

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA INTERVENCIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR EN EL PROCESO DE MENORES

Ana Isabel PÉREZ MACHÍO

*Prof^a. Dra. Derecho Penal UPV/EHU
Investigadora IVAC/KREI*

Sumario:

- A. Introducción: la víctima como coadyuvante;
- B. Una nueva forma de entender el proceso penal de menores. El ejercicio de la acción penal por parte de las víctimas;
- C. Técnicas de diversión como potenciadoras de la dignificación de las víctimas;
- D. Conclusiones;
- E. Bibliografía

A. INTRODUCCIÓN: LA VÍCTIMA COMO COADYUVANTE

Al margen de la esquizofrenia procesal que puede llegar a implicar la posición de la figura del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores, la tradicional prohibición de acusación particular responde fundamentalmente al interés superior del menor y a otros principios inspiradores del mismo. Así, razones sancionadoras-educativas alejan del Derecho Penal de menores finalidades cercanas al castigo y la mera venganza personal, máxime en un ámbito en el que el equilibrio entre el interés superior del menor y la protección de la víctima debe ser capaz de conciliar la reeducación y rehabilitación del menor con la satisfacción del perjudicado, su dignificación y su reconocimiento integral.

Por ello, frente al clásico “olvido” de la víctima/perjudicado, la redacción del anterior artículo 25 de la LO 5/2000, aunque impedía el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares, articulaba un sistema de intervención en el proceso que, a mi modo de ver, cubría ampliamente las expectativas de las víctimas y por ende su protección:

“participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular. En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares, salvo lo previsto en el artículo 61.1 de esta Ley sobre ejercicio de acciones civiles.

No obstante lo anterior, cuando los hechos tipificados como delitos se atribuyan a personas que hayan cumplido los 16 años en el momento de la comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas, el perjudicado podrá personarse en el procedimiento, tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia, con las siguientes facultades:

Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y aprueben.

Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.

Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia; a estos efectos el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si ésta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.

Contra la denegación por el Fiscal de la personación del perjudicado en fase instructora, éste podrá reiterar ante el Juzgado de menores en el plazo de cinco días, y contra la denegación de la práctica de una prueba por el Fiscal no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de volver a solicitarla en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia.

Asimismo, con carácter previo a la remisión por el Fiscal del escrito de alegaciones con el expediente al Juzgado de Menores, el Ministerio Fiscal concederá al perjudicado que se hubiera personado un plazo de cinco días para que valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia.

Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al perjudicado personado en la causa a que manifieste lo que tenga por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas, y tras ésta se le oirá en relación a los hechos probados resultantes de las mismas y a la participación del menor, sin que en ningún caso pueda realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas.

Contra los autos y providencias de los Jueces de Menores que afecten al ejercicio de las facultades reconocidas en este artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 41.2.

Contra la sentencia dictada por el Juez de Menores, el perjudicado podrá interponer recurso de apelación de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.1, fundamentado en la incompetencia del Juzgado, la inadecuación del procedimiento, el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que haya producido indefensión al perjudicado o la falta de apreciación de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos, pudiendo, si fuera necesario, solicitar su práctica, igualmente en los términos prevenidos por el artículo 41.1”.

A tenor del contenido del anterior artículo 25 y contra lo postulado por un grupo de autores que interpretaban la intervención de la víctima como una parte limitada del proceso penal, se dejaba margen suficiente de actuación a los particulares perjudicados, debiendo ser advertida la presencia de algunos defectos formales que bien pudieran haber sido reformados para que éstos vieran plenamente colmados sus derechos,

esto es, el hecho de que la capacidad de intervención de los ofendidos se supeditara a la edad del infractor (tener cumplidos los 16 años), a la gravedad de las conductas (sólo intervenían cuando se trataba de delitos y no de faltas) y a la modalidad de comisión del hecho (cuando se emplease violencia o intimidación o se generase grave riesgo para la vida o la integridad física).

