

CONSIDERACIONES SOBRE LA TUTELA DE LA VÍCTIMA EN LA JUSTICIA DE MENORES

ÁNGEL TINOCO PASTRANA

*Doctor en Derecho y
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. Introducción.—II. Las prohibiciones del artículo 544 bis L.E.CRIM. y la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica del artículo 544 ter L.E.CRIM.—III. El principio de oportunidad.—IV. El sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.—V. La acusación particular.—VI. La pieza separada de responsabilidad civil.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las ciencias no jurídicas ostentan una gran importancia en el proceso penal de los menores, como refleja la extraordinaria trascendencia que tiene a lo largo del procedimiento, la intervención del denominado «Equipo Técnico». Resulta llamativo que es precisamente en este proceso donde parece que únicamente son importantes reeducación y reinserción, porque el artículo 25 C.E. cuando habla de ello no lo restringe al menor de edad penal, dado que no hace ninguna mención al respecto, sino que lo predica de todo proceso penal y, por tanto, también del proceso penal de los adultos. Estas y otras premisas, especialmente el superior interés del menor, y la naturaleza y finalidad de las medidas a imponer, inciden directamente en la posición y tutela de las víctimas, ofendidos o perjudicados, como vamos a ver.

En el apartado nº 1 de la Exposición de Motivos de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se destaca y resalta la naturaleza sancionadora-educativa del proceso penal de responsabilidad penal de los menores, y que las medidas que se pueden imponer al menor infractor 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. La Exposición de Motivos fundamenta

todas estas premisas, en la S.T.C. 36/1991, de 14 de febrero (1), y en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (2).

Por otra parte, hay que resaltar la enorme trascendencia que ha supuesto, no sólo para la tutela de la víctima sino para la propia concepción del proceso penal de los menores, la reforma del artículo 25 L.O.R.P.M., efectuada por la Disposición final segunda de la L.O. 15/2003. Dicha reforma supone la introducción de la figura del acusador particular (la acusación popular sigue sin ser posible en este proceso), y la correlativa supresión de la controvertida institución que había sido denominada como «coadyuvante sin acción» (3), que era la vía de intervención de la víctima en el proceso, dado que no podía acusar, al ostentar el Ministerio Fiscal (junto a las funciones de instrucción), el monopolio en el ejercicio de la acción penal.

(1) Sobre los principios constitucionales que informan el proceso penal de menores, y la jurisprudencia donde se plasman los mismos, véase ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001, páginas 93 a 97.

(2) Una relación de los Tratados Internacionales, la realiza MARTÍN OSTOS, José: *Jurisdicción de Menores*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, página 137. Un estudio de la normativa internacional en lo referente a los menores de edad, resaltándose en especial interés del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, efectúan, entre otros, RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, José María, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, SERRANO MOLINA, Alberto, RÍOS MARTÍN, Julián, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, ALCÓN YUSTAS, Fuencisla, GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, y FLORES ESCOBAR, Ligia: «Capítulo I: El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de menores», en *Los menores en el Derecho español*, AA.VV., coordinada por Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, Tecnos, Madrid, 2002, páginas 66 a 80 y 98 a 103. Una relación de dicha normativa internacional, se puede encontrar entre otros, en LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (comentarios, concordancias y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2004, páginas 399 a 428.

(3) Numerosos autores utilizan esta expresión, que refleja claramente la naturaleza de esta institución. Entre otros, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de menores*, Cóllex, Madrid, 2003, página 122; 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*, AA.VV., dirigida por María Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, Cuadernos de Derecho Judicial III, Escuela Judicial, C.G.P.J., Madrid, 2001, páginas 521 y siguientes, que sigue a GISBERT JORDÁ, Teresa: «Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción», en *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, AA.VV. coordinada por Félix PANTOJA GARCÍA, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, página 202. Otros sin embargo, como SANZ HERMIDA, Ágata: «La víctima en el proceso penal de menores», en «Anuario de Justicia de Menores», n.º 1, 2001, páginas 190 y 191, se decantan por considerar que estamos ante un supuesto de «intervención adhesiva simple».

Ciertamente, durante la corta vigencia de la L.O.R.P.M., ha habido un auténtico clamor por parte de las víctimas (4) para que se les permitiera ejercer la acción penal, y en la práctica se ha puesto de manifiesto que de nada servía paliar esta carencia con lo que fue considerado en el apartado 8 del Preámbulo L.O.R.P.M. (el referente a las víctimas), como «*un amplio derecho de participación a las víctimas, ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos*». La inspiración en el proceso penal norteamericano del proceso penal de los menores, implicó el establecimiento del monopolio en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, como acabamos de ver, lo cual no encaja en absoluto en nuestra tradición jurídica, y pudo incluso considerarse una mayor restricción de derechos respecto al proceso penal de los adultos, en el que existe la acusación particular.

Los objetivos antes mencionados del proceso penal de los menores, se ponen de manifiesto en todo momento, como por ejemplo en la imposición de las medidas. Podemos destacar que en los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, el Juez impondrá al menor una sola medida, tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos en la máxima extensión de aquélla, salvo cuando el interés del menor aconseje la imposición de la medida en una extensión inferior (5).

Otras medidas que pueden contribuir a la protección de la víctima, se ponen de manifiesto en la nueva Disposición adicional sexta (6), que encomienda al Gobierno la labor de estudiar e impulsar reformas legislativas, encaminadas a incrementar la dureza de las medidas a imponer a los menores delincuentes, lo cual en definitiva, redundará en la necesidad de reducir la sensación de indefensión que tienen las víctimas con el proceso penal de los menores.

(4) Durante la vigencia del anterior artículo 25, se realizaban observaciones que ahora pueden tener otra lectura como por ejemplo, que si bien se puede hablar de la existencia de igualdad de partes entre el menor y el Ministerio Fiscal, ello no se podía predicar respecto al menor y la víctima, dado que no rige el principio de contradicción entre las partes, sino la cooperación en lo más beneficioso para el menor, como manifestaba VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: «La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores. Especial consideración de la reparación entre el menor infractor y la víctima», en «Anuario de Justicia de Menores», n° 2, 2002, página 171.

(5) LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Introducción al Derecho penal de menores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, página 85, considera, que sorprende que el legislador aplique idéntico tratamiento a dos situaciones diferentes entre sí, como las aludidas.

(6) Esta Disposición fue añadida a la L.O.R.P.M. por el párrafo tercero de la mencionada Disposición final segunda de la L.O. 15/2003.

Siguiendo con la Exposición de Motivos, el apartado n° 8 establece además expresamente que *«la ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado (7) o víctima del hecho cometido por el menor»*, que se ha establecido *«un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios»*, y que *«la Ley introduce un principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual»*. Es paradójico que la víctima, la eterna olvidada en el proceso penal de los adultos, sea justamente en el proceso penal de los menores en el que se la considera de forma expresa, y donde más indemnidad se ha encontrado. Así se pone de manifiesto, en numerosas causas penales que recientemente han salido a la luz pública tras la entrada en vigor de la L.O.R.P.M.. Queda por ver si esta situación se solventa tras la antes referida introducción de la acusación particular, y el resto de las medidas a las que se refiere la nueva Disposición adicional sexta, las cuales todavía no se han regulado.

La responsabilidad civil, a la cual se refiere el contenido del mencionado apartado se determina en una «pieza separada», la cual será tratada más adelante. Parece que la L.O.R.P.M., quiere evitar que se «contamine» el proceso penal de los menores como tal y sus finalidades, con el resarcimiento civil.

La aplicación de la Ley 35/1995, se traduce en la vigencia en el proceso penal de los menores, del régimen que establece esta Ley para la asistencia a las víctimas (directas o indirectas), de delitos violentos y dolosos, con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física y mental, y delitos con-

(7) En la L.O.R.P.M. se utilizan las expresiones ofendido, perjudicado y víctima. De la lectura de diversos preceptos de la Ley, consideramos que se puede afirmar, que la expresión «víctima», está reservada al ofendido directamente por los hechos, y que se utiliza en relación al ejercicio de la acción penal o al proceso penal en sí (artículo 25). Por otro lado, la expresión «perjudicado» se usa respecto a la reparación (artículo 19.1), y a la pieza separada de responsabilidad civil (artículo 61). A los padres, herederos o representantes legales, se les hace referencia directamente, sin encuadrarlos en ninguno de los referidos conceptos (artículo 25), si bien estimamos que éstos serían tanto víctimas como perjudicados. De cualquier forma, también se puede hablar de víctima en sentido genérico, sin restringirlo expresamente al ofendido directamente o al perjudicado, salvo en determinadas actuaciones específicas. Nosotros vamos a utilizar la expresión víctima, fundamentalmente en el sentido amplio que acabamos de referir.

tra la libertad sexual con o sin violencia, el cual completa el elenco de derechos que se establecen en la L.O.R.P.M..

