a evitar que hubiese cometido los hechos.

SAP Tarragona, Sec. 2ª, nº 373/2022, de fecha 24-10-2022, Pte: Jiménez Carballo, Víctor

“En cuanto a la minoración de la cantidad, el art. 61.3 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor dispone 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, y que cuando éstos no hubieran favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos. Por tanto, los sujetos pasivos obligados por la responsabilidad civil establecida en la Ley del menor, son en primer lugar, el menor responsable del daño cometido y en segundo lugar, pero solidariamente con él, sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden (figura que en el caso actual corresponde a la Generalitat de Catalunya, por las concretas circunstancias del menor). Dicha responsabilidad civil de padres y guardadores viene calificada de objetiva por la doctrina, ya que el responsable no queda exonerado de la misma ni aun cuando acredite la ausencia de culpa o negligencia en su labor de guarda.

No obstante, lo que si admite el art. 61.3 de la LORPM es que el Juez pueda moderar la responsabilidad de los padres y demás guardadores del menor, cuando no hubieren favorecido la conducta de aquél con dolo o negligencia grave. En el caso presente, la defensa hace una valoración incorrecta de la moderación de la responsabilidad civil, puesto que indica que se exime a la Generalitat del 70% de su responsabilidad.

Sin embargo, la Sentencia recurrida dispone, en su parte dispositiva, que " se modera la responsabilidad civil de la Generalitat de Catalunya hasta un 30%, por lo que solo deberá hacer frente a la cantidad de 3.812,38 euros". Es decir, que la Generalitat viene obligada a pagar el 70% de la RC fijada, no el 30%, tal como indica el recurrente. En el presente caso, no se ha aportado elemento de prueba alguno que permita valorar⁶⁵



Unidad Coordinadora de Menores

dicha moderación, sino que, por el contrario, el único dato que se ha mencionado respecto de la actuación de la Generalitat de Catalunya, nos lo aporta el Ministerio Fiscal, quien, tal como señala la sentencia recurrida, alega que el menor, durante el periodo sometido a tutela administrativa, "ha recibido educación y formación adecuada". A pesar de ello, como la propia Sentencia recurrida indica, no se apuró el control sobre el menor. Por tanto, esta Sala coincide con este criterio del Juzgado de Menores para valorar que no procede una minoración de más del 30%, puesto que no es un hecho controvertido que se cumpliera con el deber educativo que le correspondía en este caso, si bien tuvo que haberse llevado a cabo un control más exhaustivo sobre el menor tendente a evitar que hubiese cometido los hechos que han dado lugar a esta causa. En consecuencia, este motivo debe decaer."

E.- IV.- CUANTIA ÍNTEGRA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN FAVOR DE UN AYUNTAMIENTO POR LA QUEMA DE SUS CONTENEDORES.

Se declara la responsabilidad civil del menor en favor de un Ayuntamiento cuyos contenedores fueron incendiados, sin minoración del importe por el hecho de ser usados.

SAP LLeida, Sec. 1ª, nº 200/2022, de fecha 11/7/2022, Pte: García Navascués, Víctor Manuel

"...Entrando ya en la pretensión subsidiaria consistente en que se rebaje la indemnización al Ayuntamiento de Lleida por los contenedores afectados en el porcentaje de depreciación estimado por el perito XXXX, debe ser desestimada. Según dicho perito, aplicó una depreciación del 25% del valor de su precio de adquisición por tratarse de contenedores usados, no obstante, si bien ello podría en su caso ser tomado en consideración para determinar el valor de los daños y por tanto la calificación como delito leve o menos grave, en el momento de fijar la indemnización por daños y perjuicios causados al propietario de los bienes dañados, conforme a los artículos 109 y siguientes del Código Penal, y partiendo de que los contenedores quedaron totalmente inoperativos y fue necesaria su reposición por unos nuevos, procede la reparación integral y por tanto fijar la indemnización por el valor de reposición de los contenedores nuevos; así se apreció por ejemplo en la SAP Barcelona, Sección: 8, 76/2020, de 12 de febrero, al decir: "Lo que se debate es si los contenedores dañados podían o no ser reparados ya que, en este segundo caso, solo puede estarse al precio de reposición por contenedores nuevos de iguales

66



Unidad Coordinadora de Menores

características a los dañados." El motivo de impugnación por tanto también debe ser desestimado."