Sin embargo, no existía fundamento jurídico alguno que justificase la restricción de la personación del perjudicado a los supuestos contemplados en el antiguo artículo 25. Independientemente de la edad del supuesto infractor y de la modalidad de comisión del ilícito penal, la víctima debe tener derecho a estar presente en los procesos de los que deviene ofendido, máxime cuando se está en presencia de conductas que lesionan o que generan un simple riesgo –al margen de la intensidad del mismo– a bienes jurídicos personalísimos (entiéndase entre los mismos, no sólo la vida y la integridad física, sino también, y no por ello menos trascendentes la integridad moral, la libertad –en todas sus vertientes–). Es por ello que algún autor, muy acertadamente, llegó a calificar como un “disparate y un agravio comparativo” el hecho de impedir la participación en el proceso de un perjudicado por un delito violento y grave cuando el autor de los hechos tuviera menos de 16 años.

Sin embargo, y a pesar de las críticas que sin duda merece la presente regulación, el contenido normativo del anterior artículo 25 desprende, como se muestra a continuación, más luces que sombras en la siempre delicada cuestión de la intervención de los perjudicados en el proceso penal de menores.

En efecto, atendida la trayectoria iniciada en el ámbito del Derecho Comparado donde se apuesta por la búsqueda de mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos frente a delitos de bagatela, el legislador del 2000 impide no sólo el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares/víctimas, sino incluso la propia participación de los mismos en los supuestos de comisión de hechos constitutivos de faltas. La exclusiva intervención del Ministerio Fiscal, en cuanto acusación particular y garante del interés superior del menor, favorece en este ámbito delictivo el recurso a las técnicas de diversión, frente a las cuales la propia víctima ocupa un lugar destacado.

En segundo lugar, las facultades concedidas a la víctima, a tenor del contenido literal del antiguo artículo 25, dignifican su estatus y se aproximan a lo que ha de concebirse como un reconocimiento integral de la misma: derecho a estar informado de lo actuado; derecho a participar en la práctica de las diligencias de investigación y en la práctica de pruebas y derecho a proponer prueba sobre los hechos acontecidos y las circunstancias relativas a su comisión.

La imposibilidad de proponer prueba sobre circunstancias personales, familiares, sociales o psicológicas del menor se vinculaba directamente con la prohibición de acceder al informe del Equipo Técnico, como una forma no sólo de salvaguardar la intimidad del menor, sino también frente a la finalidad sancionadora-educativa que persigue la normativa de responsabilidad penal de los menores, especialmente a la hora de determinar la medida más adecuada para lograr la reeducación del menor infractor. El objetivo es, como señalan varios autores, contribuir a la consecución de la acción y eficacia de la justicia y eliminar finalidades vindicativas que, eventualmente, pudieran perseguir los perjudicados por el delito. Por ello, sólo se les permitía la aportación o introducción de medios de prueba y no la petición de medidas para el menor imputado.

Así, desde una aproximación positiva se puede concluir que la intervención del particular en el proceso de menores hasta la reforma de 2003 se caracterizaba por tratarse de una participación *sui generis* que sólo era posible a través de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, justificada por el interés de las víctimas en contribuir al esclarecimiento de los hechos, que enfatiza el papel de la víctima en el proceso penal frente a la tradicional neutralización y olvido de la misma.

B. UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER EL PROCESO PENAL DE MENORES. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DE LAS VÍCTIMAS

Frente al presente planteamiento que desde el 2000 ha venido conciliando el interés del menor infractor y la protección de los perjudicados, se plantea la necesidad de dotar a las víctimas de la posibilidad de ejercer la acción penal, en cuanto acusación particular, para hacer valer todos sus derechos.

El artículo 25 de la LO 5/2000 introducido con la LO 15/2003 supuso un cambio drástico en la forma de entender el proceso de menores, tradicionalmente caracterizado por el principio de oportunidad en el que el Ministerio Fiscal ejercía las labores de garante del menor y acusador. La incursión de un precepto como el mencionado, es fruto de meras demandas sociales que ante la presencia de casos especialmente graves (hay que destacar que estos supuestos son todos excepcionales) exige una actuación gubernamental para potenciar la figura de la acusación particular, en el sentido que a continuación se destaca:

“De la acusación particular.

Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta Ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a. Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.*
- b. Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley.*
- c. Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.*
- d. Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.*
- e. Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.*
- f. Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.*
- g. Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.*
- h. Participar en las vistas o audiencias que se celebren.*

i. *Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta Ley.*

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

Aunque se alzan voces que interpretan la inclusión de este precepto como un mecanismo de control de la actividad procesal de la Fiscalía de Menores, para desterrar cualquier sombra de parcialidad, arbitrariedad o indolencia en la persecución pública de los delitos que causan mayor alarma social y, al margen de la deplorable técnica legislativa, lo cierto es que existen indicios legales para pensar que la intervención de particulares en el proceso de menores como acusadores, no sólo entorpece el desarrollo legal del proceso sino que lo equipara al previsto en el ámbito de adultos, despojándolo de los pilares básicos y fundamentales que deben imperar en todo Derecho Penal de menores: interés superior del menor, finalidad sancionadora-educativa y resocialización.

