

La víctima en los sistemas que regulan la responsabilidad penal del menor. Especial consideración de su derecho de participación y reparación

Jaime Pacheco Quezada¹

Profesor de Derecho Penal
Universidad del Desarrollo, Concepción

Resumen: En el artículo se aborda el estudio de la posición de la víctima en los sistemas de responsabilidad penal juvenil español y chileno, analizando concretamente su derecho de participación y de reparación. A tal objeto se exponen los rasgos principales de ambas legislaciones en lo que dice relación con tales derechos, así como sus concretos espacios de aplicación en las distintas fases del proceso. Por último y sobre la base de las conclusiones alcanzadas al analizar el rol de la víctima en ambos sistemas normativos, se confronta ello con las finalidades de los sistemas de responsabilidad penal adolescente.

I. Introducción

En las últimas décadas asistimos a un paulatino pero progresivo reconocimiento del rol de la víctima en la resolución del conflicto originado por la infracción de la norma penal². Si bien se suele decir que el olvido de la víctima como actor relevante en la superación del conflicto penal³ es la nota que ha caracterizado por largo tiempo la consideración que los sistemas de enjuiciamiento criminal brindan a ésta⁴, es posible advertir en la actualidad tendencias que van por la

¹ El autor agradece los valiosos comentarios y sugerencias realizados por Nelly Navarro R., defensora penal juvenil, de la Defensoría Penal Pública Región del Bío-Bío, a una primera versión de este trabajo.

² Sobre la historia del papel de la víctima y el sistema penal pueden consultarse, entre otros: Herrera Moreno M. *La hora de la Víctima. Compendio de de victimología*. Edersa, 1996; Eser A. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992. pp.13 y ss; Hirsch H. J. "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992, pp. 91 y ss.

³ Fernández Bermejo M. "La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto de la víctima", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal N° II*, Madrid, 2000, p. 425.

⁴ Advierte Maier que el papel de la víctima no es un problema específico del Derecho procesal penal,

superación del modelo tradicional de resolución del conflicto penal basado en el binomio Estado-Autor del delito, por otro, que otorga protagonismo y activa participación a la víctima⁵, reconociendo que la solución del conflicto penal implica una relación tripartita, Estado-Autor-Víctima. Estos nuevos modelos, caracterizados por una mayor flexibilidad e informalidad que el modelo tradicional, sirven además de abono a una cierta humanización de las reacciones penales⁶.

Estos nuevos modelos implican el no fácil desafío de lograr el adecuado equilibrio entre los legítimos intereses de la víctima y los del autor de la infracción. En este sentido frente al indiscutido reconocimiento normativo de los derechos y garantías del imputado, hay quienes reivindican la elaboración de un estatuto de la víctima, que se construiría sobre la base de los derechos de participación, protección y reparación o restitución⁷.

Los sistemas de responsabilidad penal adolescente, como subsistema especial dentro del sistema penal, no están ajenos a esta problemática⁸. En las próximas páginas pretendemos efectuar una descripción comparativa de los sistemas de responsabilidad penal del menor español y del chileno, especialmente, en lo que dice relación con el reconocimiento normativo de los derechos de participación y reparación que le asisten a la víctima.

II. Derecho de participación

II.1. Situación procesal de la víctima en el sistema penal juvenil español

La consideración de la situación procesal de la víctima en el proceso penal de menores en el ordenamiento jurídico español, puede ser descrita como un largo camino que va, desde la negación de su calidad de parte en el proceso penal, hasta el pleno reconocimiento de dicha calidad.

En efecto, en la LO 4/1992, cuerpo legal que antecede a la actual LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LRPM) en

tampoco del Derecho penal material únicamente, se trata antes bien de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de los medios para alcanzar esos fines: Maier Julio B J. "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992.p. 190.

⁵ Fernández Bermejo M. "La mediación como...", cit., pp. 434 y ss.

⁶ Herrera Moreno M. *La hora de la...*, cit., p. 237.

⁷ Miranda Manuel. "La víctima en el proceso de reforma de menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, II, 2000, Madrid, p. 470.

⁸ En opinión de Tamarit, el sistema penal de menores ha sido el marco en el que se han desarrollado muchos de los programas de justicia reparadora, hasta el punto en que, en cierto modo, ha llegado a convertirse en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales: Tamarit Sumalla J M. "La justicia reparadora en el sistema penal de menores", en *Derecho penal y psicología del menor*, Universidad de La Laguna 2007, Comares, Granada, 2008. p. 142.

su art. 15 regla 20, *in fine*, prescribía que: “*en este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares*”, con lo cual, en virtud de dicha disposición quedaban excluidos como parte en el proceso el acusador popular, el acusador particular y el privado, así como el actor civil⁹, limitándose el rol de la víctima sólo a efectuar la denuncia y a una eventual participación como testigo. El Ministerio Fiscal detenta el monopolio del ejercicio de la acción penal¹⁰.

Por su parte la LO 5/2000, en su versión original, reitera con carácter general la exclusión antes dicha, fundándola, según se lee en la Exposición de Motivos de la referida ley, en que: “*respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor*”.