Las necesidades que considera la Ley 35/1995 que tienen las víctimas, también tienen que tener respuesta en este proceso. Consisten en la necesidad de acogida, de recobrar el equilibrio emocional, de información (funcionamiento de la justicia, instituciones, posibilidades de participar en el proceso, etc.), de intercesión para trasladar sus peticiones al Juzgado de Menores, Ministerio Fiscal, Policía, de asistencia psicológica, médica y/social para afrontar las alteraciones que padece y la victimización secundaria, de compensación económica, y de protección policial, anonimato o reserva. Estas necesidades tienen que estar cubiertas por la legislación, y al respecto tenemos nuevamente que aplaudir el reconocimiento del derecho de la víctima a constituirse en acusación particular, dado que para cubrir las mencionadas necesidades es imprescindible que la víctima tenga el derecho a ser parte en el proceso, y a ejercitar las acciones penales y civiles (8).

Éstas y otras cuestiones, serán desarrolladas en el presente trabajo.

2. LAS PROHIBICIONES DEL ARTÍCULO 544 BIS L.E.CRIM. Y LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA DEL ARTÍCULO 544 TER L.E.CRIM.

Si bien no estamos ante las medidas cautelares específicas para la custodia y defensa del menor expedientado, a las que se refiere el artículo 28 L.O.R.P.M. (internamiento en centro, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo), consideramos que las prohibiciones, al igual que la orden de protección en los casos de violencia doméstica, se pueden decretar perfectamente en el proceso penal de los menores, dada la aplicación supletoria de la L.E.Crim. (Disposición final primera L.O.R.P.M.), y que no existe ninguna disposición en la L.O.R.P.M. que lo impida.

Las prohibiciones previstas en el artículo 544 bis L.E.Crim., tienen el objetivo de proteger a la víctima si se investiga un delito

(8) Sobre las mencionadas necesidades, si bien desde una perspectiva general y no específica del proceso penal de los menores (aunque perfectamente extrapolable), CAPÓ PICORNELL, Margalida, GUERRERO MARTÍN, Rosario, MARTÍN MARÍA, Belén, MIRA ADRADOS, Coromoto, y SOTO VEGA, Susana: *Guía para la aplicación de la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003, páginas 23 a 29.

de los mencionados en el artículo 57 C.P. (9). En concreto se trata de los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, torturas, contra la libertad moral, la libertad e indemnidad sexuales (10), la intimidad, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Consisten en la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, o bien en la prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea necesaria, a determinadas personas.

Si bien no se constriñen a delitos cometidos estrictamente en el ámbito doméstico, desde el momento de la regulación de estas prohibiciones en los delitos de referencia, se planteó su utilidad para la salvaguarda y protección de las víctimas de la violencia doméstica y familiar (11), ya que hasta la introducción del artículo 544 ter L.E.Crim. por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (12), que establece una serie de medidas cautelares, no existían medidas específicas en este ámbito.

La orden de protección en los casos de violencia doméstica, procede en los casos de delito o falta (las prohibiciones sólo en los supuestos de delitos), contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad, de las personas relacionadas en el artículo 173.2 C.P. (13) (artículo 544 ter.1). La orden de protec-

(9) Los artículos 544 bis L.E.Crim. y 57 C.P., han sido modificados por la L.O. 15/2003. Del artículo 544 bis sólo se ha modificado el párrafo cuarto (y último), y la nueva redacción entró en vigor el 27 de octubre de 2003 (al día siguiente de su publicación en el B.O.E.). Sin embargo, el artículo 57 C.P. ha sido reformado en su totalidad, y la nueva redacción entra en vigor el 1 de octubre de 2004.

(10) La referencia a la indemnidad sexual, tal y como se establece en la L.O. 11/1999, de 30 de abril de 1999, de modificación del Código Penal de 1995, en delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se realiza para adaptarlo al bien jurídico protegido en estos delitos con relación a los menores víctimas de los mismos, ya que éstos carecen de libertad sexual como tal, y lo que se protege es su indemnidad sexual.

(11) Véase MAYORDOMO RODRIGO, Virginia: *Aspectos criminológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, páginas 25 a 30.

(12) El artículo 544 ter.1 fue reformado por la L.O. 15/2003, y entró en vigor al mismo tiempo que el nuevo artículo 544 bis.4.

(13) El artículo 173.2 se aplica por remisión del artículo 153 C.P., que es el que cita el artículo 544 ter. Las personas enumeradas en el artículo 173.2, son las siguientes: el que sea o haya sido cónyuge del imputado, o persona unida por análoga relación de afectividad (aunque no hayan convivido), ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, menores, incapaces, que convivan con el imputado, o que se hayan sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento, o guarda de hecho, del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas

ción, que será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, comprende todas las medidas cautelares penales reconocidas en el ordenamiento jurídico, las civiles enumeradas en el artículo 544 ter.7 (fundamentalmente para proteger a los hijos menores o incapaces), y todas las medidas de asistencia y protección social que establece el ordenamiento jurídico (artículo 544 ter.5 a.10).

Respecto al menor infractor en el ámbito de la violencia doméstica, donde las víctimas son las personas de su entorno que están relacionadas en el artículo 173.2 C.P., y a los efectos de la adopción de la referida orden de protección, cabe plantearse si podría tener responsabilidad el menor, en el supuesto de que no sea el autor material de los hechos, pero los conoce y presencia, y no hace nada para evitarlo. Estamos ante la cuestión de la autoría y participación, y ciertamente existen precedentes jurisprudenciales en los que sí se han considerado responsables a quienes en el ámbito doméstico, han permanecido inactivos ante la comisión de los hechos. Estrictamente relacionada con esta materia, está también la cuestión del menor que reacciona violentamente tras ser víctima de maltrato (14).

Pero el menor también puede ser el sujeto activo del delito, si profiere malos tratos a sus padres u otros miembros de su familia o personas enumeradas en el artículo 173.2, o si por ejemplo está casado y ejerce la violencia sobre su cónyuge, o bien sobre su pareja de hecho, e incluso sobre sus hijos, aunque es cada vez menos frecuente que el menor esté independizado (15) (16).

que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Los artículos 173.2 y 153 C.P., fueron reformados por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica, e integración social de los extranjeros.

(14) Al respecto, MAYORDOMO RODRIGO, Virginia: *Aspectos criminológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, cit., páginas 114 a 120, 129, 130 y 149 a 152, si bien trata la cuestión desde el punto de vista del proceso penal de los adultos.

(15) Sobre el menor autor de malos tratos, HUETE PÉREZ, Luis: «Los menores como autores de malos tratos a parientes», en *Jornadas sobre «violencia doméstica»: Segunda reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar. Curso sobre los Juicios Rápidos y la Violencia Familiar*, AA.VV., C.E.J.A.J. e Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, páginas 175 y siguientes. El menor autor de actos de violencia doméstica, suele pertenecer a familias desestructuradas, ha sufrido maltratos durante su infancia, o bien consume alcohol o drogas, e intenta conseguir el dinero necesario con hurtos y sustracciones realizados en su casa. Por ello es necesario que se adopten junto a las medidas de reforma, medidas específicas de protección respecto del menor, que dependen de la edad y el resto de los factores que aparezcan, lo cual observamos, que constituyen además medidas preventivas que evitan los malos tratos a las potenciales víctimas.

(16) Desde el punto de vista de los factores que influyen en que un menor se convierta en infractor, ofrece una perspectiva muy interesante la denominada «inves-

Tanto las prohibiciones del artículo 544 bis, como la orden del artículo 544 ter, se acordarán motivadamente, es decir a través de auto, y cuando sean estrictamente necesarias. Estimamos que el régimen de las medidas cautelares del artículo 28 L.O.R.P.M. es de aplicación, en cuanto a que se pueden solicitar las prohibiciones y la orden de protección en cualquier momento, y que se adoptarán en una comparecencia a la que asistirán el letrado del menor, el representante del Equipo Técnico, y el de la entidad pública de protección o reforma de menores.

Por otra parte, el artículo 109.4 L.E.Crim., establece que en los procesos que se sigan por los delitos contemplados en el artículo 57 C.P., el Juez asegurará que se comuniquen a la víctima, aquellos actos procesales que puedan afectar a su seguridad. En un sentido similar se regula en el artículo 544 ter .9, el deber de informar permanentemente a la víctima, sobre la situación procesal y penitenciaria del agresor.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 L.E.Crim. (17), la orden de protección y las prohibiciones, están entre las primeras diligencias a practicar, y no sólo se constriñen a los directamente ofendidos o perjudicados, sino que también se extienden a sus familiares u otras personas, por lo que incluso se pueden adoptar para proteger a los testigos.

En caso de incumplimiento de una prohibición, se podrá adoptar la medida de internamiento, la orden de protección para los supuestos de víctimas de violencia doméstica regulada en el artículo 544 ter L.E.Crim., o cualquier otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que puedan resultar del incumplimiento (artículo 544 bis.4 L.E.Crim.).

No obstante, también es posible adoptar directamente la orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica, en los supuestos en los que concurren los presupuestos del artículo 544 ter.1, sin necesidad de que previamente se haya incumplido una prohibición del artículo 544 bis, al igual que es posible adoptar directamente una medida de internamiento.

Respecto a los recursos que proceden contra el auto que acuerde las prohibiciones o la orden de alejamiento, de acuerdo con lo

tigación tipológica de los GLUECK», con sus tablas de predicción social. Al respecto, y sobre esta cuestión en general, VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Cóllex, Madrid, 2003, páginas 48 a 192.