Por un lado, los partidarios del ejercicio de la acción penal por parte de los perjudicados han interpretado que la proscripción de esta facultad supone una lesión grave del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24 CE. Ahora bien, una lectura conjunta del contenido normativo de este precepto y del artículo 125 CE permite constatar que ni se garantiza constitucionalmente un supuesto derecho a acusar ni que el ejercicio de la acción pública se configura como un derecho absoluto. En efecto, para que se garantice el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE basta únicamente con que se asegure el derecho a juez ordinario predeterminado por ley, el derecho a la defensa y asistencia de letrado y a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, entre otros. En este sentido, lejos de configurarse como un elemento sustantivo del derecho a la tutela judicial efectiva, el “derecho a acusar” forma parte del contenido material del ejercicio a la acción pública al que se refiere el artículo 125 CE que, como pone de manifiesto una parte importante de la doctrina, tratándose de un derecho de configuración legal no es absoluto, sino limitado a procesos específicos y con los requisitos que las leyes establezcan: “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y respecto aquellos procesos penales que la ley determine [...]*”. Así, como destaca Cano Paños, esta remisión a la normativa ordinaria a los efectos de una configuración legal específica de la acción popular determina la posibilidad de una eventual eliminación de la misma en un concreto ámbito jurídico, como así ocurre en la legislación penal de menores, por lo que no resulta contrario a la Constitución la prohibición del ejercicio de la acción popular en el proceso para exigir la responsabilidad penal a los menores.

Por otro lado, la posibilidad de que las víctimas se personen como acusación particular a partir de 2003, definitivamente rompe el espíritu que informa la totalidad de la presente normativa. El principio de oportunidad que imperaba hasta dicha fecha otorgaba al Ministerio Fiscal el monopolio del ejercicio de la pretensión sancionadora para lograr una salvaguarda absoluta del interés educativo del menor, en aras de evitar intervención alguna de carácter vindicativo, que preside la acusación particular por parte de perjudicado o víctima.

Junto a estos razonamientos jurídicos, la propia redacción del precepto presenta una técnica legislativa no sólo defectuosa, sino en distintas ocasiones contradictoria,

residiendo, precisamente en su contenido normativo, uno de los mayores obstáculos para facilitar un correcto ejercicio de la acción penal, tal y como se tendrá ocasión de demostrar a continuación.

Uno de los aspectos más criticados resulta de la interpretación conjunta del derecho a instar la imposición de medidas (letra b. del artículo 25) y el derecho a proponer pruebas. Aunque nada se especifica en relación a la solicitud de medidas, la letra d. del artículo 25, en sede de propuesta de pruebas, manifiesta específicamente la imposibilidad de que las mismas versen sobre aspectos personales, familiares, educativos, sociales o psicológicos del menor; circunstancia que ha sido interpretada doctrinalmente como el veto al informe del Equipo Técnico, al que por respeto al derecho de la intimidad del menor sólo tendrán acceso el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores. Como bien es sabido, la medida objeto de aplicación debe regirse por el principio del interés superior del menor y por las finalidades resocializadoras y sancionadoras-educativas adecuadas a las circunstancias personales que rodean al menor infractor, de tal forma que el desconocimiento de dicha situación individual difícilmente podrá conciliar los objetivos perseguidos por la normativa de menores, centrándose, más bien en motivos puramente retributivos, punitivos y vindicativos la solicitud de la específica medida.

Contra el presente planteamiento existe, sin embargo, un grupo de autores que no creen vulnerado el interés superior del menor frente a la introducción en el proceso del ejercicio de la acción particular. Para este grupo de autores, la posibilidad de que los perjudicados o víctimas puedan proponer medida no resulta contraria a la salvaguarda de la tutela del menor, puesto que, a pesar de no tener acceso al informe del Equipo Técnico y no disponer de la información suficiente para determinar la medida más adecuada a la realidad que rodea al infractor, será el Juez de Menores, en última instancia, el que dictamine la medida más apropiada a dichas circunstancias, representando, en este sentido, el baluarte de la tutela que debe desprenderse del proceso frente al menor.