Sin embargo, a diferencia de su antecesora, la LRPM no considera una exclusión absoluta de la víctima como sujeto procesal, contemplando la posibilidad que el perjudicado pueda personarse en el procedimiento¹¹, tanto en fase de instrucción como en la fase de audiencia, siempre y cuando se trate de delitos cometidos por sujetos que a la fecha de su comisión sean mayores de dieciséis años y se trate además de delitos en los que se hubiese empleado violencia o intimidación o se hubiesen cometido con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, confiriéndosele a la víctima facultades que aluden principalmente al derecho a estar informado del curso del procedimiento y a proponer las pruebas que estime necesarias para contribuir a demostrar la participación en los hechos y responsabilidad en ellos del menor imputado.

Este tenue rol que se reconoce inicialmente la víctima en la LRPM, como indica la doctrina, es una intervención que difícilmente puede ser calificada de *litisconsorcial*, es más bien una parte procesal “*sui géneris*”, subordinada a las pretensiones del Ministerio Fiscal, por cuanto, su actividad se ve limitada a la aportación de medios de prueba de los hechos delictivos y a efectuar las alegaciones oportunas, sin que ello *a priori* pueda influir en la determinación judicial de la medida a imponer, más allá de las peticiones que al respecto formule el Ministerio Fiscal¹².

⁹ Miranda Manuel. “La víctima en...”, cit., p.472.

¹⁰ Cabe hacer presente que la exclusión de la acusación particular en el proceso de menores no era desconocida en el ordenamiento jurídico español, toda vez que ella se había mantenido desde la LITM de 1948.

¹¹ Art 25 LO 5/2000.

¹² Sanz H Agata. “La víctima en el proceso penal de menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 1, Sevilla, 2001, p.190. En el mismo sentido, la Circular FGE 1/2000 señala que: “el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos y de la participación del menor en el ejercicio de una legitimación procesal sui géneris, dada su limitada capacidad

El tratamiento normativo de la posición de la víctima en el proceso penal del menor hasta ahora visto sufre un cambio cualitativo en el año 2003, por cuanto el legislador español, en respuesta tanto a críticas provenientes de algún sector de la doctrina¹³, como a razones de orden mediático¹⁴, mediante la dictación de la LO 15/2003 permite la personación en el procedimiento como acusadores particulares de las personas directamente ofendidas por el delito y a otras personas unidas a él por vínculos de parentesco, si aquellos fuesen menores de edad o incapaces, permitiéndose incluso al acusador particular el solicitar la imposición de determinada medida¹⁵.

Junto a las facultades antes mencionadas se reconoce a la víctima en su condición de acusador particular, entre otros derechos, el de proponer pruebas que digan relación con el hecho delictivo y las circunstancias de comisión, con la sola excepción que no puede proponer pruebas relativas a la situación psicológica, educativa familiar y social del menor; participar en la práctica de las pruebas; y ser oído en los casos de modificación o de sustitución de las medidas impuestas. Ilustra gráficamente el contenido y envergadura de la modificación la eliminación en el epígrafe del art. 25 de la LRPM, de la expresión, "*inexistencia de la acción particular y popular*", quedando actualmente la rúbrica del referido artículo sólo como "*De la acusación particular*".

Refuerza esta nueva consideración de la víctima en el proceso penal de menores la reforma que tuvo lugar con la dictación de LO 8/2006, que entre otros aspectos confiere a la víctima personada en el proceso la facultad de proponer y solicitar al Ministerio Fiscal la práctica de diligencias (art. 26); se incorpora como motivo para disponer una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima; una de las finalidades de la medida cautelar puede ser asegurar la debida protección de la víctima, se incorpora como medida cautelar el alejamiento de la víctima o su familia (art. 28), y se impone al Ministerio Fiscal y al juez de menores la obligación de velar en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados¹⁶ y el derecho de éstos a personarse y ser parte en el proceso.

de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal".

¹³ Martín Ostos J. "Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores", en AA.VV. *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 167.

¹⁴ Gran influencia ejerció la detención, agresión sexual y asesinato de una niña cometido por adolescentes conocido como caso Sandra Palo.

¹⁵ Ver art. 25 y 8 de LRPM.

¹⁶ Se entiende por víctima al titular del bien jurídico penalmente protegido y contra el cual se ha atendido al cometer el delito o falta. Con la expresión "el perjudicado" se alude a un concepto más amplio que abarca a toda persona que haya sufrido un perjuicio patrimonial o moral con la infracción. En el sentido indicado, entre otros: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez /Pozuelo Pérez. *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, Navarra, 2008, p.79; Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 208.

En virtud de la evolución legislativa descrita, la actual situación procesal de la víctima en el proceso penal de menores español le permite a ésta participar activa y plenamente en el proceso, sin embargo, ello no ha estado ni está, exento de controversia, siendo posible distinguir dos posturas antagónicas: la de aquellos que estiman contraproducente admitir la participación de la víctima en los sistemas de responsabilidad penal juvenil, ya que ello supone un deterioro del interés superior del menor¹⁷; y la de quienes estiman que el reconocimiento de los derechos de la víctima conlleva un adecuado equilibrio de los intereses en pugna en un conflicto penal.