(17) Reformado por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

establecido en el artículo 41.3 L.O.R.P.M., cabe recurso de apelación ante la Sección de Menores de la Audiencia Provincial, aplicándose a la tramitación de este recurso la regulación del procedimiento abreviado.

3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En el proceso penal de los menores, existe una amplia vigencia del principio de oportunidad (18), dado que no constituye un objetivo en sí la averiguación de la verdad material, a diferencia de lo que sucede en el proceso penal de los adultos, informado por el principio de legalidad procesal-penal o de necesidad, como regla general. El principio de oportunidad, del cual es consecuencia el principio dispositivo, que es el que rige en el proceso civil (19), nos induce a considerar que realmente se trata de averiguar una verdad formal o forense, orientada por el superior interés del menor y la reeducación (20) (21), y no del esclarecimiento exacto de los hechos. No obstante, de ningún modo podemos afirmar que rija un principio de oportunidad libre o absoluto, al modo anglosajón, sino que la vigencia del mismo tiene importantes matizaciones. Tampoco estamos ante un principio de oportunidad similar al del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, dado que la discrecionalidad y el consenso en este proceso, están encaminados a conseguir la máxima celeridad y rapidez.

(18) ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, cit., 2001, páginas 81 a 85. La regulación del principio de oportunidad, constituye una excepción a la concepción tradicional del proceso penal, y uno de los pilares que sustenta la actuación penal respecto al menor. Pero tal y como se establece en la Regla 6 de las Reglas de Beijing, y en el artículo 40.3,b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay que respetar todas las garantías jurídicas en el ejercicio de la discrecionalidad.

(19) Véase MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, página 34.

(20) Las relaciones entre el principio de oportunidad y estos objetivos, son destacadas, entre otros, por TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *El procedimiento penal del menor. Tras la Ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, página 37.

(21) CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: «El procedimiento en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en «Anuario de Justicia de Menores», n° 3, 2003, páginas 12 y 13. El principio de oportunidad, del que se continúan teniendo dudas, tiene que ser aplicado sin que se vulneren los derechos fundamentales, y con respeto de la igualdad ante la Ley de los menores. Además, la «respuesta educativa» nunca puede implicar la desprotección de la sociedad, o el olvido de las víctimas.

Aparte de las claras influencias del proceso penal norteamericano en la regulación procesal de la L.O.R.P.M., tenemos que observar que la instauración del principio de oportunidad en este proceso, constituye en gran parte, un reflejo de directrices establecidas en instrumentos internacionales (22), lo cual tiene un claro efecto armonizador u homogeneizador de la materia en distintos ordenamientos (23) que las han adoptado, en mayor o menor medida. En este sentido, hay que destacar la Convención de los Derechos del Niño (artículos 37.b) y 40.4), las Reglas de Beijing (reglas 11.2 y 17.1), y la Recomendación (87) 20 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil (apartado IV, n° 13) (24).

La introducción del principio de oportunidad en el proceso penal en general, aunque se defiende como «un avance político y científico», confiere al titular público de la acción penal la potestad para disponer de la misma, aunque esté acreditada la comisión de un hecho punible por una persona. Es decir, el principio de oportunidad no amplía las facultades del órgano jurisdiccional, sino que las limita, fortaleciendo paralelamente al Ministerio Fiscal (25).

El artículo 6 L.O.R.P.M. justifica las funciones y potestades del Ministerio Fiscal, en las atribuciones que se le confieren. En concreto, le corresponde la defensa de los derechos legales de los menores, la vigilancia de las actuaciones que se deban efectuar en su interés, y la observancia de las garantías del procedimiento.

(22) DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «La Ley penal del menor: ¿Una Ley impracticable? Crítica práctica de su impráctica», en «Anuario de Justicia de Menores», n° 2, 2002, páginas 22 y 23. Desde la perspectiva de los principios, que están condensados en la normativa internacional, y la desjudicialización que se pretende (la cual recordemos está informada por el principio de oportunidad), la L.O.R.P.M. tiene la vocación de que no se aplique en la práctica, desde la perspectiva del agotamiento de todas sus fases procesales, por lo que se trata de una Ley en la cual «en su práctica se busca su impráctica». Pero la Ley no es impracticable porque el legislador lo quiera, sino por su «mala regulación técnica», o por la carencia de infraestructuras para llevarla a la práctica.

(23) Sobre los modelos de justicia juvenil en Europa, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther: «Claves de Derecho comparado en la Justicia Juvenil de Europa», en *Justicia de menores e intervención socio-educativa. Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, AA.VV., Consejería de Trabajo y Política Social, Murcia, 2001, páginas 245 a 257.

(24) Véase DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de menores*, cit., páginas 59 a 63.

(25) Sobre estas observaciones en relación al principio de oportunidad en general, MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal...*, cit., páginas 71 y 72, el cual considera que la instauración de un principio de oportunidad en el proceso penal, «puede calificarse de muchas maneras pero, desde luego no, de progreso civilizador».

Es decir, el Ministerio Fiscal ostenta un «doble papel», como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y protector de los intereses de los menores (26).

Está claro que este fortalecimiento del Fiscal constituye un claro objetivo de la L.O.R.P.M., el cual tiene además atribuida la instrucción y hasta la reforma del artículo 25 antes aludida, que permite la acusación particular; tenía el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Pero hay que observar que aunque existan actividades que en el proceso penal de los adultos son netamente jurisdiccionales, y que en el proceso penal de los menores estén atribuidas al Ministerio Fiscal, esta «desjurisdiccionalización» no impide que también existan márgenes de discrecionalidad o principio de oportunidad en las facultades del Juez de Menores.

Ello puede ir en detrimento de la víctima, porque no se castiga necesariamente a los responsables menores por los hechos que realmente han cometido, dado que no es ésta la finalidad, y la responsabilidad civil dimanante del delito, a pesar de que se determina en la denominada «pieza separada», depende estrictamente del proceso penal. Pero al permitirse en la actualidad la acusación particular, el proceso puede estar más avocado a la averiguación de la verdad material. Es decir, la circunstancia de que el Fiscal no sea el único acusador, puede restringir las posibilidades de negociación en aplicación del principio de oportunidad, las cuales resultarían mermadas. No hay que olvidar que esta mayor tutela de la víctima puede al mismo tiempo, dificultar los que se consideran los ejes de este proceso penal: su naturaleza sancionadora-educativa y el superior interés del menor.

Es decir, para que el proceso pueda girar en torno a los mencionados ejes, los órganos públicos, el Ministerio Fiscal en cuanto instructor y detentador de la postura activa, y el Juez de menores, en la decisión, adopción y ejecución de las medidas impuestas, precisan de márgenes de flexibilidad o disponibilidad, los cuales requieren la vigencia del principio de oportunidad (27). Así es como el proceso puede ser permeable a las ciencias no jurídicas

(26) Véase ADROHER BIOSCA, Salomé, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, RÍOS MARTÍN, Julián, CABRERA MARTÍN, Myriam, y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: «Capítulo V: Menores en situaciones de conflicto», en *Los menores en el Derecho español*, cit., AA.VV., página 496.

(27) ADROHER BIOSCA, Salomé, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, RÍOS MARTÍN, Julián, CABRERA MARTÍN, Myriam, y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: «Capítulo V: Menores en situaciones de conflicto», cit., destacan que para evitar estigmatizar al menor, es necesario que se promuevan estrategias de «diversión», o lo que es igual, soluciones informales que se basan en los principios de intervención mínima y de oportunidad.

(Equipo Técnico), y a la intervención de otras entidades públicas o las opiniones de los especialistas. Todo ello junto a la potenciación de los principios acusatorio (28) y de contradicción, estimamos que implica una aproximación hacia el proceso penal americano, o *adversary system*.

Entre las manifestaciones procesales del principio de oportunidad en este proceso, a las cuales se hace referencia en el apartado n° 9 de la Exposición de Motivos de la L.O.R.P.M., podemos destacar las posibilidades de no apertura del procedimiento, el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar; el resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución. Otro supuesto lo constituye el sobreseimiento en interés del menor, regulado en el artículo 27.4 L.O.R.P.M.. Estas manifestaciones se justifican en el mencionado apartado, en las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 36/1991, de 14 de febrero, que establecen que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin que se obstaculicen los criterios educativos y de valoración del interés del menor, para lo cual hay que hacer un uso flexible del principio de intervención mínima.

En conclusión, la vigencia del principio de oportunidad, implica que el proceso penal de los menores, tenga importantes analogías con los procesos penales por delitos no perseguibles de oficio. Ello nos permite afirmar, que los procesos civiles disponibles, cuyos principios procesales están más próximos a los del proceso civil que a los del penal, no sólo son los procesos por delitos privados, ya que también en cierta medida, constituye un proceso de este tipo el proceso penal de los menores. Pero no hay que olvidar, que mientras en los procesos por delitos privados, la disponibilidad sirve para tutelar el interés de la víctima, en el proceso penal de los menores el objetivo lo constituye el superior interés del menor y su reeducación y reinserción, lo cual determina claramente el sentido de la utilización del principio de oportunidad.

(28) Sobre el principio acusatorio en este proceso, efectuando referencias a las normas internacionales donde se plasma, véase LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*, cit., páginas 8 a 93.