E.- V.- RESPONSABILIDAD CIVIL SOLIDARIA ENTRE LOS COAUTORES DEL DELITO

Se declara la responsabilidad civil solidaria de todos los menores ya que los coautores han de ser considerados solidariamente responsables del abono de la responsabilidad civil derivada del delito y la fijación de idéntica cuota a cada uno de ellos, en la medida en que el resultado lesivo finalmente alcanzado por la actuación conjunta de los tres resulta plenamente imputable, en su totalidad, a cada uno de ellos.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 505/2022, de fecha 27/10/2022, Pte: Hervás Oriz, José Joaquín

"...Habiendo sido condenados los tres menores expedientados como coautores de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal, en relación a las sufridas por la víctima, interpone recurso de apelación uno de ellos, XXXX, combatiendo exclusivamente el pronunciamiento sobre responsabilidad civil que dicha sentencia contiene y por el que se condena solidariamente a los tres menores expedientados al abono de la correspondiente indemnización, con la responsabilidad solidaria de sus respectivos representantes legales, fundamentándose el recurso en el hecho de entender que el apelante no causó lesiones en el rostro a la víctima y que su contribución a la producción de las lesiones fue menor que la de los otros dos agresores, lo que, a su juicio, debería determinar que su responsabilidad y la de sus representantes legales quedase reducida a un 20% del importe total de la indemnización fijada en la sentencia.

Pero el recurso debe ser desestimado por las razones que se van a exponer a continuación. Debemos partir de que en la sentencia apelada se considera a los tres menores expedientados coautores del delito de lesiones por el que han sido condenados, sin que tal pronunciamiento haya sido combatido por la parte apelante. En cualquier caso, debemos destacar que es acertada tal consideración de los tres menores expedientados como coautores del delito, pues lo que se describe en la sentencia apelada es una agresión realizada de forma conjunta y concertada por parte de los tres, debiendo recordarse que, como viene declarando la jurisprudencia, con una reiteración que excusa de concreta cita, no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, ya que a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de

67

**Unidad Coordinadora de Menores**

los coautores, integradas en el plan común, debiendo señalarse también que esa misma jurisprudencia recuerda que la autoría material que describe el artículo 28 del Código Penal no significa que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Rige en estos supuestos el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales, en cuya virtud cada uno de los componentes del grupo ha de responder de la totalidad de lo realizado por dicho grupo, al estar abarcado por el propósito delictivo común. De conformidad con ello, resulta indiferente que el ahora apelante golpease en menor medida a la víctima que los otros dos agresores, pues los tres actuaron de forma conjunta y con un propósito delictivo común, contribuyendo el apelante con su conducta a la consecución del resultado lesivo finalmente alcanzado por los tres, por lo que es indudable que a los tres menores expedientados les resulta imputable la totalidad de ese resultado lesivo.

Por otra parte y ya en lo que se refiere a la concreta impugnación del pronunciamiento sobre responsabilidad civil que se realiza en el recurso, debemos señalar que la jurisprudencia considera que los coautores han de ser considerados solidariamente responsables del abono de la responsabilidad civil derivada del delito por ellos cometido, pudiendo citarse, a este respecto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2013 (STS nº 1027/2013) y 12 de mayo de 2015 (STS nº 266/2015), señalándose en la primera de ellas que la determinación de la cuota de la que deba responder cada uno de los intervinientes en el delito estará en función de sus respectivas contribuciones a la infracción penal. En este sentido, tanto en relación con la naturaleza solidaria de la responsabilidad de los coautores como en lo que se refiere a la determinación de cuotas de responsabilidad civil de cada uno de los intervinientes en el delito, puede leerse en la primera de las sentencias citadas, textualmente, lo siguiente:...Sobre la base de esa doctrina jurisprudencial, debemos señalar que es evidente que, en el supuesto que nos ocupa, la responsabilidad civil del ahora apelante ha de ser solidaria con la de los otros dos agresores; y, en lo que se refiere a las cuotas de responsabilidad civil de cada uno de los tres intervinientes en el hecho delictivo, no consideramos que sea irracional o injustificada, sino plenamente ajustada a derecho, la fijación de idéntica cuota a cada uno de ellos, en la medida en que el resultado lesivo finalmente alcanzado por la actuación conjunta de los tres resulta plenamente imputable, en su totalidad, a cada uno de ellos, no solo por ser coautores del delito de lesiones por el que han sido condenados, sino porque entendemos que los tres contribuyeron, de forma decisiva, con su actuación conjunta y concertada, a la



Unidad Coordinadora de Menores

producción del total resultado lesivo. Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia apelada.”