Resulta del todo coherente el presente planteamiento, al adjudicar al Juez de Menores, en última instancia, la facultad de proceder a la garantía del respeto del interés superior del menor. Sin embargo, atendida la imposibilidad de las víctimas/perjudicados de acceder al informe del Equipo Técnico y la facultad del Juez de Menores de omitir atención alguna a sus propuestas, cuando dichas pretensiones resulten manifiestamente contrarias al mencionado interés y a la finalidad sancionadora-educativa, la eficacia de la participación de los perjudicados, en cuanto acusación particular, parece reducirse a los supuestos en los que existe una armonía entre las pretensiones de la Fiscalía y las procedentes de la acusación particular. Por todo ello, da la impresión de que la introducción de la acusación particular en el proceso de menores a partir de 2003, además de ser el resultado de una determinada demanda social, es la traducción del “derecho al pataleo”, facultad que cuando se ciña a los postulados inspiradores del proceso de menores tendrá una repercusión real, pero que, persiguiendo finalidades meramente vindicativas y retributivas, se reducirá a un mero reconocimiento jurídico, sin ningún tipo de influencia procesal.

Otro aspecto del contenido del artículo 25 digno de traer a colación se centra en la facultad del acusador particular de “ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor” (letra g. del mencionado precepto). Los artículos 14 y 51 de la LORMP permiten al Juez de menores en ejecución de sentencia un margen de maniobra casi absoluto a la hora de modificar, reducir, sustituir o dejar sin efecto

la medida impuesta al menor. Para ello y hasta el 2003, el Juez de Menores, antes de adoptar una decisión al respecto, debía oír al Ministerio Fiscal, letrado del menor, Equipo Técnico y, en su caso, a la entidad pública encargada de la ejecución. Según el artículo 20.2 LORMP todos los procedimientos tramitados a un mismo menor o joven se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía, documento que deberá ser objeto de análisis si se pretende proceder a cualquier tipo de modificación o sustitución de la medida objeto de aplicación. La facultad concedida al acusador particular por la letra g. del artículo 25 tropieza, en este sentido, al igual que sucedía en relación a la proposición de medida, con la finalidad y los objetivos educativos y pedagógicos que persigue la presente normativa.

Nuevamente nos encontramos ante un documento al que el acusador particular no tendrá acceso, habida cuenta de la información privilegiada contenida en el mismo, no limitada, en exclusiva, a cuestiones fácticas de la específica infracción ilícita, sino también extensiva a otro tipo de causas penales que existieran anteriormente, incluso a datos relativos a la situación personal, familiar, psicológica e incluso social del menor infractor que, por respeto al principio de interés superior del menor, el acusador particular no puede examinar. Por ello, careciendo de la facultad de acceso a toda esta información, la intervención del acusador particular en esta fase sólo parece estar motivada por razones de carácter vindicativo y retributivo, habiendo sido más honesto, como muy acertadamente destaca Gómez Recio, prescindir de su intervención en ejecución de sentencia, como de hecho sucede en la jurisdicción de adultos, donde no se oye al perjudicado sobre la concesión del condenado del tercer grado penitenciario o sobre el adelantamiento de su libertad condicional.

La propia normativa internacional reguladora del estatuto de la víctima en el proceso penal destaca la importancia de concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, sin que como consecuencia de ello deba interpretarse un absoluto e ilimitado derecho a ser considerada parte procesal, sino más bien como un conjunto de obligaciones estatales dirigidas a garantizar: el respeto a la dignidad personal; el derecho a ser oída durante las actuaciones y a facilitar los elementos de prueba; el derecho a recibir información que incluirá unos mínimos, esto es, el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyos; el tipo de apoyo que puede recibir; el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia; las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquellos; el modo y las condiciones en que podrá obtener protección; la medida y las condiciones en que pueda acceder a asesoramiento jurídico o a asistencia jurídica gratuita; los requisitos para tener derecho a una indemnización y, residiendo en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de los derechos que puede utilizar, entre otros. El desarrollo normativo interno del presente instrumento se produce a través de la Instrucción 8/2005 sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal que sigue la trayectoria iniciada por la Unión Europea y proclama un reconocimiento integral de las víctimas para lograr la reparación del daño inferido por el hecho delictivo a través de la protección y atención con respecto a su dignidad, a su derecho a declarar, a comprender y a ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y fundamentalmente a recibir información sobre el curso del proceso penal, sobre mecanismos de carácter asistencial (ubicación del Servicio de Atención a las Víctimas, del Servicio de Orientación Jurídica del Servicio Asistencial y Ayudas) y, sobre su negativa a ser informada. Precisamente con la última reforma del año 2006