En primer término aludiremos a aquellos que abogan por un mayor y mejor reconocimiento de la posición de la víctima en el proceso penal de menores.

Señala la Exposición de Motivos de la LO 8/2006 que con ella se “*refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los del perjudicado*”. Tal propósito, como enunciábamos anteriormente, pretende ser la respuesta, tanto a aquellos sectores que de un modo general desde el área de la victimología reivindican un mayor protagonismo para la víctima¹⁸, como de aquellos que junto con criticar la escasa relevancia, si no bien de rechamente el olvido¹⁹, que en el texto original de la LRPM se encontraba la víctima, no alcanzaban a entender las razones que justificaban su exclusión como acusador particular.

En este último orden de ideas se encuentran autores como Martín Ostos, para quien tal decisión legislativa es “contraria a las modernas tendencias a favor del reforzamiento del papel de la víctima en el proceso, así como a lo establecido para el proceso penal de adultos y lo dispuesto en la Constitución (art.125) y en la norma supletoria, la LECrim (...) las razones que se esgrimen para la explicación de la presencia de otros acusadores en nuestros textos procesales son trasladables también al proceso de menores. Debidamente regulada la intervención procesal de la víctima o del perjudicado (incluso, del actor popular) no debe repercutir negativamente (tal vez, todo lo contrario)

¹⁷ Se estima que la circunstancia que la LRPM reconozca que el principio inspirador del sistema es la atención al superior interés del menor, provoca una situación de desequilibrio o de primacía de ese interés del menor frente al resto de los legítimos intereses que puedan reclamarse en el ámbito de esta jurisdicción. Fernández Molina E. *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. p. 205.

¹⁸ Acerca de las reivindicaciones de la victimología, véanse entre otros: Baca Baldomero/Echeburua Odriozola/Tamarit Sumalla (Coord.), *Manual de Victimología*, Valencia, 2006.

¹⁹ Dado el tratamiento que la versión original de la LRPM brindaba a la víctima, ésta era considerada como figura marginal, cenicienta del proceso, convidado de piedra: Vásquez González C. “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° II, 2002, Sevilla, p. 172. Se ha dicho también que se trata de un interviniente extraño, difícil de calificar, que constituye un híbrido procesal, que en la práctica ha resultado de nula utilidad por contraproducente: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 212.

en el objetivo principal a perseguir en este cauce, es decir, en el interés del menor”²⁰.

Para otros autores, la regulación original de la posición de la víctima en la LRPM implicaba un quiebre del principio de igualdad de partes, ya que la posición predominante del interés del menor por sobre cualquier otra cuestión lleva al resultado de que se puede hablar de igualdad de partes entre el menor como imputado o acusado y el Ministerio Fiscal como parte acusadora (a la par que institución defensora de los derechos de los menores), pero no entre el menor imputado o acusado y la víctima o perjudicado denunciante, ya que este último tiene, como se ha visto, muy limitada su participación en el procedimiento²¹. En este sentido, se esgrime que la participación de la víctima resulta necesaria como instrumento de control de las facultades discrecionales de archivo, desistimiento y falta de ejercicio de la acción, que en este ámbito se reconocen al Fiscal²².

Igual quiebre del principio de igualdad, pero ahora entre las víctimas, puede observarse en las críticas formulada, entre otros, por Miranda Estrampes²³, toda vez que al permitirse la personación del perjudicado sólo respecto de ciertos delitos cometidos por infractores mayores de dieciséis años, importaría establecer dos categorías o clases de víctimas, salvo que, como señala el mencionado autor, “se estime que los intereses de las víctimas en los delitos cometidos por mayores de dieciséis años son distintos de los que ostentan el resto de las víctimas cuando el delito es cometido por un menor de esa edad”²⁴.

Asimismo se sostiene, que no se puede olvidar que el presupuesto de la intervención viene constituido por la comisión de un hecho delictivo, lo que determina la existencia de una víctima o perjudicado, que en muchas ocasiones es también menor de edad, y a quien no podemos ni debemos preterir. Hay que buscar soluciones que permitan lograr ese difícil equilibrio entre los intereses del menor y los intereses de la víctima, a los que alude también la Recomendación 87/20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil, cuando recomienda “*que se acuerde una atención adecuada tanto a los derechos e intereses de la víctima como del menor*”²⁵.

²⁰ Martín Ostos J. “Aspectos procesales de...”, cit., p.167. En el mismo sentido, Coronado Buitrago M. “La singular posición de la víctima en la justicia de menores, en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993. p. 407.

²¹ Vásquez González C. “La posición de...”, cit., p. 171.

²² Martín Ríos P. “La víctima en el proceso penal de menores español (Especial referencia a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre)”, en *Anuario de Justicia de Menores*, N° VI, Sevilla, 2006. p.59.

²³ Miranda E., Manuel. “La víctima en...”, cit., p. 482.

²⁴ En el mismo sentido, Ormosa Fernández M R. *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 130.