F.- RECURSOS

F. I RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) La Sala Segunda del TS analiza la concurrencia de los supuestos para que pueda prosperar el Recurso de Casación para unificación de doctrina del artº 42 LORPM, recordando que las “contradicciones doctrinales” que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a "hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos".

Auto de Inadmisión de la Sala Segunda del TS, nº 1.060/22, de fecha 1/12/2022, Pte: Martínez Arrieta, Andrés

“Se formaliza por la representación procesal de la parte recurrente el recurso de casación para unificación de doctrina, al amparo del art. 42 de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor 5/2000, y por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A) La argumentación de la parte recurrente viene a señalar, de un lado, que la Audiencia en apelación no apreció la agravante del artículo 241.4 del Código Penal pero no rebaja la medida impuesta; y cita como sentencias de contraste, sentencia nº 14/2014 de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, sentencia de 30 de junio de 2015 dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, sentencia de 20 de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Cádiz, sentencia de 30 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Cádiz, en cuanto, en esencia, se refieren al principio de proporcionalidad de las penas, y establecen que procede una reducción punitiva cuando se produce un cambio legislativo, que ha de plasmarse de algún modo en la sentencia dictada. Además, en los motivos por infracción de ley, se alega que el Ministerio Fiscal no incluyó en su escrito de acusación ni en sus conclusiones definitivas la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de pertenencia a grupo criminal, así como tampoco hizo referencia a la comisión en grupo, en relación con el artículo 10.1.b) de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores. Y además se sostiene que los indicios existentes no son suficientes para enervar la presunción de inocencia, y que lo que la₆₉

**Unidad Coordinadora de Menores**

Sala califica como robo en grado de tentativa, resulta ser un acto reparatorio. B) Conviene recordar que como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional número 88/97, de 5 de mayo, aunque el acceso a los recursos legalmente establecidos forma parte de la tutela judicial efectiva, este derecho no queda vulnerado cuando el recurso interpuesto es inadmitido por el órgano judicial competente en virtud de la concurrencia de algunas de las causas legalmente previstas al efecto, añadiendo la citada sentencia del Tribunal Constitucional, que la interpretación de las normas que contemplan causas de inadmisión de recursos es competencia exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios.

El derecho al recurso está comprendido dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, pero siempre que se trate de recursos previstos en la ley, pues no permite habilitar medios de impugnación al margen de lo regulado en las leyes. C) Con carácter previo, debemos recordar, que el recurso extraordinario de casación frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, cuyo riguroso sistema tasado se fija en los términos del artículo 847.1º, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de ser interpretado en el presente caso, en relación con los artículos 42 y 10 de la Ley Orgánica 1/2000, de doce de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, según los cuales, el recurso de casación tan sólo cabrá interponerlo para la unificación de doctrina, cuando se hubieran impuesto al menor medidas por la comisión de delitos graves y menos graves, o bien perpetrados en el seno de un grupo, banda, organización, o asociación.

Por su parte, el recurso de casación para unificación de doctrina, establecido en el art. 42 LRPM, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina -y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley- en el ámbito del derecho sancionador de menores. La finalidad de este recurso es reforzar la garantía de la unidad de doctrina "en el ámbito del derecho sancionador de menores", quedando explicitado el sentido de esta frase en el art. 42.2 LRPM en que se dispone que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a "hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos" (STS 3-2-03). Significa esto que las discrepancias susceptibles de ser corregidas y resueltas mediante el recurso de casación para unificación de doctrina son las que se concretan en medidas impuestas a un determinado menor que, en su contenido, duración y objetivos, se apartan sensiblemente de otras que tomaron en consideración datos idénticos o muy parecidos sobre la gravedad objetiva del hecho, la personalidad y situación del menor, su entorno familiar o social, su edad, sus necesidades, etc., porque lo que se persigue a través de este remedio es alcanzar, en el tratamiento de⁷⁰

**Unidad Coordinadora de Menores**

la responsabilidad penal de los menores y en su orientación educativa, siempre inspirada por el principio del superior interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica (STS 7-11-02).

La función de unificación que corresponde a esta Sala no comprende la concreta duración de la medida y el internamiento acordado. Se trata de facultades de individualización que competen al juzgado y tribunal atento a los presupuestos de actuación que establece la propia ley en su art. 7.3, edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, sobre los que no es factible establecer la identidad fáctica sobre la que aplicar la norma y la sanción dispuesta por el ordenamiento. La identidad precisa no va referida al tipo de delito sino, en todo caso, a los presupuestos de individualización siempre distintos, unos y de otros (STS 24-09-12).