sufrida en la normativa reguladora de la responsabilidad penal del menor se incorpora a la LO 5/2000 un nuevo artículo 4, íntegramente referido a los derechos de la víctima y de los perjudicados.

Dice dicho artículo 4.

“Derechos de las víctimas y de los perjudicados.

El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente”.

La norma reitera en parte lo ya dispuesto en el artículo 25, pero también colma alguna de las lagunas que éste ha generado como el derecho a que se comunique a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de menores que puedan afectar a sus intereses, en especial la sentencia, en consonancia con la Instrucción del año 2005 ya mencionada.

En este sentido, no existiendo obligación ni disposición normativa interna que exija la concesión a las víctimas de delitos de una condición de parte procesal, su dignificación y reconocimiento integral no comporta necesariamente su intervención como acusador particular, sobre todo frente a procedimientos en los que dicha participación impide la conciliación con otro tipo de intereses.

Razones de carácter jurídico y de justicia material ponen en entredicho la institución del acusador particular en el proceso de menores. Junto a la improcedencia de articular un ilimitado derecho a acusar, la versatilidad de las víctimas y perjudicados

para erigirse en baluartes de pretensiones vindicativas, así como su escasa operatividad procesal cuando se verifique la existencia de aspiraciones contrarias a las finalidades perseguidas por la normativa de menores, suscita cuanto menos la búsqueda de otras alternativas que sitúen a las víctimas en el lugar procesal que les corresponde.

C. TÉCNICAS DE DIVERSIÓN COMO POTENCIADORAS DE LA DIGNIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Contra la ubicación de las víctimas como acusadores particulares hay que enfatizar la participación del perjudicado en el sobreseimiento en cuanto agente reeducador, a través de la potenciación de las fórmulas de conciliación y reparación ya previstas en la Ley Orgánica 5/2000, pero plagadas de defectos formales que dificultan su puesta en práctica, tal y como se contempla en el contenido literal del artículo 19:

“Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

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

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

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley.

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”.

A través de las fórmulas de diversión, como pone de manifiesto mayoritariamente la doctrina, se ayuda a la víctima a perder sus temores al entrar en contacto directamente con el menor infractor, desdramatizándose la situación y permitiendo una perfecta conciliación entre el interés superior del menor que debe informar todo el proceso de menores y la satisfacción de los legítimos intereses de la víctima, no centrados exclusivamente en una mera compensación de carácter económico, sino también de tipo emocional. Sin embargo, desde el punto de vista formal, la actual regulación del sobreseimiento prevista en el artículo 19 tropieza fundamentalmente con dos obstáculos que dificultan la virtualidad de esta alternativa como fórmula de potenciación del perjudicado en el proceso de menores. Se trata, por un lado, del ámbito de aplicación objetivo al que se hace extensible esta figura y, por otro, de las consecuencias que comporta la negativa de la víctima a conciliarse o a ser reparada por el menor infractor.

En primer lugar, para que se produzca el sobreseimiento es necesario que la conducta cometida, aun tratándose de delitos en los que se haya empleado violencia o intimidación, no merezca el calificativo de grave. Así, la necesidad de concretar qué se entiende por conductas no graves obliga a recurrir a la normativa que, a tal efecto, se contempla en el Código Penal general, habida cuenta de la subsidiariedad de dicho cuerpo legal, frente a lo no regulado en la normativa de menores. El artículo 13 del Código Penal en relación con el artículo 33 distingue entre delitos graves, menos graves y leves según las penas inherentes a cada uno de ellos, estableciéndose así un paralelismo entre esta categoría de comportamientos y las conductas constitutivas de delitos graves, menos graves y faltas, respectivamente. La relación entre la presente diferenciación y el primero de los requisitos necesarios para que opere el sobreseimiento, esto es, que no se trate de conductas graves, implica que éste sólo procede frente a delitos menos graves y a faltas, a pesar de que estas últimas debieran haber sido objeto de abolición, atendiendo a la dinámica que obra en esta materia en el ámbito del Derecho Comparado que procede a la desjudicialización de las faltas o delincuencia de bagatela.