4. EL SOBRESEIMIENTO DEL EXPEDIENTE POR CONCILIACIÓN O REPARACIÓN ENTRE EL MENOR Y LA VÍCTIMA

La conciliación y la reparación se regulan en el artículo 19 L.O.R.P.M.. Con una clara aplicación del principio de oportunidad reglada, que potencia el principio de intervención mínima, se produce un solapamiento entre las acciones civiles y penales, dado que el compromiso de reparar el daño causado, puede conllevar que el Ministerio Fiscal desista de la continuación del expediente, aunque ello es independiente, del acuerdo al que lleguen las partes respecto al ejercicio de la acción civil en la pieza separada. La reparación y la conciliación (29), no son posibles en todos los supuestos, sino que dependen de la gravedad de las circunstancias de los hechos y del menor, y proceden sólo si el hecho imputado constituye un delito menos grave o falta (30). La intervención de la víctima o el perjudicado en esta institución, se produce

(29) ALONSO RIMO, Alberto: *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, páginas 257 a 264. La conciliación y la reparación víctima-delincuente, como instrumentos de índole desjudicializadora similares a los mecanismos de *diversion*, constituyen en nuestro ordenamiento elementos poco comunes, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado, y de las recomendaciones del Consejo de Europa en este sentido. Es en la L.O.R.P.M. donde se regulan expresamente estas instituciones, con el precedente del acuerdo de reparación extrajudicial de la L.O. 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. No obstante, la víctima no ostenta la potestad unilateral de interrupción del proceso. Es imprescindible, diferenciar entre el acuerdo reparador o conciliador y el perdón, dado que en aquéllos la voluntad de la víctima tiene poco margen, y la autoridad judicial es quien tiene la última decisión, a diferencia de lo que sucede con el perdón. Por otra parte, hay que destacar que en el proceso penal de los adultos, al margen de los programas de mediación de carácter experimental, son frecuentes los acuerdos reparadores con soluciones extrajudiciales en procesos por infracciones patrimoniales, a pesar de que legalmente se establezca respecto a las mismas, una estricta vigencia del principio de legalidad.

(30) El desistimiento regulado en el artículo 18 L.O.R.P.M., en el supuesto de corrección en el ámbito educativo y familiar, sólo se permite si los hechos denunciados son constitutivos de delitos menos graves sin violencia o intimidación, o faltas, y si el menor no ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Sin embargo, el artículo 19 L.O.R.P.M., no impide que si concurre violencia o intimidación se produzca el desistimiento por conciliación o reparación, dado que sólo establece que el Ministerio Fiscal atenderá especialmente a las faltas de violencia o intimidación graves, y a la gravedad y circunstancias de los hechos, lo cual tampoco excluye automáticamente la reincidencia, aunque es obvio que se trata de una circunstancia a valorar. Ciertamente, la diversidad de tratamiento, o la mayor restricción del artículo 18, consideramos que está justificada, entre otros factores, en la circunstancia de que el sobreseimiento del supuesto regulado en este precepto es directo, ya que lo realiza el Ministerio Fiscal, mientras que el del artículo 19 lo efectúa el Juez de Menores.

independientemente de que haya ejercitado o no la acción penal o la civil.

En el apartado nº 13 de la Exposición de Motivos, se destaca que la reparación del daño y la conciliación (31), tienen el denominador común de que el ofensor y la víctima o el perjudicado llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento finaliza el conflicto. Pero mientras que en la conciliación la víctima recibe una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, dado que éste tiene que arrepentirse y disculparse, en la reparación el acuerdo no se consigue simplemente por la satisfacción psicológica, sino que además es necesario que el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima o el perjudicado de reparar el daño causado. Esta reparación puede tener lugar a través de trabajos en beneficio de la comunidad, o de acciones adaptadas cuyo beneficiario es la víctima. En el mencionado apartado de la Exposición de Motivos, se establece además, que la conciliación sólo se considera producida, si la víctima acepta las disculpas y otorga su perdón, lo cual coincide en lo sustancial con lo que se establece en el artículo 19.2, aunque en él no se hace referencia al perdón.

La conciliación parece estar restringida a la víctima en sentido estricto, mientras que la reparación también se amplía al perjudicado, o persona que ha sufrido daños patrimoniales como consecuencia de los hechos (32).

Se ha manifestado que la conciliación entre el menor y la víctima, tiene una naturaleza jurídica difusa, dado que no se encuentra en el elenco de medidas de seguridad de la L.O.R.P.M., en la que se ha optado por aludirla en función del sobreesimiento que acarrea, en lugar de configurar esta institución como consecuencias jurídicas, o lo que es igual, como medida de seguridad (33).

(31) De cualquier forma, la L.O.R.P.M. plasma las últimas tendencias político-criminales respecto a la reparación y la conciliación, en los países de nuestro entorno cultural, lo cual se encuadra en los denominados «modelos de justicia reparadora». Véase VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, cit., páginas 272 a 295.

(32) SANZ HERMIDA, Ágata: «La víctima en el proceso penal de menores», cit., página 208. Observamos que en el presente apartado, si vamos a diferenciar entre víctima en sentido estricto, o persona que es ofendida por el delito, y el perjudicado, que es quien padece daños patrimoniales como consecuencia de los hechos.

(33) Véase HERRERA MORENO, Myriam: «La «conciliación menor-víctima» en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 1, 2001, páginas 426 a 429. No es satisfactorio que la L.O.R.P.M. contemple esta institución de «manera invertida», poniendo en evidencia exclusivamente sus repercusiones de naturaleza procedimental.

Como hemos visto, la conciliación consiste en que el menor reconozca el daño causado, se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas. Por su parte, la reparación implica que el menor asuma un compromiso con la víctima o el perjudicado para realizar determinadas acciones en su beneficio o en el de la comunidad, y que efectivamente las lleve a cabo (artículo 19.2 L.O.R.P.M.). Para la consecución de estos objetivos el Equipo Técnico realiza las funciones de mediación entre el menor (que no necesita gado) y la víctima o el perjudicado, e informa al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento (artículo 19.3 L.O.R.P.M.). Tan sólo si la víctima (o el perjudicado, aunque no hace referencia al mismo en este apartado), es menor o incapaz, será necesario que el Juez de Menores apruebe los compromisos que asuma en nombre de aquélla su representante legal (34) (artículo 19.6 L.O.R.P.M.), si bien existen autores que opinan que la aprobación judicial no tiene sentido en estos supuestos, y que lo más lógico es que la aprobación la efectuase el Ministerio Fiscal, dadas las atribuciones que tiene en defensa de los menores y la vigilancia de las actuaciones que se realicen en su interés (35).

La importancia de la intervención del Equipo Técnico, se pone de manifiesto, en que en la regulación del informe (36) que tiene que presentar durante la instrucción del expediente, se resalta expresamente posibilidad de que se efectúe una actividad de conciliación o reparadora con la víctima o el perjudicado (artículo 27.3 L.O.R.P.M.). Aunque la L.O.R.P.M. confiere la iniciativa en la mediación sólo al Equipo Técnico, no parece que existan inconvenientes para que la propuesta la puedan realizar el menor, e incluso

(34) Esta solución es similar a la del artículo 130.41, 2 y ,3 C.P., cuando regula el perdón como causa de extinción de la responsabilidad criminal, dado que si la víctima es menor o incapaz, el Órgano Jurisdiccional puede rechazar la eficacia del perdón que otorgue el representante, si bien a diferencia de lo que sucede en el proceso penal de los menores, el Órgano Jurisdiccional para rechazar el perdón, tiene que oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

(35) Entre otros, ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, cit., página 253.

(36) SICILIA CANO, Silvia: «La orientación por el equipo técnico de las medidas previstas en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 2, 2002, páginas 216 a 218. El contenido del informe en el ámbito judicial, es bastante diferente al del informe en otro ámbito, ya que se rompe el principio de confidencialidad, el cual se respeta en la psicología clínica. A pesar de ello, el Equipo Técnico no tiene que reflejar todas las observaciones o informaciones que tenga, ya que ha podido acceder a información que pertenece al ámbito privado del menor y su familia, que no tiene relevancia judicial. De cualquier forma, tiene que respetar el derecho a la intimidad del menor y su familia.

la víctima o el perjudicado, si bien tendrá que canalizarse a través del Equipo Técnico, el cual si la rechaza o la considera inviable, tendrá que informar al Ministerio Fiscal (37).

Pero lo que más interesa, es que una vez producida la conciliación, o cumplidos los compromisos de reparación asumidos por el menor, salvo que los mismos no puedan tener efectividad por causas ajenas a la voluntad del menor (38), el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción, y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Existen opiniones que encuadran dentro de las «causas ajenas a la voluntad del menor», los supuestos en los que la víctima o el perjudicado se niega a aceptar las disculpas, o valor al compromiso reparador que ofrece el menor. Y ello porque lo que consideran más acorde con el superior interés del menor y la finalidad de reeducación, es que si el menor se dispone a proceder seriamente a reconocer el daño causado y pedir disculpas a la víctima o al perjudicado, y a reparar, esta iniciativa puede valorarse positivamente. Nosotros disintimos de estas opiniones, dado que si la víctima no acepta las disculpas, simplemente no ha habido conciliación, por lo que no se puede aplicar el artículo 19, al igual que sucede si a la víctima o al perjudicado no le parece correcta la reparación que el menor se disponga a efectuar. El artículo 19 no priva a la víctima de su libertad de decisión, y si así fuera, estaríamos ante las extrañas figuras de la conciliación unilateral, o de la reparación «que no repara».