En este caso, no resulta procedente la admisión del recurso. La cuestión central en este tipo de recursos estriba en la unificación de doctrina, esto es, la sentencia de contraste lo que tiene que poner de manifiesto es que la sentencia recurrida se ha apartado de la interpretación de la norma que en las otras sentencias se mantiene. Además, la aplicación el artículo 9.2 de la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores, responde a que se trata de un delito grave, que ha generado riesgo para la vida o la integridad física de los moradores.....El artículo 42 LORPM exige que se presente una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, y aquí la materia que se plantea es, como hemos visto, ajena a este recurso de unificación de doctrina. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la improcedencia de plantear en este recurso de casación de unificación de doctrina temas no referidos a hechos y valoraciones de las circunstancias del menor. Así en la STS 115/2003, de 3 de febrero, hemos dicho que la finalidad del recurso de casación para unificación de doctrina es reforzar la garantía de la unidad de doctrina "en el ámbito del Derecho sancionador de menores"; las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a "hechos y valoraciones del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos". Ello supone -decíamos en la STS 1836/2002- que lo perseguido a través de este remedio "es alcanzar, en el tratamiento de la responsabilidad penal del menor y en su orientación educativa, siempre inspirada por el superior principio del interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica".

En atención a las consideraciones expuestas, el recurso articulado carece manifiestamente de fundamento, por no ajustarse a las disposiciones del artículo 42 de



Unidad Coordinadora de Menores

la LRPM, y procede su inadmisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 884.1 de la LECrim.”

B) El TS indica los supuestos tasados legalmente para la preparación del Recurso de Casación para unificación de doctrina del artº 42 LORPM. La Sala Segunda del Tribunal Supremo reitera que el Recurso de Casación para unificación de doctrina es la garantía de la unidad de doctrina y, consiguientemente, el principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley.

Auto resolutorio de Queja de la Sala Segunda del TS, nº 20.668/22, de fecha 27/10/22, Pte: Puente Segura, Leopoldo

“La resolución de la que trae causa este recurso fundamenta su rechazo en que la jurisdicción de menores tiene su propio régimen de recursos, previstos en los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, normativa que prevé la posibilidad de interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, en materia de menores y en los supuestos previstos en la ley.

Asiste la razón a la Audiencia Provincial de Madrid, al denegar la preparación del recurso de casación -para la unificación de doctrina-, por no cumplirse las determinaciones del artículo 42 de la LORPM, que exige, la plasmación de una relación precisa y circunstanciada de la contradicción requerida legalmente para que el recurso resulte viable, sin que se haya ofrecido esa relación de jurisprudencia contradictoria. Así, dice textualmente el citado art. 42.1 que son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10, -por remisión art. 9.2-, medida de internamiento en régimen cerrado. Y en su apartado 2º añade que 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. Reza su apartado 3º que el escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia. Y solo en el caso de que el Letrado de la Administración de Justicia estimara acreditados tales presupuestos podrá requerir el testimonio de tales sentencias y⁷²



Unidad Coordinadora de Menores

remitir la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando a las partes ante la misma (art. 42. 4).

En el caso, la parte no solo no ha aportado sentencia/s de contraste de las que se derive que la recurrida se ha apartado de la interpretación de la norma que en aquellas se mantiene. Tampoco ha formalizado el recurso de casación en este sentido. A la postre, el escrito de formalización del recurso de queja no se refiere a un posible recurso de casación para la unificación de doctrina; por el contrario, parece aludir a un recurso de casación ordinario con base legal en los arts. 847.1.b), 849.1 y 852, todos ellos de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ. Como señala el Ministerio Público, este "remedio extraordinario", único admisible en el marco de la jurisdicción penal de menores, tiene por finalidad reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina -y consiguientemente el principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley-.