Otro de los requisitos que dificulta en gran medida, el recurso a la técnica del sobreseimiento y que debería ser objeto de revisión reside en la conciliación con la víctima o en el compromiso de reparación del daño. Entendida la conciliación como forma de satisfacción psicológica de la víctima a cargo del menor infractor, que debe arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse y la reparación como una forma de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado, no parecen existir discusiones doctrinales acerca, por un lado, de la necesidad de exigir un cierto grado de compromiso por parte del menor infractor a la hora de proceder a la conciliación o la reparación como presupuesto del instituto del sobreseimiento y, por otro, a no coaccionar a la parte más débil a aceptar forzosamente la realización de una satisfacción psicológica o un trabajo que no se desea. Sin embargo, nada se explicita respecto a la posibilidad de que sea la propia víctima la que se niegue a conciliarse o a ser reparada. En estos casos, como se exige la confluencia de voluntades del menor y la víctima, la ausencia de una de ellas inhabilita el sobreseimiento para proceder a la aplicación de alguna de las medidas previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000. En aquellos supuestos de ausencia de consentimiento del menor, el propio principio de oportunidad que ha promovido la solicitud de sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal, puede implicar la propuesta de una determinada medida. Ahora bien, en aquellos casos en los que el Ministerio

Fiscal, el Equipo Técnico y las circunstancias del caso lo aconsejen, la negativa de la víctima a ser reparada o a conciliarse con el menor supondrá nuevamente la incoación del expediente del menor y, por ende, la propuesta de una determinada medida, que a tenor del contenido del artículo 5 del Real Decreto 1774/2004 residirá en la realización de tareas socioeducativas o en la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, cuando el Equipo Técnico lo considere más adecuado al interés superior del menor.

Con todo ello, la negativa del perjudicado a conciliarse o a ser reparado constituye uno de los mayores lastres de la actual regulación en vigor y donde con mayor énfasis se consigue potenciar la figura de la víctima. Se produce, así, un alejamiento de la finalidad de lograr una solución extrajudicial del conflicto. Por ello no se alcanza a comprender cómo algunos autores interpretan que la conciliación entre el menor y víctima y la reparación del daño dan más importancia al interés superior educativo y resocializador del menor que a la propia satisfacción y reparación de la víctima si, atendiendo mínimamente al contenido normativo del artículo 19, se deduce que las posibilidades fácticas de conciliar y de reparar se someten directamente a la voluntad de la víctima, afectando no sólo a dicho instituto sino también a la posibilidad de sobreseer el caso.

Así, si bien es cierto que el rol atribuido a las víctimas en la materialización de los instrumentos de mediación, reparación y conciliación evita su doble victimación, lo cierto es que la regulación contemplada a tal efecto en la Ley Orgánica 5/2000 debe ser revisada para superar los obstáculos que impiden el recurso a estas técnicas, pudiendo hacerse extensivas a todo tipo de conductas al margen de la intensidad de las mismas y fomentando la posibilidad de que las víctimas sean previamente oídas, a efectos de evitar la desvirtualización de éstas ante su negativa a ser conciliadas o reparadas. Para ello, sería fundamental que el Juez de menores tuviera la posibilidad de escuchar sus argumentaciones a efectos de disuadirlas de su negativa a sobreseer el caso si el Ministerio Fiscal, el Equipo Técnico y las circunstancias del caso lo aconsejan. Sin embargo, al margen de las presentes deficiencias formales, lo cierto es que con las técnicas de diversión se consigue situar a la víctima en el lugar procesal que le corresponde, haciéndole participe activo en el proceso penal y dotándole del protagonismo que se viene demandando socialmente, sin que por ello se frustren las expectativas reeducativas y resocializadoras que todo proceso penal de menores debe perseguir.

D. CONCLUSIONES

Asistimos a un momento en el que existe una enorme preocupación en torno a la protección de la víctima en el proceso penal que debe ser contemplado como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial de la víctima. Sin embargo, el presente movimiento de atención a los intereses de los afectados no debe interpretarse de modo absoluto para la totalidad de procedimientos penales, puesto que, tal y como se ha mantenido a lo largo del presente trabajo, el derecho a la tutela judicial efectiva y el ejercicio de la acción penal se conforma como un derecho de configuración legal, limitado a los supuestos predeterminados legalmente.