²⁵ Miranda E., Manuel. “La víctima en...”, cit., Pp. 468 y 469

En suma, se sostiene que todos los riesgos que se esgrimen en orden a que la intervención de la víctima mermaría el respeto al interés superior del menor, se atemperarían mediante la concesión a la víctima de la posibilidad de ser parte en el proceso, en lugar de victimizarla nuevamente expulsándola de la resolución de su propio conflicto²⁶, pues con ello se contribuye a la consecución del ideal de Justicia en una de sus múltiples manifestaciones, a través del derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 124 de la C.E. y entendido como posible protección frente a la injusticia: el orden jurídico debe ser expresión formal de ese ideal y los órganos jurisdiccionales deber acercar ese orden jurídico a las personas, sean autores o sean víctimas²⁷.

De una u otra forma, todas las consideraciones antes expuestas, fueron tenidas en cuenta por el legislador español, hasta el punto de permitir en la actualidad la constitución como parte acusadora de cualquier ofendido y en cualquier tipo de delito.

En la vereda contraria, encontramos a quienes se oponen o al menos son partidarios de establecer ciertas limitaciones a la intervención como parte acusadora a la víctima. El punto de partida de los sostenedores de esta posición viene dado ya en la propia Exposición de Motivos de la LRPM al declarar que: *“Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando pruebas, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado, ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor”*.

De esta forma, es el interés del menor el interés preponderante, lo que en el ámbito del sistema penal, dada la calidad de sujetos en pleno proceso de formación y desarrollo de los menores a quienes se aplica, se traduce en que, junto con el carácter de justicia especializada y de reducción de la intervención punitiva, es prioritario propiciar la aplicación de medidas de índole socioeducativa orientadas a la reintegración social del menor infractor, proscribiéndose fines retributivos o de prevención general, por naturaleza antagónicos con el interés superior del menor.

Es decir, no se trata de cualquier enjuiciamiento ni de cualquier enjuiciado, se trata de un enjuiciamiento penal a un menor, y dado que la titularidad

²⁶ Martín Ríos P. “La víctima en...” cit., p. 59.

²⁷ Sanz H., Agata. “La víctima en...”, cit., p. 185.

del *ius puniendi* corresponde al Estado, implica que los particulares no tienen derecho a obtener una sentencia condenatoria de determinado contenido, y como en el proceso penal de menores, a diferencia del de adultos, están en un primer plano, o al menos en un nivel de consideración preferente, las finalidades preventivo especiales, cabe justificar la exclusión de las acciones de los particulares. Desde la perspectiva de la prevención especial, éstos no parecen estar en condiciones de aportar elementos esenciales de cara a la concreción de ésta²⁸. El procedimiento que se establece no tiene una finalidad retributiva, sino lo que se persigue es la recuperación del menor para la sociedad a través de medidas, entendiendo que sí se diera plena entrada al perjudicado, podría empañar la finalidad educativa en interés del menor que debe perseguir este procedimiento, al intentar hacer valer sus intereses personales de ver al menor castigado²⁹.

De esta forma, son las pretensiones de orden vindicativo³⁰, que suelen adjudicarse a la víctima, las que estarían en franca colisión con el interés superior del menor y justificaría su exclusión como parte acusadora³¹. Desde este punto de vista, si la presencia de la víctima no se limita al conocimiento de las actuaciones procesales y a la reparación, sino que además puede instar por la imposición de todo tipo de medidas respecto del menor, la proyección del dolor y la violencia canalizadas en forma de venganza serán las que dirijan la solicitud de las mismas, contraviniendo de esta forma el espíritu y finalidad última de la jurisdicción de menores, esto es, el interés superior del menor³².

Desde otro punto de vista, el reconocimiento de la víctima como parte acusadora, se visualiza como elemento perturbador para el ejercicio del principio de

²⁸ García Pérez O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho Penal de Menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, N I, Madrid, 2002, p. 736.

²⁹ Ventura Faci/Peláez Pérez. *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000, p. 124.

³⁰ La víctima en el proceso penal va a tener una natural tendencia a que la medida aplicable al menor sea lo más aflictiva posible: Ornos Fernández M. R. *Derecho penal de...*, cit., p. 181. En el mismo sentido, Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p.77.

³¹ Se debe tener presente que la actual redacción del art. 8 de la LRPM dispone que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. Basta entonces que el acusador particular mantenga la acusación para que el Juez de menores pueda imponer la medida con el tope máximo de la extensión solicitada: Landrove Díaz G. "La acusación particular en el proceso penal del menor", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas. 1ª ed. 2005, p. 1851.