Por lo que concierne a la denunciada vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva -en su modalidad de acceder a los correspondientes recursos-, cuando la ley no prevé un recurso, como es en el caso de autos, su inadmisión no infringe el referido derecho, en cuanto directamente resulta de lo normativamente dispuesto. El derecho a la tutela judicial efectiva que alega la recurrente (art. 24 CE) no determina habilitar la interposición de recursos enfrentando lo legalmente previsto. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones. En el presente caso, ninguno de tales presupuestos habría tenido lugar. La recurrente interpuso recurso de apelación interesando la nulidad de la audiencia celebrada ante el Juzgado de Menores y la revocación de la sentencia dictada por el mismo, que declaró la responsabilidad del menor a la vista del reconocimiento de los hechos realizados por él mismo y su padre y por extensión, la responsabilidad civil de quien ahora recurre, que no compareció al acto de la audiencia ni alegó imposibilidad de hacerlo. Pretensión que fue desestimada al no concurrir ningún vicio de nulidad, de forma que la indefensión que alega, según se resolvió, de haberse producido, solo le sería imputable a ella.

En consecuencia, habiendo actuado la Audiencia Provincial con toda corrección al denegar la preparación del recurso de casación anunciado, al no constar la discordancia existente entre resoluciones, procede desestimar este recurso de queja, con imposición de las costas a la recurrente (art. 870 LECrim.)."



Unidad Coordinadora de Menores

F. II RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

Sobre la improcedencia de revisar en Segunda Instancia las sentencias absolutorias dictadas por el juzgado de menores al estar vedada la pretensión del apelante de establecer un nuevo enunciado de los hechos probados.

SAP Tenerife, Sec. 6ª, nº 294/2022, de fecha 22-7-2022, Pte: Moreno Bravo, Emilio

“En la resolución del recurso debemos reflejar la doctrina plasmada en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, de 28 de marzo de 2019 donde se expone: "En la actual redacción del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley 41/2015, vigente a partir del 6 de diciembre de 2015 para los procedimientos incoados con posterioridad a dicha fecha, se restringe en la norma positiva la posibilidad de revisión de sentencias absolutorias o el agravamiento de la condenatoria por error en la valoración de la prueba, remitiendo la disposición procesal a la eventual declaración de nulidad de la sentencia (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.). En cierta medida, estas disposiciones incorporan al derecho procesal positivo principios que desde la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, progresivamente, han venido a restringir la posibilidad de revisión de sentencias penales absolutorias o el agravamiento de condenatorias, fundada en una revisión de los hechos de la sentencia apelada. Al respecto, resulta obligado invocar la doctrina del Tribunal Constitucional, seguida desde la sentencia 167/2002 de 18 de septiembre, que en la práctica limitó la posibilidad de revisión fáctica en la apelación penal, singularmente cuando se pretende un nuevo examen de elementos de prueba (personales) en los que el respeto a los principios de inmediación y contradicción impide llegar a conclusiones distintas a las asumidas por el Juez que directamente intervino en el juicio oral. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández) aprecia vulneración del Art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, y considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de⁷⁴



Unidad Coordinadora de Menores

decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39 ; 22 de noviembre de 2011, caso La cadena Calero c. España , § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; o STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España).

Además, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013, "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)", insistiendo en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril; o 153/2011, de 17 de octubre)-.

En suma, se considera en esta resolución que "vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad". En el caso analizado no puede revisarse el contenido de este pronunciamiento, en la medida que se fundamenta la pretensión del recurso, no en la posibilidad de obtener conclusiones jurídicas diferentes manteniendo los hechos de la sentencia, sino en la pretensión de un nuevo enunciado de estos. La pretensión de revisión de la prueba se basa en una nueva valoración de las pruebas practicadas en el juicio, dada la naturaleza de los hechos estrictamente personales. La sentencia recurrida ha analizado las circunstancias del caso, exponiendo la escasez de prueba presentada en juicio y la ausencia de detalle de la declaración inculpativa, en situación que priva de consistencia probatoria a este testimonio. Las conclusiones probatorias de la sentencia distan mucho de poder considerarse irracionales, carentes de lógica o contrarias a máximas de experiencia, únicas situaciones que permitirían defender, no la revocación de la sentencia, sino una declaración de nulidad que tampoco se pretende en el recurso de apelación". La SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 6ª, de 1 de julio de 2019 -resolviendo una⁷⁵