La conciliación entre el menor y la víctima, también se puede producir más adelante, cuando el menor ha sido condenado y está cumpliendo la medida. En este caso, la medida puede quedar sin efecto si el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del Letrado del menor, y oídos el Equipo Técnico y la representación de la Entidad Pública de protección o reforma de menores, dicta un auto por el que considera que está suficientemente expresado

(37) Sobre esta posibilidad, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de menores*, cit., página 77.

(38) Cabe plantearse qué valor tiene el reconocimiento de los hechos, cuando continúa la tramitación del expediente ante el incumplimiento del menor. Lo mismo se ha planteado en el proceso penal de adultos, ante la conformidad que no es admitida por el Órgano Jurisdiccional. TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *El procedimiento penal del menor...*, cit., páginas 144 y 145, considera que para evitar que el reconocimiento de los hechos perjudique al menor, hay que partir de la base de que el mismo carece de eficacia probatoria, dado que no se ha realizado ante un Órgano Jurisdiccional, y porque puede darse el supuesto de que el menor haya reconocido ser autor de hechos que no ha cometido, como por ejemplo, hechos cuyos autores son mayores de edad (lo cual por otra parte, observamos que es relativamente frecuente en la práctica).

el reproche que corresponde a los hechos cometidos por el menor (artículo 51.2 y .3 L.O.R.P.M.). En este supuesto, el artículo 51.2 sólo se refiere a la conciliación con la víctima, por lo que no parece extensible a la reparación al perjudicado, si bien existen autores que consideran que estamos ante un «olvido del legislador», y que esta posibilidad también es extensible al perjudicado (39). Por otra parte, estimamos que aunque no se haga referencia expresa a la reparación, y en el supuesto de que no se admitiera la intervención del perjudicado, sí sería posible una reparación con la víctima.

En el proceso penal de los adultos, se fundamenta el perdón del ofendido, la conciliación y la reparación del daño, en la protección prevalente de los intereses de la víctima dentro de los instrumentos de perseguibilidad privada (40). Sin embargo, aquí estas instituciones se encuadran en procesos donde la persecución es pública, y no se trata sólo de proteger a la víctima, sino de conseguir la reeducación y la resocialización del menor. Desde este punto de vista, consideramos que es loable que se conjugue el superior interés del menor, con la protección de la víctima y el perjudicado (41), a diferencia de lo que sucede con otras manifestaciones del principio de oportunidad en este proceso, donde prevalece totalmente el menor infractor.

Con los actos de compensación o restitución, junto al efecto de que la víctima o el perjudicado se sienta más considerada, se producen beneficios psicológicos tanto para ésta como para el menor, que no sufre un «castigo» alejado del hecho que cometió, y se consigue que se responsabilice de sus actos, es decir, que haga un esfuerzo por ser responsable o vivir sin violar las normas. Por ello, también se producen beneficios que llegarán a la propia sociedad o comunidad en la que vive el menor, ya que éste adquiere la conciencia de que tiene deberes cívicos que cumplir, lo cual se puede

(39) SANZ HERMIDA, Ágata: «La víctima en el proceso penal de menores», cit., páginas 214 y 215.

(40) Véase sobre la perseguibilidad privada y la víctima, ALONSO RIMO, Alberto: *Víctima y sistema penal...*, cit., páginas 343 y siguientes.

(41) HERRERA MORENO, Myriam: «La «conciliación menor-víctima»...», cit., página 430. La conciliación cubre objetivos que no pueden satisfacerse a través de la sanción convencional. En un «profundo sentido victimológico», conjuga tanto las necesidades de reintegración como las de reparación a la víctima. Si bien ello no se asume en nuestro ordenamiento como finalidad sancionadora, en la actualidad sí se trata de un criterio de Política Criminal. La víctima puede llegar a comprender o tolerar, y conocer los motivos y contexto de la ofensa, lo cual constituye normalmente el presupuesto de la reinserción victimal. La «cultura de la conciliación» constituye una manifestación de la «prevención general positiva», y puede conseguir que la sociedad sea más «dialogante, flexible y receptiva».

dispersar si cumple la medida en lugares diferentes al que cometió la infracción (42).

En definitiva, la reparación y conciliación ponen de manifiesto una potenciación de los métodos alternativos de solución de conflictos o A.D.R. (43), en aras de la consecución de la reeducación y resocialización del menor, y la tutela de la víctima. Estas instituciones constituyen al igual que la conformidad, claras manifestaciones del principio de oportunidad reglada en la modalidad que se ha denominado como «principio de consenso», en las que interviene activamente la víctima o el perjudicado. No obstante, en la conformidad (artículo 32 L.O.R.P.M.), sólo interviene la víctima desde que se le ha reconocido el derecho a constituirse en acusación particular, dado que antes no podía presentar el «escrito de alegaciones», que recordemos equivale a un escrito de calificaciones provisionales o a un escrito de acusación.

5. LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Como hemos visto, tras la reforma efectuada en el artículo 25 L.O.R.P.M. por la L.O. 15/2003, el ofendido o perjudicado puede ser acusador particular. De este modo, ya no queda relegado a la posición de un mero denunciante, o un «coadyuvante sin acción» (figura que ha desaparecido tras la mencionada reforma legal) (44),

(42) Sobre la compensación o restitución, GARRIDO GENOVÉS, Vicente: «Tres pilares en la pedagogía de la delincuencia: el apoyo social, la justicia de la restauración y la prevención familiar», en *Justicia de menores e intervención socio-educativa...*, cit., AA.VV., páginas 230 a 236.

(43) Sobre los A.D.R. en general, véase BARONA VILAR, Silvia: *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (A.D.R.) y Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, páginas 47 a 49 y 93.

(44) Tenemos que recordar que en la legislación predecesora a la L.O.R.P.M., la L.O. 4/1992, de 5 de junio, de Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, tampoco existía acusación particular, lo cual también se justificaba en preservar el superior interés del menor, y permitía la aplicación del principio de oportunidad. Tampoco existía en esta regulación la figura a la que hemos denominado «coadyuvante sin acción». El artículo 25 L.O.R.P.M. en su redacción anterior, permitía por ejemplo que la víctima propusiera y participara en la práctica de las pruebas, lo cual tampoco se permitía en la L.O. 4/1992. Por tanto, en este sentido y desde el punto de vista de la tutela de la víctima, la L.O.R.P.M. supuso un avance respecto a la regulación anterior. Antes de promulgarse la L.O. 4/1992, MARTÍN OSTOS, José: *Jurisdicción de Menores*, cit., páginas 121, 138 y 144, se mostraba a favor de la existencia de acusación particular en este proceso, y así lo manifestaba en las «Bases para un borrador de Anteproyecto de Ley Penal y Procesal del Menor» (Base cuarta), aunque observaba que existían determinados sectores doctrinales que estaban a favor de la atribución exclusiva de la acusación al Ministerio Fiscal, tal y como aparecía en el Proyecto de Ley Orgánica.

que además no podía intervenir en todos los procesos (45), a diferencia del acusador particular, que no tiene las restricciones de la figura que le ha precedido, instaurada en un polémico sistema de monopolio en el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal (46). Es decir, junto a la iniciación de oficio y por denuncia, también tenemos la querrela (47), si bien, como veremos, nada impide que se constituya la acusación particular una vez iniciado el procedimiento.

El reconocimiento de la acusación particular, responde entre otros factores, a la obligación de propiciar la intervención de la víctima y de ampararle en sus derechos, sentido en el que se pronuncia la Recomendación nº R(85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal.

Ello solventa situaciones generadas anteriormente, como la imposibilidad de que la víctima asistiera a las sesiones de la fase de audiencia, si los menores tenían menos de dieciséis años, o no cometió los hechos con violencia, intimidación o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas (artículos 25 y 35 L.O.R.P.M.), lo cual no se le puede impedir con la regulación actual

(45) El coadyuvante sin acción, sólo cabía en los procesos por delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años. MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión: «Capítulo IV. Instrucción del procedimiento: reglas generales (Título Tercero, artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27)», en *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, AA.VV., coordinada por Esther GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, C.G.P.J., Madrid, 2000, página 121, considera que esta institución constituye la novedad más importante de la L.O.R.P.M., y al igual que otros autores manifiesta que el perjudicado se constituye en una auténtica acusación particular, de lo cual nosotros disintimos. Se trata de instituciones radicalmente diferentes, como se ha puesto de manifiesto en la profunda reforma que ha sufrido el artículo 25 L.O.R.P.M..

(46) Este monopolio tenía una clara influencia del sistema norteamericano. Véase ALONSO RIMO, Alberto: *Víctima y sistema penal...*, cit., páginas 40 a 48. Precisamente hace tres décadas en Estados Unidos comenzó un movimiento nacional denominado «*The Victim's Rights Movement*», que tenía como finalidad principal mejorar la situación de la víctima en el proceso penal, por lo cual se establecieron programas de compensación y reparación del daño por el ofensor. Todo ello se plasmó en una serie de «*Victims Programs*», si bien aún subsiste la más importante petición de las víctimas: poder ejercer la acción penal.