³² Ríos Martín J. C. "La protección a la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores", en *La ley de responsabilidad penal del menor: Situación actual*. Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, CGPJ, 2005, p. 388. En sentido contrario, se sostiene que ante tanta apariencia de interés vindicativo del ofendido, se olvida que la medida, independientemente de quien la pida, siempre será educativa y se deberá aplicar en cualquier caso con arreglo al principio de proporcionalidad; Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. IAAP, Sevilla, 2002. p. 189.

oportunidad que responde a la orientación que preside la LRPM³³ y afectaría el necesario margen de discrecionalidad en la aplicación de la norma sustantiva y de su ejecución, dado que la intervención de particulares podría llegar a impedir la apertura de vías consensuales de resolución de conflictos³⁴. Asimismo dicha intervención de la víctima podría vulnerar la intimidad y reputación del menor al tener acceso a informes perjudiciales y hace ilusoria la especialización exigible para todos los operadores jurídicos que intervengan en el procedimiento de menores, ya que ella no podría ser predicable con carácter general de quienes pretendieran actuar como acusadores particulares³⁵.

Por otra parte, hay quienes estiman que las razones que impiden al ofendido el ejercicio de la acción penal se fundan en la aparente inimputabilidad del menor, al que no se sanciona con penas³⁶, sino que se le imponen medidas en un procedimiento que, aparentemente también, no tiene finalidad retributiva sino reeducadora, finalidad que se vería dificultada si el ofendido por el delito tuviera la condición de parte procesal acusadora en sentido estricto, que, aparentemente de nuevo, buscaría el castigo afflictivo más que la recuperación del menor³⁷.

Finalmente, en lo que dice relación con la eventual colisión de la primitiva redacción del art. 25 de la LRPM con lo previsto en el art. 125 de Constitución, que consagra la acción popular, cabe indicar que la mayoría de la doctrina descarta tal colisión, pues el propio texto constitucional deja entregado al legislador el definir la forma y los procesos penales en que los ciudadanos pueden ejercer

³³ García Pérez O. "La posición del...", cit., p. 736. En el mismo sentido: Landrove Díaz G. "La acusación particular...", cit., p. 1852; Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 188; Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 476.

³⁴ La previsión de la participación de la víctima puede obstaculizar, actuando como elemento perturbador, las posibilidades de desjudicialización previstas legalmente, como manifestación del principio de oportunidad, especialmente la previsión de desistimiento de la incoación del expediente el art. 18 de la Ley o la petición de sobreseimiento por indicación del equipo técnico (art. 27.4). Puede dificultar o incluso impedir la posibilidad de alcanzar una sentencia de conformidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la Ley: Miranda E Manuel. "La víctima en...", cit., pp. 477 y 484. Se sostiene, sin embargo, por algunos que la actual redacción del art. 4 de la LRPM ha resuelto expresamente el problema planteado en relación con el desistimiento de la incoación del expediente, en el sentido que tal decisión depende en exclusiva del Ministerio Fiscal y no del acusador particular, teniendo el Fiscal sólo la obligación de informar a las víctimas de su derecho a acudir a la vía civil, ya que la penal ha concluido mediante el archivo del expediente: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p.79.

³⁵ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 477. Con mayor detalle en relación a estas razones críticas a la intervención de la víctima como acusador particular: Ríos Martín J. C. "La protección a...", cit., pp. 390 y 391.

³⁶ Teniendo en cuenta los dos grandes modelos de responsabilidad que se conocen en el Derecho penal moderno, en relación con la naturaleza jurídica de las reacciones punitivas previstas para las infracciones penales cometidas por personas menores de edad, se debate si se trata más bien de penas o de medidas de seguridad especiales en atención a los destinatarios del sistema. Sobre el debate acerca de esta discusión en la doctrina española ver: Vásquez González C. *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003, pp. 300 y ss.

³⁷ Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 189.

la acción popular³⁸. Por su parte el Tribunal Constitucional ha resuelto que “resulta así que la Constitución en ese precepto abre a la ley un amplio espacio de disponibilidad, sin precisa limitación, para que en relación con determinados ámbitos jurisdiccionales o tipos distintos de procesos la acción popular pueda, o no, establecerse; y por ello es perfectamente adecuado a dicho precepto constitucional que en determinados procesos no exista tal atención” (FJ 3)³⁹.

De lo expuesto, en nuestra opinión, la exclusión de la víctima como parte acusadora no importa su olvido en el proceso de menores, toda vez que, por una parte, se debe tener presente que corresponde al Ministerio Fiscal promover la defensa de los intereses legítimos de las víctimas y perjudicados por el delito, en coherencia con su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos (art. 124 CE) y de conformidad a lo previsto en el art. 781 LECrim⁴⁰, y por otra y más importante que la anterior, su exclusión como parte acusadora no impide la participación de la víctima en el proceso a través de los mecanismos de conciliación y reparación, toda vez que dado el componente educativo que hay en estos mecanismos, ellos permiten conjugar de mejor manera el respeto tanto de los intereses del menor, como los de la propia víctima, pero compartiendo ambos una orientación común, respetuosa de la finalidad original que animaba a la LRP, de ser una normativa que ante la comisión de hechos delictivos por menores privilegia una respuesta eminentemente educativa. Un Derecho penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho penal de la resocialización, un acto reparador implica no solamente la reparación de la víctima, sino también un acto de arrepentimiento del autor y con ello un paso a la interiorización⁴¹, pues favorece su responsabilización por el hecho cometido, al confrontar las consecuencias de su hecho mediante el reconocimiento de la víctima de los mismos.