Unidad Coordinadora de Menores

apelación de un juicio por delito leve- recoge: "El recurso debe ser necesariamente desestimado por un argumento estrictamente procesal. La doctrina del Tribunal Constitucional venía sosteniendo a partir de la sentencia 167/02 de 18 de septiembre, dictada por su Pleno, que la condena en segunda instancia tras una anterior sentencia absolutoria supone una infracción de la presunción de inocencia, que sólo puede ser desvirtuada en virtud de la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, es decir, la practicada bajo la inmediación del órgano jurisdiccional y sometida a los principios de contradicción y de publicidad. Tal criterio ha sido posteriormente corroborado por las sentencias 170/02 de 30 de septiembre (con la matización de que en este caso no se valoraron pruebas personales, sino cuestiones meramente jurídicas), 197, 198 y 200/02 de 28 de octubre, 212/02 de 11 de noviembre, 230/02 de 9 de diciembre, 40/2004 de 22 de marzo y 78/2005 de 4 de abril. A partir de la entrada en vigor del actual art. 790.1 de la L.E. Crim, introducido por la Ley 41/2015, se dispuso un régimen de apelación de las sentencias absolutorias previendo no la repetición del juicio ni la audiencia en segunda instancia del acusado, como anteriormente se articulaba, sino la posibilidad de esgrimir una causa de nulidad: "Cuando la acusación alegue error en la valoración del apueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria (...) será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia, la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada " Y el art. 792.2 dispone que: " 2. 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". Por consiguiente, la reforma procesal ha reafirmado al proceso de apelación como un juicio que, en lo referente a las sentencias absolutorias, únicamente autoriza a su declaración de nulidad si se dan los presupuestos legales y no a la revisión de la valoración de la prueba como solicita la parte recurrente. En el presente caso, cualquiera que sea la consideración que nos merezca la valoración de la prueba realizada por el juez de instancia, la pretensión del recurrente no puede ser estimada pues no insta la nulidad sino el dictado de una sentencia condenatoria en segunda instancia, posibilidad no admitida por la reforma procesal. Las razones expuestas hacen imposible entrar a valorar la pretensión del Ministerio Fiscal al tratarse de una nueva valoración de la prueba lo que resulta vedado atendiendo a la nueva normativa que impediría, como⁷⁶



Unidad Coordinadora de Menores

en el presente recurso donde media un pronunciamiento absolutorio, entrar a fundamentar nuevos pronunciamientos condenatorios desfavorables pues el nuevo marco legislativo cercena la posibilidad de revisión de sentencias absolutorias o el agravamiento de la condenatoria por error en la valoración de la prueba, remitiendo la disposición procesal a la eventual declaración de nulidad de la sentencia lo que no se ha producido en el recurso. En el caso analizado no puede revisarse el contenido de este pronunciamiento, en la medida que se fundamenta la pretensión del recurso, no en la posibilidad de obtener conclusiones jurídicas diferentes manteniendo los hechos de la sentencia, sino en la pretensión de un nuevo enunciado de estos. La pretensión de revisión de la prueba se basa en una nueva valoración de las pruebas practicadas en el juicio, dada la naturaleza de los hechos estrictamente personales. La sentencia recurrida ha analizado las circunstancias del caso. Las conclusiones probatorias de la sentencia distan mucho de poder considerarse irracionales, carentes de lógica o contrarias a máximas de experiencia, únicas situaciones que permitirían defender, no la revocación de la sentencia, sino una declaración de nulidad que se ha descartado en el presente recurso de apelación.”

F. III SOBRE LA PROHIBICIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA DE RECONSTRUIR EL RELATO DE HECHOS PROBADOS.

No cabe en la Segunda Instancia establecer un nuevo enunciado de los hechos probados; el control de la Sala se desplaza al juicio de adecuación del razonamiento probatorio empleado por el tribunal de instancia.

SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 491/2022, de fecha 17-10-2022, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín

“...Cuando el recurso de apelación se interpone contra una sentencia absolutoria, la reforma de 2015 ha vedado, en términos concluyentes, que el tribunal de segunda instancia reconstruya el hecho probado a partir de una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, cualquiera que sea la naturaleza de esta. La acusación solo puede pretender la revocación de la sentencia absolutoria y la condena del absuelto, cuestionando el fundamento normativo de la decisión a partir de los hechos que se declaran probados. Por contra, cuando los gravámenes afectan al cómo se ha conformado el hecho probado o cómo se ha valorado la prueba solo pueden hacerse valer mediante motivos que posibiliten ordenar la nulidad de la sentencia recurrida. Lo que solo acontecerá si, en efecto, se identifican defectos estructurales de motivación o de construcción que supongan una fuente de lesión del derecho de quien ejercita la⁷⁷

**Unidad Coordinadora de Menores**

acción penal a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 CE. Ni la acusación puede impetrar ante el tribunal de segunda instancia una nueva valoración de la prueba, como una suerte de derecho a la presunción de inocencia invertida. Ni, tampoco, que se reelabore el hecho probado corrigiendo los errores de valoración o de selección de datos probatorios. El acento del control, en estos casos, se desplaza del juicio de adecuación de la valoración probatoria al juicio de validez del razonamiento probatorio empleado por el tribunal de instancia.