(47) Respecto a las formas de iniciación, véase DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de menores*, cit., páginas 45 a 50, el cual en relación a la posibilidad de querrela antes de la regulación de la acusación particular por el artículo 25, destacaba la opinión de GIMENO SENDRA, según el cual dado que este acto de iniciación no estaba prohibido de forma expresa en la L.O.R.P.M., no existen impedimentos para que la víctima interponga una querrela, aunque su capacidad estará limitada por lo regulado en el artículo 25. Nosotros disintimos, dado que el coadyuvante sin acción y el acusador particular, constituyen instituciones radicalmente diferentes.

del artículo 25. Además soluciona diversos problemas que se habían planteado, como por ejemplo, el vacío legal existente en la persecución de los delitos privados cometidos por menores, dado que el artículo 214 C.P. establece la reserva de querrela privada, y el artículo 275 L.E.Crim. la persecución a instancia de parte (48).

A la denuncia se aplican las reglas generales, si bien la admisión es específica, y se regula en el artículo 16 L.O.R.P.M.. En virtud de este precepto, la única autoridad que es competente para la recepción y admisión de las denuncias es el Fiscal de Menores, al cual tienen que ser remitidas las que reciba cualquier otro funcionario o autoridad. A pesar de ello, en numerosos supuestos se denuncian hechos sin indicar el autor o su edad, o bien se indica el autor pero se desconoce su edad. Por ello, se inicia un proceso penal de adultos y cuando se determine la minoría de edad de los presuntos autores, al igual que sucede en los supuestos de comisión conjunta de delitos por mayores y menores, serán remitidas las actuaciones al Fiscal de Menores (49).

Continuando con la acusación particular, hay que observar que en el artículo 25 L.O.R.P.M., no se establecen mecanismos específicos para el ejercicio de la acusación particular, por lo que cabe concluir, en virtud de lo previsto en la Disposición final primera L.O.R.P.M., que se aplica supletoriamente la L.E.Crim.. Hay que partir de la premisa de que el artículo 25.1,a) L.O.R.P.M. cuando reconoce el derecho al ejercicio de la acusación particular, no lo restringe a ningún momento específico, dado que establece simplemente que se puede ejercitar «durante el procedimiento», por lo que podemos afirmar que no se puede limitar el ejercicio de la acción penal al inicio del mismo (50) es decir, que la querrela no

(48) Sobre la persecución de los delitos privados en el proceso penal de los menores, véanse TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *El procedimiento penal del menor...*, cit., página 81, y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de los menores*, cit., página 54. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, ha establecido el criterio de que el ofendido se dirija al Ministerio Fiscal, comunicándole expresamente su interés en la persecución de estos delitos, supuesto en el que el Ministerio Fiscal incoaría el expediente contra el menor autor de la injuria o calumnia. La víctima no necesita Abogado y Procurador, ni tiene que utilizar la forma de querrela, aunque la comunicación al Ministerio Fiscal no puede reducirse a una simple narración de los hechos, ya que también tiene que contener de forma inequívoca la expresa declaración de voluntad de perseguir el delito.

(49) En relación a estas observaciones sobre la denuncia, véase HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Manuel: «Capítulo VII: Iniciación del proceso», en *El sistema español de justicia juvenil*, AA.VV., coordinada por Jesús Manuel HERNÁNDEZ GALILEA, Dykinson, Madrid, 2002, páginas 157 a 159.

(50) El artículo 22.3 L.O.R.P.M. establece que el Ministerio Fiscal notificará a la víctima, desde el momento en que conste en la instrucción del expediente, la posibilidad del ejercicio de las acciones civiles. Entendemos que tras la reforma del artículo

constituye el único instrumento. Pero tampoco se puede concluir que se pueda ejercer la acción penal en cualquier momento; existen al igual que en el proceso penal de adultos, unos límites lógicos, que sirven para preservar, entre otros, los principios acusatorio y de audiencia o contradicción.

Es decir, los ofendidos o perjudicados pueden ejercer la acción penal de dos formas: en primer lugar, a través de querrela (artículos 270 a 281 L.E.Crim.), y en segundo lugar, una vez iniciado el procedimiento con el momento preclusivo lógico del «escrito de alegaciones» (artículo 30 L.O.R.P.M.), de contenido equivalente a un escrito de calificación provisional, o a un escrito de acusación. En este supuesto, se ejercerá la acusación de la misma forma que en el proceso penal de los adultos, tras el ofrecimiento de acciones (artículo 110 L.E.Crim.). En definitiva, el momento preclusivo es el de la conclusión de la instrucción, dado que al inicio de la fase de audiencia (equivalente a un juicio oral), existe por ejemplo, de forma inmediata la posibilidad de conformidad del menor, la cual no sería posible si luego se incorporara un nuevo acusador. En definitiva, antes del inicio de la fase de audiencia es necesario que queden establecidas todas las acusaciones.

Cabe concluir además, que si existe acusación particular la conformidad será con el escrito de alegaciones que solicite medidas de mayor gravedad. Así se preserva el principio acusatorio, cuya vigencia se reconoce en el artículo 8, cuyo primer párrafo también ha sido modificado por la Disposición final segunda de la L.O. 15/2003, y que conlleva la vinculación del Juez de Menores a las solicitudes de la acusación particular.

Pueden personarse en el procedimiento como acusadores particulares, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, herederos, o representantes legales de los menores de edad o incapaces (artículo 25.1 L.O.R.P.M.). Esta legitimación asume tanto el concepto de perjudicado como de ofendido, y en definitiva podemos afirmar que reconduce la legitimación a la víctima, si bien delimitada de la manera que acabamos de ver.

Es posible que existan varios acusadores particulares, del mismo modo que sucede en el proceso penal de los adultos. Por otra parte, no hay que olvidar que en el proceso penal de los menores la existencia de la acusación particular puede limitar bastante el margen de maniobra del Ministerio Fiscal, e incluso obstaculizar la aplicación de los principios generales del superior interés

25, también el Ministerio Fiscal tiene que notificar a la víctima el derecho que tiene a ejercer la acción penal es decir, a constituirse en acusación particular.

del menor y la naturaleza sancionadora-educativa (51), llegando incluso a generar importantes diferencias respecto a los procesos en los que no exista acusación particular. Por ello es por lo que consideramos que el artículo 25, no ha establecido condiciones como por ejemplo la edad del menor, para el ejercicio de la acusación particular, a diferencia de lo que sucedía en la figura del coadyuvante sin acción.

Los que se personen como acusadores particulares, tendrán junto a las facultades y derechos que se destacan expresamente en el artículo 25.1 (52), los que derivan de ser parte en el procedimiento. En el elenco del artículo 25.1, no sólo se reconocen una serie de facultades y derechos, sino que también se establecen restricciones, con el claro objetivo de preservar el superior interés del menor. Así sucede con el derecho a proponer medios de prueba, al cual se hace referencia en el artículo 25.1,d), donde se establece de forma expresa, que el acusador particular no podrá proponer actividad probatoria en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor, y también sucede con la denegación del careo, si éste no resulta fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos [artículo 25.1,e)].

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 (artículo 25.2 L.O.R.P.M.).

(51) TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *El procedimiento penal del menor...*, cit., páginas 80 y 81. Durante el período en el que no existía acusación particular, se justificaba dicha prohibición en la incompatibilidad que se consideraba existente, entre la finalidad educativa del procedimiento, y el «ánimo vindicativo» que orienta normalmente la actuación de la víctima en el proceso. No obstante, la ausencia de acusación particular también generaba numerosos problemas, algunos de los cuales ya han sido destacados, como la indefensión que se podía causar a la víctima, y la «descompensación» que se produce en los numerosos supuestos en los que la víctima es también un menor, entre la tutela del menor infractor y el agredido.

(52) En concreto, se reconocen expresamente: a) el ejercicio de 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 ésta fuere 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.

En el supuesto de que la víctima no ejerza la acción penal, tanto si ha presentado denuncia como si no, y en aras de su protección, existen autores que independientemente de lo establecido en la L.O.R.P.M., consideran aplicables determinadas previsiones de la regulación del procedimiento abreviado. En concreto, estiman que hay que notificar a la víctima el lugar y fecha de la celebración de la audiencia (artículo 785,3º L.E.Crim.), la vista que se celebre en la tramitación del recurso de apelación (artículo 791,21 L.E.Crim.), y las resoluciones definitivas que se dicten (artículos 789,4º y 792,4º L.E.Crim.) (53).

6. LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La víctima puede instar la determinación de la responsabilidad civil (54) en una pieza separada (55), como hemos avanzado, la cual se tramitará de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 64 L.O.R.P.M., para el que no es necesario ni Abogado ni Procurador (56).

Se han vertido numerosas críticas por diversos sectores, tanto respecto a la regulación legal de la pieza separada, que conside-

(53) Sobre la aplicación de estas previsiones, TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *El procedimiento penal del menor...*, cit., página 80.

(54) La responsabilidad civil constituye el contenido del Título VIII L.O.R.P.M. (artículos 61 a 64). La regulación se ubica por tanto, al final de dicha Ley. Si bien en este Título no se usa la expresión «víctima», sino la de «perjudicado», es decir, la persona que padece los daños patrimoniales como consecuencia de los hechos. Nosotros vamos a utilizar la expresión víctima, en un sentido amplio, que comprende también al que sólo es perjudicado.