Sin embargo, no podemos desconocer la realidad, pues como bien señala la doctrina, el balance que cabe hacer tras las reformas introducidas por la LO 15/2003 y LO 8/2006 en lo relativo a las víctimas de las infracciones cometidas por los menores de edad, es que el legislador parece que ha dejado de considerar prioritario no sólo el superior interés del menor, sino también la finalidad esencialmente educativa de la intervención penal contenida en la LRP, abriendo con ello la puerta a la satisfacción de intereses de naturaleza retributiva, que no están en armonía con los principios y espíritu de un Derecho penal de menores⁴².

³⁸ En el mismo sentido del texto; Sanz H. Agata. “La víctima en...”, cit., p. 188; Vázquez González C. “La posición de...”, cit., p.169.

³⁹ STC 64/199 de 26 de abril.

⁴⁰ Miranda E. Manuel. “La víctima en...”, cit., p. 476.

⁴¹ Giménez-Salinas E. “La mediación en el sistema de justicia juvenil. Una visión desde el derecho comparado”, en *EGUZKILORE CIVCrim*, N°10, San Sebastian, 1996, p. 196.

⁴² Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p.76.

II. 2. Situación procesal de la víctima en la LRPA

Con fecha 7 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial la Ley 20.084 (en adelante LRPA), que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, que entre otras finalidades pretendía establecer una reforma, que según se lee en el Mensaje del proyecto de ley, *“fomentará el sentido de responsabilidad de los adolescentes y permitirá resolver graves conflictos interpersonales, derivados de las infracciones a la ley penal, a través de un sistema de justicia que garantice los derechos de los imputados y de las víctimas”*.

Sin embargo, el referido compromiso de garantizar los derechos de las víctimas no recibe en el articulado de la ley una particular concreción, por lo que el análisis de la posición de la víctima en el tema de responsabilidad penal de menores, necesariamente ha de efectuarse a luz de lo previsto en la normativa aplicable a los adultos⁴³, en virtud de la remisión que efectúa la LRPA a esa legislación⁴⁴.

Como cuestión previa, cabe indicar que el eje del procedimiento de enjuiciamiento penal consagrado en el ordenamiento jurídico chileno está constituido por la garantía del juicio previo, oral y público, con plena vigencia del principio acusatorio, donde la investigación se concibe como una etapa de preparación del juicio, en la que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, tiene la dirección exclusiva de la investigación destinada a comprobar el hecho punible y a recolectar los medios de prueba para respaldar su acusación. Por su parte la función de controlar el respeto a las garantías individuales durante la etapa de investigación ha sido encomendada por la ley al Juez de Garantía. Finalmente queda de manifiesto el carácter acusatorio del sistema con la creación de la figura del defensor público encargado de la defensa de los imputados⁴⁵.

Corresponde asimismo a los fiscales velar por los intereses de la víctima⁴⁶ y a los jueces la obligación de garantizar sus derechos, asimismo se otorga a la

⁴³ Sobre el rol de la víctima en la solución del conflicto penal en el CPP, ver: Carnevali Rodríguez R. *“Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho penal”*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005, Semestre I, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, p. 27.

⁴⁴ Así, en lo relativo a normas de procedimiento, el art. 27 de la Ley 20.084 prescribe que la investigación, juzgamiento y ejecución de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se regirá por las disposiciones contenidas en la presente ley y supletoriamente por las normas del Código Procesal Penal.

⁴⁵ Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, 2002, Santiago, p. 45.

⁴⁶ Conforme a lo previsto en el art. 6 del CPP, el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación de daño causado a la víctima. Igualmente la citada disposición impone a la Policía y demás órganos auxiliares el deber de otorgarle a la víctima un trato acorde a su condición, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir.

víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso que no intervenga como querellante, reconociéndoles un conjunto de derechos, entre ellos: su derecho a ser informada de los resultados del procedimiento (art. 78 letras a y c CPP); a solicitar medidas de protección y cautelares (art. 78 letra b y art. 109 CPP); a ser oída e interponer recursos (art. 109 letras e y f CPP); e incluso a forzar una acusación contra la opinión del fiscal (art.258 CPP).

En lo que dice relación específicamente con el derecho de participación de la víctima en el proceso penal a través del ejercicio de la acción penal, si bien el ministerio público tiene en principio el monopolio de su ejercicio⁴⁷, siempre el ordenamiento procesal chileno ha otorgado a la víctima un rol preponderante en el inicio y persecución penal de ciertos delitos⁴⁸, lo cual se reitera en el actual Código Procesal Penal, permitiéndose a la víctima, a su representante legal o heredero testamentario la posibilidad de interponer querrela (art. 111 CPP), se mantiene entonces la institución del querellante adhesivo o particular para los delitos de acción penal pública o previa instancia particular (art. 261 CPP) y respecto de los delitos de acción penal privada, es la víctima quien promueve y ejerce la acción penal (art.400 CPP), sustituyéndose al Estado en el ejercicio del *ius puniendi* estatal ⁴⁹, estándole vedado al ministerio público intervenir en el procedimiento.