Lo que se traduce en un notable estrechamiento del espacio de intervención del tribunal de segunda instancia. Este solo puede declarar la nulidad de la sentencia por falta de validez de las razones probatorias ofrecidas por el tribunal de instancia en dos supuestos: uno, si no se ha valorado de manera completa toda la información probatoria significativa producida en el plenario, privando, por ello, de la consistencia interna exigible a la decisión adoptada. Y, el otro, cuando los estándares utilizados para la valoración de la información probatoria sean irracionales. Sobre esta delicada y nuclear cuestión de la irracionalidad valorativa debe destacarse que no puede medirse ni por criterios cuantitativos, de mayor o menor peso de unas informaciones de prueba frente a otras, ni por simplificadas fórmulas de atribución de valor reconstructivo preferente y apriorístico a determinados medios de prueba. La valoración de la prueba es una operación muy compleja en la que interactúan factores de fiabilidad de la información probatoria, marcados por el caso concreto, consecuentes a la valoración conjunta de todos los medios de prueba, de todas las informaciones que terminan conformando un exclusivo, por irrepetible, cuadro probatorio. De ahí que el control de racionalidad de las decisiones absolutorias por parte de los tribunales superiores deba hacerse no desde posiciones subrogadas, de sustitución de un discurso racional por otro que se estima más convincente o más adecuado, sino mediante la aplicación de un estándar autorre restrictivo o de racionalidad sustancial mínima. Una determinada valoración probatoria solo puede ser tachada de irracional - como presupuesto de la nulidad de la sentencia- cuando se utilizan criterios de atribución de valor a los datos de prueba que respondan a fórmulas epistémicas absurdas, a máximas de experiencia inidentificables o al desnudo pensamiento mágico, ignoto o inexplicable. No cuando, insistimos, el tribunal encargado de la revisión identifica otras fórmulas de atribución de valor que arrojen un resultado probatorio más consistente o convincente. Los riesgos de grave inequidad, detectados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, que se derivaban de la revocación de la sentencia absolutoria en segundo grado mediante una nueva valoración de la prueba, hicieron que el legislador los neutralizara impidiendo en este supuesto la reversión del fallo absolutorio por la vía del recurso -vid. al respecto, la muy interesante STC 180/2021, en la que, al hilo de un recurso de amparo por vulneración del derecho al juez imparcial consecuente a la previa declaración de nulidad de una sentencia absolutoria, el Tribunal Constitucional, de forma muy precisa, identifica el contenido del control⁷⁸



Unidad Coordinadora de Menores

apelativo en este supuesto: "Este razonamiento no se limita al ejercicio de la función de control y depuración de la racionalidad de la sentencia absolutoria, elemento que modaliza, en garantía de los derechos procesales básicos de las acusaciones, el error en la apreciación de la prueba cuando se esgrime por estas (art. 790.2.3 LECrim), sino que añade una toma de posición sobre el resultado de la prueba practicada en la primera instancia susceptible de generar dudas objetivas de compromiso de su imparcialidad". 6. Por su parte, cuando la apelación se interpone contra una sentencia de condena el tribunal *ad quem* dispone de plenas facultades revisoras>>. En atención a ese estrechísimo cauce de revisión en apelación de las sentencias absolutorias, que se deriva de la jurisprudencia que se acaba de transcribir, debemos rechazar de forma conjunta los restantes motivos del recurso de apelación que ahora se resuelve, pues de la lectura de la sentencia apelada no se desprende insuficiencia o ausencia de racionalidad en la motivación fáctica ni apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia ni la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia, tal como exige el último párrafo del artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para que pueda prosperar una pretensión de nulidad de la sentencia apelada sobre la base de un alegado error en la valoración de la prueba."

F. IV IMPROCEDENCIA DE REVISAR EN APELACIÓN LAS SENTENCIAS DE CONFORMIDAD FUERA DE CASOS PREVISTOS EN LA LEY

No es factible revisar en Segunda Instancia la "sentencia de conformidad" dictada por el juzgado *a quo* ya que, revisada la grabación de la vista, queda patente que se informó, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de los hechos imputados, la causa en que se fundan y la medida solicitada por el Fiscal, según previene el art. 36.1 LORPM.