(55) Nuevamente estamos ante un avance desde el punto de vista de la tutela de la víctima, en relación al Decreto de 11 de junio de 1948 del texto refundido de los Tribunales Tutelares de Menores, y la L.O. 4/1992, dado que esta Ley no regulaba la pieza separada, ni siquiera permitía que la víctima ejercitara la acción civil en el proceso ante el Juez de Menores. Si la víctima quería ejercitar la acción civil, la única posibilidad que tenía (la cual todavía permanece en la L.O.R.P.M.), estaba en un proceso civil declarativo.

(56) VALBUENA GONZÁLEZ, Félix: «La pieza separada de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 3, 2003, páginas 256 y 257. Resulta llamativo que la pieza separada tenga una regulación específica en la postulación respecto al procedimiento principal, y lo lógico es que se establezca una regulación única, y ello a pesar de que como es obvio, tampoco se impide que concurren el Abogado y Procurador. Pero lo más «incomprensible», es que si el menor opta por la defensa letrada, sólo se le permita un Abogado de oficio, y que a los representantes legales del mismo, se le condicionen las posibilidades de designar Abogado, ya que sólo se les permite ser defendidos por «el letrado del menor designado en el procedimiento principal». Todo ello, puede suponer una vulneración del derecho de defensa. Además, consideramos que dado que estas restricciones no se establecen para la víctima, también se podría conculcar el principio de igualdad.

ran ha originado importantes problemas de interpretación jurídica, como a su propia existencia, dado que estiman más adecuado acumular las acciones civiles y penales en un único procedimiento (57). Aspectos tales como el conocimiento paralelo de las actuaciones por el Juzgado de Menores, se considera que producen repeticiones innecesarias, que conculca la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la imparcialidad del juzgador, y que va en contra de los principios de contradicción y economía procesal, aparte de perturbar aún más a la víctima (58).

Otras críticas vertidas, estiman que la pieza separada constituye un procedimiento inservible para la tutela de la víctima, y que a pesar de que la Exposición de Motivos dice que se trata de un procedimiento «singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento», realmente es lento y formalista, y no coadyuva al resarcimiento. Las dos cuestiones que más problemas están causando, son la tramitación y resolución de la pieza cuando el Ministerio Fiscal no ejerce la acción penal, y la tramitación de una pieza por cada hecho imputado (59).

En la pieza separada existen los escritos de demanda, contestación a la demanda y los trámites de proposición y práctica de la prueba en juicio o vista oral. Se unirán a los autos los particulares del expediente del procedimiento de menores, y de las actas de la audiencia que el Juez de Menores estime relevantes para su decisión (artículo 64.7 L.O.R.P.M.), lo cual produce un efecto prejudicial. El esquema procedimental es por tanto, similar al de un proceso civil, pero la jurisdicción y competencia corresponde a un Órgano Jurisdiccional del Orden penal y no del civil: el Juzgado de Menores, y el procedimiento no comienza con la demanda, sino con un auto del Juez de Menores, en el que se concede un plazo de diez días a los demandantes, para que presenten un escrito, es decir, la demanda. La acción para exigir la responsabilidad civil, se ejercitará por el Ministerio Fiscal, a menos que el perjudicado renuncie a la misma, o la ejercite por sí mismo, o se la reserve para ejercerla ante el Orden Jurisdiccional Civil, de acuerdo con el C.C. y la L.E.C. (60) (artículo 61.1 L.O.R.P.M.).

(57) Véase LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*, cit., página 336.

(58) ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001, páginas 443 y 444.

(59) Sobre estas últimas críticas, DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «La Ley penal del menor...», páginas 46 a 48.

(60) Las referidas condiciones para que el Ministerio Fiscal ejerza la acción civil, son semejantes a las existentes en el proceso penal de los adultos (artículo 112 L.E.Crim.).

Las pretensiones ejercitables, consisten en la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales, por este orden. No son posibles pronunciamientos sobre otros extremos, lo cual concuerda con lo establecido en el artículo 64.8 L.O.R.P.M. (61).

La sentencia es susceptible de ser recurrida en apelación, de acuerdo con la L.E.C. (artículo 64.9 L.O.R.P.M.). Pero carece de efectos de cosa juzgada (62), por lo que de cualquier manera, siempre queda la posibilidad de que las partes promuevan el proceso civil declarativo que corresponda, si bien se considerarán probados los hechos que el Juez de Menores considerara acreditados, al igual que la participación del menor (artículo 64.10 L.O.R.P.M.) (63).

Hay que interpretar la carencia de efectos de cosa juzgada, con lo establecido en el artículo 64.9 *in fine*, según el cual una vez firme la sentencia podrá ejecutarse de acuerdo con el C.P. y la L.E.C., dado que puede parecer contradictorio, que una sentencia pueda «carecer de efectos de cosa juzgada» y ser «firme». Estimamos que cuando se habla de firmeza, es simplemente porque ha transcurrido el plazo para recurrir en apelación (5 días desde la notificación de la sentencia, artículo 457.1 L.E.C), y que siempre queda a salvo el derecho a promover el proceso declarativo ante un Juzgado de Primera Instancia, dada la ausencia de efectos de cosa juzgada. Por otra parte, hay que resaltar que no se permite la ejecución provisional, lo cual supone un alejamiento del criterio general establecido en la L.E.C. respecto a las pretensiones fundamentalmente patrimoniales.

(61) Sobre estas observaciones, SAMANÉS ARA, Carmen: «La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores», en «Anuario de Justicia de Menores», n° 3, 2003, páginas 170 y 171.

(62) VALBUENA GONZÁLEZ, Félix: «La pieza separada de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000...», cit., páginas 270 y 271. La ausencia de cosa juzgada, junto con la tramitación en forma de pieza separada, constituyen los dos principales defectos de la regulación de la responsabilidad civil. La ausencia de efectos de cosa juzgada, conculca los principios elementales de seguridad jurídica y economía procesal. El legislador ha incurrido en «un exceso de prudencia», y se ha quedado a medio camino entre la situación anterior y la de la L.E.Crim.. La solución adoptada no es satisfactoria, ni desde el punto de vista técnico-jurídico, ni del práctico.

(63) SAMANÉS ARA, Carmen: «La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores», cit., páginas 179 y 180. Estamos quizá ante la más controvertida de las reglas del artículo 64 L.O.R.P.M.. En los procesos civiles sumarios, las posibilidades de alegar y probar de las partes, están restringidas, lo cual no sucede en la pieza separada. Además el conocimiento de los hechos por un Juzgado de Primera Instancia estará muy limitado, dado que la sentencia recaída en la pieza separada, tiene efectos prejudiciales, en cuanto a los hechos probados en la misma, y la participación en ellos del menor. En conclusión, es muy difícil en la práctica, que el Juzgado de Primera Instancia llegue a una solución diferente a la del Juzgado de Menores.

La autonomía de la pieza separada se pone de manifiesto en el texto legal en numerosas ocasiones, como por ejemplo cuando se produce el desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (artículo 18 L.O.R.P.M.), dado que el desistimiento del Ministerio Fiscal, se produce con independencia de la tramitación de la correspondiente pieza separada de responsabilidad civil. Pero se ha observado que en este supuesto lo más habitual será que la víctima se reserve la acción civil para ejercitarla el Orden Jurisdiccional Civil, dada la poca utilidad de la pieza separada, al no producirse los efectos de cosa juzgada (64).

El plazo para que el perjudicado ejerza la acción civil, es de un mes desde la notificación de la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil. Las otras alternativas que tiene, son la reserva para ejercitarla ante el orden civil conforme a los preceptos del C.C. y de la L.E.C., y la renuncia (artículo 61.1 L.O.R.P.M.). La pieza separada la abre el Juez de Menores en cuanto reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal (artículo 64.11 L.O.R.P.M.). Se tramitará una pieza de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados (artículo 61.2 L.O.R.P.M.).

Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años (65), responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados, sus padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho, por este orden (66). Si éstos no hubie-

(64) Sobre ello, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de menores*, cit., página 70.

(65) El tramo denominado de los «jóvenes infractores» (de 18 a 21 años) está en suspenso, por lo que en realidad la responsabilidad solidaria se produce en todo proceso penal del menor. La aplicación de la L.O.R.P.M. a este tramo, fue suspendida poco antes de su entrada en vigor, por la Disposición transitoria única de la L.O. 9/2000, de 22 de diciembre, hasta el 13 de enero de 2003. Luego, poco antes de expirar este plazo, la Disposición derogatoria única de la L.O. 10/2002, de 10 de diciembre, volvió a dejar en suspenso la vigencia del mencionado tramo, hasta el 1 de enero de 2007.