El pleno reconocimiento legal de la víctima como sujeto procesal no es sino concreción del mandato constitucional contenido en el art. 83 inciso 2° CPE, que dispone que: *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*. Como ha destacado nuestra doctrina, con ello se confiere a la víctima la calidad de titular del derecho constitucional al ejercicio de la acción penal en los mismos términos del ministerio público⁵⁰.

El rol protagónico que se confiere a la víctima no se reduce sólo a la posibilidad de constituirse en parte en el proceso a través del ejercicio de la acción penal, sino que además se le confiere el ejercicio de funciones de control sobre las actuaciones del ministerio público. En este sentido, pueden mencionarse como manifestaciones del rol de control por parte de la víctima, entre otras, el que

⁴⁷ El art. 83 de la CPE señala que el Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.

⁴⁸ En el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906 se contemplaba la existencia de delitos de acción penal privada como delitos de acción penal mixta o previa instancia particular y se reconocía la posibilidad a cualquier persona capaz para ejercer la acción penal pública como querellante. Pero como bien indica la doctrina, la incidencia práctica de la acción popular ejercida por terceros ha sido marginal: Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 287.

⁴⁹ Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 287.

⁵⁰ Horvitz Lennon M.I./López Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 287.

ésta puede frente al archivo provisional⁵¹ de los antecedentes por parte del ministerio público, solicitar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación; la de provocar a través de la interposición de la respectiva querrela la intervención del Juez de Garantía y posterior continuación de la investigación, en aquellos casos en que el ministerio público hubiese hecho uso de su facultad de no iniciar investigación⁵²; igualmente podrá oponerse a la decisión del ministerio público de aplicar principio de oportunidad (art. 170 CPP); y finalmente un importante rol de control se le confiere a la víctima respecto de la salida alternativa de Suspensión Condicional del Procedimiento (art. 237 CPP), toda vez que se confiere al querellante el derecho a ser oído por el tribunal antes de decidir sobre la misma y de deducir recurso de apelación respecto de la resolución que se pronuncia acerca de ella.

El intenso reconocimiento del rol de la víctima en el proceso penal de adultos que hemos visto es plenamente trasladable al procedimiento penal de menores, pues dado que la LRPA no regula expresamente esta materia, tiene cabal aplicación la normativa procesal penal de adultos en virtud de la remisión que a dicha normativa efectúa el art. 27 de la LRPA.

En virtud de lo anterior, cobra en nuestro país plena vigencia la discusión en relación a la pertinencia o no de reconocer a la víctima la calidad de sujeto procesal en el proceso de menores, a que hacíamos referencia a propósito de la situación en España. No obstante que nuestra doctrina nacional no ha mostrado mayor atención sobre el punto, somos de opinión negativa a la admisión de la víctima en el proceso de menores en un nivel de equivalencia al ministerio público, por cuanto su legitimación como portador de una pretensión punitiva hace decaer peligrosamente –incluso más que en el ordenamiento jurídico español– la consideración preferente que ha de brindarse al interés superior del adolescente (art. 2 LRPA) y de las finalidades socioeducativas que la LRPA reconoce a la intervención penal (art. 20 LRPA), por cuanto, por una parte, a través del mecanismo del forzamiento de la acusación por parte del querellante, se llega incluso a preterir el interés del menor a favor del interés privado, y por otra, puede implicar un entorpecimiento al ejercicio por parte del ministerio público de mecanismos de desjudicialización o destinados a propiciar una intervención mínima.

⁵¹ De conformidad al art 167 CPP, en tanto no se hubiera producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos

⁵² De acuerdo al art. 168 CPP, en tanto no se hubiera producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado.

III. Derecho de reparación

III.1. Antecedentes previos

A partir de la crisis del modelo tradicional de resolución del conflicto penal y principalmente de la pena como instrumento resocializador, comienza el auge de modelos alternativos⁵³, que ponen el énfasis en la idea de reparación-conciliación en lugar de la pena, en la idea de una justicia negociada en lugar de una impuesta. Estos modelos importan al mismo tiempo un rescate, un resurgimiento del papel de la víctima en el proceso penal, que ponga término al modelo tradicional donde Estado-Autor eran los protagonistas y la víctima la gran ausente⁵⁴.

Para los partidarios de la justicia reparadora, ella significa a menudo invertir los términos y situar a la víctima en un primer plano⁵⁵, lo que en su opinión no conlleva su incompatibilidad con los fines del Derecho penal⁵⁶, pues por una parte la reparación desde el punto de vista preventivo especial se valora como el mejor esfuerzo del autor para reconocer la injusticia cometida y reincorporarse a la comunidad jurídica, además de superar los peligros del tratamiento, ya que es limitada por definición y no consiste en internalizar un modelo y someterse a él, y no presenta ninguna de las desventajas de la privación de libertad⁵⁷, y por otra, también con ella se alcanzan fines preventivos, mediante el restablecimiento de la paz jurídica⁵⁸, que se alcanza en virtud de la voluntad del autor de la infracción de asumir los hechos cometidos y de reparar los legítimos intereses de la víctima, como también de la voluntad de la víctima de aceptar dicha reparación.