La especialidad del proceso penal de menores y el interés en que exista un alejamiento de los postulados tradicionales del Derecho Penal de adultos atribuyen a este primero una serie de especificidades traducidas en la primacía del interés superior del

menor y en la persecución de finalidades sancionadoras-educativas como ejes fundamentales de todo el proceso.

Así, no teniendo el proceso de menores finalidad retributiva alguna, sino educativa, la intervención de ofendidos o perjudicados como acusación particular únicamente puede estar orientada hacia objetivos de carácter vindicativo. La presencia de las víctimas está suficientemente garantizada a través del ejercicio de la acción civil, de su intervención en las fórmulas de diversión y de su participación en el proceso, tal y como se interpretaba con anterioridad al 2003 y, en especial, atendido el contenido del actual artículo 4 en lo que se refiere a su derecho a la información sobre fuentes de asistencia y sobre las diferentes resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores.

La dignificación de las víctimas no debe residir en la absoluta e ilimitada potenciación del ejercicio de la acción penal, en detrimento de la persona del infractor que, tratándose de un menor de edad, debe insertarse en un proceso con todas las garantías y presidido por el principio de interés superior del mismo que cede ante el desproporcionado protagonismo que han adquirido las víctimas/perjudicados desde su consideración como acusadores particulares.

En este sentido, resulta sorprendente cómo el legislador cede en innumerables ocasiones a presiones sociales que equiparan el rol de la acción particular en el proceso de adultos con el papel ejercido en el de menores, en detrimento de una materia que siempre ha estado presidida por la especial tutela que debe desprenderse hacia los menores infractores y su interés superior. Así, finalidades sancionadoras-educativas, la protección del interés superior del menor, la necesidad de que la medida objeto de aplicación se oriente a la resocialización y reeducación del menor, atendidas las circunstancias personales, familiares, sociales y psicológicas del mismo y la necesidad de potenciación de las fórmulas de diversión deben ser esgrimidos como argumentos que evidencien una necesidad de vuelta a postulados anteriores, donde la víctima, sin ser acusador particular, estaba suficientemente reconocida, sin necesidad de participación activa alguna en el proceso. La salvaguarda de los derechos de las víctimas no se debe medir por la intensidad de su intervención en un procedimiento tan delicado como el de los menores infractores, sino más bien a través de la puesta en práctica de fórmulas donde adquieran la notoriedad y la importancia que les corresponde.

En primer lugar, la dignificación de la víctima en cuanto coadyuvante respecto a cualquier clase de infracción sin límites de carácter temporal o de intensidad de la acción. De esta forma se evitará la siempre criticada distinción entre víctimas de primera y de segunda clase. La limitación de la intervención del particular frente a supuestos graves cometidos por mayores de 16 años carece de fundamento jurídico alguno, salvo el interpretar que la confrontación con la víctima respecto a menores de 16 años puede resultar más impactante que con los de dicha edad, sin embargo, dicho argumento cede ante las posibilidades reales de la prueba testifical que, según la redacción del anterior artículo 25, el perjudicado podía ejercitar. En estos supuestos, una interpretación extensiva de la presente prueba puede llegar a justificar la intervención de los perjudicados como coadyuvantes, frente a cualquier menor infractor, al margen del tipo de ilícito cometido y de la edad de los mismos, favoreciendo su intervención en el proceso, su derecho a estar informados, así como otra serie de derechos que, aunque no redunden en el ejercicio de la acción penal, no lesionan su derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, la potenciación de las fórmulas de diversión, esto es, mediación, reparación o conciliación, facilita un acercamiento entre ambas a raíz del cual los perjudicados pueden ser reparados no sólo económicamente, sino también moralmente.