(66) ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, ALCÓN YUSTAS, Fuencisla, SERRANO MOLINA, Alberto, SOLER PRESAS, Ana, MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, y LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: «Capítulo II: El menor y su entorno familiar», en *Los menores en el Derecho español*, cit., AA.VV., página 184. Numerosos autores estiman, que esta confusa enumeración por orden de preferencia excluyente de los posibles responsables, no considera el dato de quién ostenta la guarda efectiva del menor cuando se produce el daño, y que en la práctica libera a los titulares de los centros docentes de la responsabilidad por los daños que cometen los menores durante su estancia en los mismos. Pero opinan los autores citados, que este orden es totalmente correcto, y que simplemente es respetuoso con el significado técnico-civil de los términos empleados, y que la responsabilidad de los titulares de los centros docentes, deberá ser determinada en los supuestos de comisión de un ilícito penal aplicándose el artículo 1903 C.C., el único vigente sobre la materia, dado que el actual Código Penal ha derogado el artículo 22.2 C.P. del C.P. de 1973.

ren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos (artículo 61.3 L.O.R.P.M.).

Este criterio no sólo se aplica en el proceso penal de los menores, sino en cualquier supuesto en el que el menor ocasione daños de forma culposa o negligente, tal y como establece el artículo 1903 C.C., si bien el mismo no se aplica si las personas antes mencionadas no han actuado de forma negligente en el desempeño de sus funciones de guarda o educación. Sin embargo, parece ser que en la L.O.R.P.M. la responsabilidad civil solidaria se produce en todo caso, aunque no haya habido negligencia en dichas funciones.

Pero hay que observar que la aplicación del artículo 1903 C.C. en la práctica de nuestros Tribunales, está en la línea de objetivizar la responsabilidad civil de los padres, tutores, acogedores o guardadores, dado que se exige un nivel de diligencia, que implica que la mera producción del daño sea suficiente, para que se constate el incorrecto desempeño de las funciones de guarda o custodia, desestimándose sistemáticamente la prueba de descargo aportada. En definitiva, el criterio acogido en el artículo 61.3, simplemente recoge esta tendencia, dado que sólo permite una moderación de la responsabilidad si no existe dolo o negligencia grave. Por ello, en opinión de numerosos autores el artículo 61.3 deroga el sistema de responsabilidad de padres, tutores y guardadores por «culpa in vigilando» del artículo 1.903 C.C., y establece una responsabilidad civil objetiva, directa y solidaria. No obstante, también se afirma que no se puede afirmar que la responsabilidad sea objetiva, y que la gran novedad que se destaca en la Exposición de Motivos, es la instauración de la responsabilidad solidaria con el menor (67).

Siguiendo con la regulación de la pieza separada, hay que señalar que en su caso se aplicará el artículo 145 de la Ley 30/1992, y la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias (artículo 61.4 L.O.R.P.M.).

(67) Sobre estas consideraciones, y respecto a la responsabilidad civil de los menores en general, ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, y otros: «Capítulo II: El menor y su entorno familiar», cit., páginas 174 a 186. Estos autores concluyen que, que no existen los suficientes datos concluyentes para que se pueda afirmar que la responsabilidad civil de padres, acogedores o guardadores sea objetiva, y que la jurisprudencia simplemente exige un elevado nivel de diligencia cuando aplica el artículo 1903 C.C., y finalmente, que el artículo 61.3 L.O.R.P.M. no modifica todo ello, aunque se desconozca la interpretación y alcance que en la práctica vaya a tener esta norma.

Por tanto, junto a la indemnización que la víctima puede percibir como consecuencia del ejercicio de la acción civil, en los supuestos de delitos violentos y dolosos, con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental, y delitos contra la libertad sexual con o sin violencia, se aplica la Ley 35/1995. Es decir, que si se cumplen los requisitos adicionales de nacionalidad, residencia, parentesco y situación económica, las víctimas tienen derecho a obtener ayudas económicas, tanto de forma provisional como definitiva. Al procedimiento para obtener estas ayudas, de carácter administrativo y no jurisdiccional, se aplica la Ley 30/1992 (68).

Finalmente, los aseguradores (69) que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias, derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda (artículo 63 L.O.R.P.M.). Además las compañías aseguradoras que se tengan como partes interesadas, podrán personarse dentro del plazo para el ejercicio de la acción civil (artículo 64.2 L.O.R.P.M.).

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.:

- *El sistema español de justicia juvenil*, AA.VV., coordinada por Jesús Manuel HERNÁNDEZ GALILEA, Dykinson, Madrid, 2002.
- *Jornadas sobre «violencia doméstica»: Segunda reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar. Curso sobre los Juicios Rápidos y la Violencia Familiar*, AA.VV., C.E.J.A.J. e Instituto de la Mujer, Madrid, 2002.
- *Justicia de menores e intervención socio-educativa. Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Consejería de Trabajo y Política Social, Murcia, 2001
- *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, AA.VV.,

(68) Sobre las ayudas a las víctimas, si bien desde una perspectiva general, CAPÓ PICORNELL, Margalida, y otras: *Guía para la aplicación de la Ley 35/1995...*, páginas 39 y siguientes.

(69) LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*, cit., página 345. Se introduce con este precepto la acción directa contra los aseguradores, con el precedente legislativo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro y del artículo 117 C.P. El tráfico rodado es el ámbito más habitual de la acción directa. Sobre la materia, además, ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, cit., páginas 449 a 453.

- coordinada por Esther GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, C.G.P.J., Madrid, 2000.
- *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, dirigida por María Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ, Cuadernos de Derecho Judicial III, Escuela Judicial, C.G.P.J., Madrid, 2001.
 - *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, coordinada por Félix PANTOJA GARCÍA, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.
 - *Los menores en el Derecho español*, AA.VV., coordinada por Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, Tecnos, Madrid, 2002.
- ADROHER BIOSCA, Salomé, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, RÍOS MARTÍN, Julián, CABRERA MARTÍN, Myriam, y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción: «Capítulo V: Menores en situaciones de conflicto», en *Los menores en el Derecho español*, AA.VV..
- ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, ALCÓN YUSTAS, Fuencisla, SERRANO MOLINA, Alberto, SOLER PRESAS, Ana, MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, y LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel: «Capítulo II: El menor y su entorno familiar», en *Los menores en el Derecho español*, AA.VV..
- ALONSO RIMO, Alberto: *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- BARONA VILAR, Silvia: *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution (A.D.R.) y Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- 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*, AA.VV..
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen: «El procedimiento en la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 3, 2003.
- CAPÓ PICORNELL, Margalida, GUERRERO MARTÍN, Rosario, MARTÍN MARÍA, Belén, MIRA ADRADOS, Coromoto, y SOTO VEGA, Susana: *Guía para la aplicación de la Ley 35/1995, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel: *La instrucción en el proceso penal de menores*, Cóllex, Madrid, 2003.
- DOLZ LAGO, Manuel-Jesús: «La Ley penal del menor: ¿Una Ley impracticable? Crítica práctica de su impráctica», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 2, 2002.

- GARRIDO GENOVÉS, Vicente: «Tres pilares en la pedagogía de la delincuencia: el apoyo social, la justicia de la restauración y la prevención familiar», en *Justicia de menores e intervención socio-educativa. Ley 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, AA.VV..
- GISBERT JORDÁ, Teresa: «Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción», en *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, AA.VV..
- HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Manuel: «Capítulo VII: Iniciación del proceso», en *El sistema español de justicia juvenil*, AA.VV..
- HERRERA MORENO, Myriam: «La «conciliación menor-víctima» en el ámbito de la desviación juvenil: reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 1, 2001.
- HUETE PÉREZ, Luis: «Los menores como autores de malos tratos a parientes», en *Jornadas sobre «violencia doméstica»: Segunda reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar. Curso sobre los Juicios Rápidos y la Violencia Familiar*, AA.VV..
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo: *Introducción al Derecho penal de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel: *Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (comentarios, concordancias y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 2004.
- MARTÍN OSTOS, José: *Jurisdicción de Menores*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Ascensión: «Capítulo IV. Instrucción del procedimiento: reglas generales (Título Tercero, artículos 16, 17, 18, 19, 20, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27)», en *Justicia de menores: una justicia mayor...*, AA.VV..
- MAYORDOMO RODRIGO, Virginia: *Aspectos criminológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003.
- MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal: Una explicación basada en la razón*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario: *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001.
- RUIZ HUIDOBRO Y DE CARLOS, José María, MARTÍNEZ GARCÍA, Clara, SERRANO MOLINA, Alberto, RÍOS MARTÍN, Julián, GORTÁZAR ROTACHE, Cristina, ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, ALCÓN YUSTAS, Fuenclisla, GRANDE ARANDA, Juan Ignacio, y FLORES ESCOBAR, Ligia: «Capítulo I: El menor en el Derecho. Sistema normativo y principios rectores del Derecho de menores», en *Los menores en el Derecho español*, AA.VV.

- SAMANÉS ARA, Carmen: «La acción civil ejercitada en el proceso penal de menores», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 3, 2003.
- SANZ HERMIDA, Ágata: «La víctima en el proceso penal de menores», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 1, 2001.
- SICILIA CANO, Silvia: «La orientación por el equipo técnico de las medidas previstas en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 2, 2002.
- TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *El procedimiento penal del menor. Tras la Ley 38/2002, de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- VALBUENA GONZÁLEZ, Félix: «La pieza separada de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 3, 2003.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos: *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Cólex, Madrid, 2003.
- «La posición de la víctima o perjudicado en el proceso de menores. Especial consideración de la reparación entre el menor infractor y la víctima», en «Anuario de Justicia de Menores», nº 2, 2002.