SAP Albacete, Sec. 2ª, nº 407/2022, de 15-7-2022, Pte: Pardo Sánchez, María de los Ángeles

"Procede desestimar la alegación formulada por la defensa del menor relativa a que el menor prestó su conformidad sin conocimiento de la causa específica de dicha conformidad, pretendiendo que se dicte sentencia absolutoria. Mediante dicho motivo de impugnación lo que la defensa del menor pretende es desconocer la eficacia del instituto de la conformidad y del reconocimiento de hechos llevado a cabo por el menor, previa información de las medidas solicitadas por la acusación en su escrito de⁷⁹



Unidad Coordinadora de Menores

alegaciones, de los hechos que se le imputan, la causa en la que se fundan y las consecuencias de la conformidad.

Revisada la celebración de la vista se comprueba que se informó, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad (17 años) de los hechos imputados, la causa en que se fundan y la medida solicitada por el Fiscal, según previene el art. 36.1 LORPM, y que cumplidos tales presupuestos legales, el menor reconoció los hechos constitutivos de un delito de atentado y dos delitos leves de lesiones y se conformó con la medida interesada por el Ministerio Fiscal -de acuerdo con el informe emitido por el representante del Equipo Técnico-, y a lo solicitado por la defensa, de 12 meses de internamiento en régimen semiabierto, con un primer periodo de de 6 meses de internamiento, seguido de 6 meses de libertad vigilada y la obligación de indemnizar junto con sus padres, al agente policial ZZZ en 210 euros y al agente YYY en 210 euros. La madre del menor se mostró conforme al respecto. La defensa lo que suplica en apelación es la libre absolución del menor.

Términos que exceden de aquellos sobre los que cabe centrar este recurso ya que es característico de la apelación que posibilita una plena cognición en la alzada, pero siempre, dentro de las pretensiones efectuadas por las partes en la instancia (SSTC 31/1981, de 28 de julio, 120/1999, de 28 de junio, 172/1997, de 14 de octubre y 43/1997, de 10 de marzo). Ante lo cual cabe aludir a la doctrina de la Sala 2ª TS que, como regla general, considera que son inadmisibles los recursos de casación interpuestos contra sentencias de conformidad, por carecer manifiestamente de fundamento.....Criterio que apoya en la consideración de que la conformidad del acusado con la acusación, garantizada y avalada por su letrado defensor, comporta una renuncia implícita a replantear, para su revisión por el Tribunal Casacional, las cuestiones fácticas y jurídicas que ya se han aceptado, libremente y sin oposición.

Las razones de fondo que subyacen en esta consideración pueden concretarse en tres: a) el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario; b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla «pacta sunt servanda»; que se quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado; c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la 19/01/2023 3 / 4 conformidad. Razón por la que procede desestimar la solicitud de absolución del menor.”



Unidad Coordinadora de Menores

G.- EXAMEN SOBRE LA APLICABILIDAD Y CONCURRENCIA DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Se aprecia la Prescripción por no existir, durante más de un año, resoluciones judiciales que tengan la facultad para interrumpir la prescripción, en tanto en cuanto deben reflejar una efectiva actuación de prosecución del procedimiento frente a los posibles culpables.

SAP Baleares, Sec. 2ª, nº 357/2022, de fecha 27-7-2022, Pte: De la Serna de Pedro, Mónica

“En lo que se refiere a la prescripción.....a la vista de este "iter procedimental" ha transcurrido el plazo del año para la prescripción fijado en la LORPM, pues la resolución del Juzgado de Menores acordando abrir del trámite de audiencia -27 de enero de 2021- con calidad interruptiva del plazo de prescripción, fue dictado trascurrido más de un año desde que se dictó el inicio de las diligencias el 15 de marzo de 2019.

Nótese que, entre el acontecimiento tres (auto de inicio de diligencias) hasta el acontecimiento 10 (auto apertura de audiencia) no consta ninguna resolución que avance en la imputación frente a los menores responsables, que refleje una actuación de efectiva prosecución del procedimiento frente a los posibles culpables.

No pueden considerarse con facultad interruptora ninguna de las anteriores resoluciones judiciales dictadas desde la entrevista efectuada a los menores, toda vez que el requisito básico para que una resolución tenga facultad para interrumpir la prescripción, es la de reflejar una efectiva actuación de prosecución del procedimiento frente a los posibles culpables.”

----ooo000ooo---