Junto a ello, como se recoge en la Instrucción 8/2005 de tutela y protección de las víctimas en el proceso penal y atendidas algunas de las propuestas emitidas por la doctrina, por lo que respecta a las víctimas en el proceso de menores, su condición de coadyuvante, así como su participación en las técnicas de diversión se debe complementar con la garantía del reconocimiento del derecho íntegro a estar informadas, en el sentido desprendido del artículo 4 de la LO 5/2000, que se traduce en lo siguiente: favorecimiento de la actuación de las oficinas del Servicio de atención a las víctimas, desde el momento del conocimiento del hecho delictivo y el seguimiento en los días posteriores y, en su caso, acompañamiento a la Policía, al Forense y a los distintos actos procesales; especial sensibilidad para con las víctimas menores; personalizar y humanizar las comunicaciones y atenciones para con los testigos de cargo, en determinadas circunstancias, cuidando la recepción y comprensión de las notificaciones dirigidas al mismo y, llegado el caso, su traslado, entrada y permanencia en las dependencias oficiales, evitando el que podría ser el siempre innecesario y contraproducente visionado o enfrentamiento tanto del agresor como de su círculo.

En definitiva, la participación de la víctima en el proceso en los términos existentes con anterioridad a 2003, junto a un reconocimiento íntegro del derecho a ser informado, dota a este colectivo de un reconocimiento jurídico, sin vulnerar el pilar básico que debe imperar todo el proceso penal de menores, esto es, el interés superior del menor y las finalidades sancionadoras-educativas, cuya consecución reside en el cumplimiento de una medida acorde a las circunstancias del hecho y a las personales, familiares, sociales y psicológicas del menor infractor.

E. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAZÁN SERRANO, Ana / IZQUIERDO CARBONERO, Francisco Javier: *Derecho Penal de Menores. Actualizado con el Reglamento de Menores -R.D. 1774/2004-*. Edit. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2004.
- BARREDA HERNÁNDEZ, Armando: "La víctima en el proceso penal de menores. Especial examen de la pieza separada de responsabilidad civil", en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. II, 2001, pp. 513 a 587.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel: "La acusación particular en el proceso penal de menores. ¿La represión como alternativa?", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 76, 2004, pp. 283 a 319.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Ley de la responsabilidad penal de los menores. Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*. Edit. Trivium. Madrid, 2001.
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel: "La acusación particular en el proceso penal de menores: primeras reflexiones tras la reforma 15/2003", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 620, 2004, pp. 1 a 8.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel / LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel: "El proceso de penal de menores (I)", en *Derecho Penal Juvenil*, editado por Vázquez González y Serrano Tárraga. Edit. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 249 a 292.

- DOLZ LAGO, Manuel Jesús: “Justicia de menores: Aspectos de un procedimiento en crisis ante la crisis de los procedimientos penales”, en *Actualidad Penal*, 1996-2, pp. 953 a 967.
- *Comentarios a la legislación penal de menores. Incorporación de las últimas reformas legales de la LO 8/2006*. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma: *El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares*. Edit. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007.
- GÓMEZ RECIO, Fernando: “La introducción en la LORPM del acusador particular”, en *www.noticiasjuridicas.com*, pp. 1 a 8.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (comentarios, concordancias y jurisprudencia)*. Edit. Comares, Granada, 2004.
- MARTÍN BRAÑAS, Carlos: “La incorporación de la acusación particular al proceso de menores”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 3, 2004, pp. 50 a 57.
- MARTÍN OSTOS, José: “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores”, en *Menores Privados de Libertad. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 153 a 189.
- MINGO BASAÍL, María Luisa: “Posición de las víctimas en el proceso penal de menores. De la prohibición a la aceptación de la acusación particular”, en *La Ley*, 2004-4, pp. 1885 a 1898.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: “La víctima en el proceso de reforma de menores”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, vol. II, 2000, pp. 467 a 525.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Edit. Bosch. Madrid, 2001.
- *Derecho Penal de Menores Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Edit. Bosch. 3ª edic. Madrid, 2005.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: “La intervención de la víctima en la instrucción del proceso penal de menores”, en *Justicia Penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, coordinado por Gómez Colomer y González Cussac. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, pp. 195 a 210.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Ley Orgánica de responsabilidad de los menores. Especial análisis de la reparación del daño*. Edit. Difusa. Madrid, 2005.
- SAN JUAN LÓPEZ, Raúl: “Intervención de la víctima en el proceso penal de menores”, en *www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0153.htm.*, pp. 1 a 3.
- SANZ HERMIDA, Ágata María: *El nuevo proceso penal del menor*. Edit. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2002.
- VENTURA FACI, Ramiro / PELÁEZ PÉREZ, Vicente: *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Edit. Colex. Madrid, 2000.