⁵³ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 201; Cruz Márquez B. "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y Reparación del daño", en *REPCP*. 07-14 (2005), p.2.

⁵⁴ En palabras de Hirsch, la euforia fijada en la resocialización del autor, de los años sesenta, fue reemplazada, entretanto, por la euforia que recae sobre la víctima: Hirsch H. J. "Acerca de la...", cit., p. 94.

⁵⁵ Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 196.

⁵⁶ Con detalle sobre la relación entre la reparación del daño y fines de la pena, véase por todos: Roxin C. "Fines de la pena y reparación del daño", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992, pp. 129 y ss.

⁵⁷ Maier F., citado por Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 201.

⁵⁸ Giménez-Salinas considera que si bien la mediación-conciliación pertenece indiscutiblemente a la justicia penal, no se sabe si puede inscribirse en la Prevención General, en la Prevención especial o pertenece a las dos, ofreciendo de esta manera una salida independiente al dilema de los objetivos penales antinómicos. Pero junto a los fines clásicos del Derecho penal, es decir, la pena, encaminada al autor o a la colectividad, aparece una nueva función, que sería la llamada "Reconstitución de la paz jurídica": Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 203. Por su parte Sanz Hermida sostiene, que la reparación no se erige como una nueva finalidad del Derecho penal, ni siquiera como una pena o sanción autónoma, sino que viene referida a aquellos mecanismos encaminados a proteger los derechos de la víctima, consistentes en la previsión de incentivos, atenuaciones o exclusiones de pena o medida de seguridad, y dirigidos a los autores y partícipes del hecho delictivo, con el fin de premiar su voluntad de resarcir el daño causado: Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 202.

Pero también y obviamente, para la víctima presenta ventajas, así se sostiene que la medida de reparación es la única medida en la que realmente se tiene en cuenta la opinión y voluntad de la víctima, que tradicionalmente se ha sentido desasistida y que en el marco de la entrevista dentro de un programa de reparación puede poner de manifiesto su indignación, su angustia y al mismo tiempo le ayuda a perder sus temores, pues entra en contacto con el menor infractor y le desdramatiza, rompiéndose con este acercamiento el estereotipo del menor delincuente, de modo que normalmente se siente más escuchada y compensada⁵⁹.

Luego entonces la reparación puede acarrear una reconciliación entre el autor y la víctima, sobre todo cuando ella es llevada a cabo voluntariamente; si esa reconciliación, en el sentido de la prevención integrativa⁶⁰, es premiada por la comunidad, la meta de resolver conflictos por vía de la resocialización se alcanza sin menosprecio⁶¹.

El modelo de justicia reparadora se centra en tres ideas fundamentales⁶²: i) el delito es un conflicto entre individuos que produce un daño a la víctima, a la comunidad y a los propios infractores, siendo la misión del proceso penal reparar todos estos daños; ii) el objetivo es crear paz en la comunidad reconciliando a las partes y reparando los daños ocasionados; iii) el proceso judicial penal debe facilitar la participación activa de las víctimas, los infractores y sus comunidades para encontrar soluciones al conflicto⁶³.

Se entiende que la conciliación es manifestación del principio de oportunidad, en que para el delincuente significa principalmente la posibilidad de sustraerse legalmente del proceso penal, y para la víctima, la compensación inmediata del daño producido, es decir, para los dos implica evitar el procedimiento penal⁶⁴. Para otros, es una manifestación de la concreción del principio de intervención mínima en el Derecho penal juvenil, por cuanto con ella se reconocen efectos a la resolución informal del conflicto, por cauces situados fuera del proceso penal⁶⁵.

Sin embargo, no se trata de instrumentos exentos de críticas, así se denuncia el riesgo de vulneración de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial debido a la escasa transparencia y publicidad de los mismos; la falta de imparcialidad del organismo al que se confían las labores de mediación; la forma de

⁵⁹ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 487.

⁶⁰ Entendida como el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica general se apacigua acerca de la infracción del Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor: Roxin C. "Fines de la...", cit., p. 149.

⁶¹ Roxin C. "Fines de la...", cit., p. 153.

⁶² Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 173.

⁶³ Sobre los principios de la justicia reparadora, véase Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., pp. 196 y ss.

⁶⁴ Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 177; Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 201; Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 275.

⁶⁵ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p.2.

configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerza económica y sociales; o las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven⁶⁶; como asimismo, el riesgo de privatización de la justicia penal, al dejar en manos de los intereses de la víctima y del infractor la configuración de la respuesta sancionadora⁶⁷. Del mismo modo, se advierte el riesgo de afectación de la garantía de la presunción de inocencia que puede entrañar la mediación, pues ante la amenaza de continuación del proceso penal, el menor puede renunciar a defender su inocencia y aceptar participar en la negociación con el objeto de beneficiarse de sus efectos procesales⁶⁸. Por último la brevedad de su duración, que suele señalarse como un aspecto positivo, no es tal, puesto que se trata de un método muy complejo, dilatado y laborioso, requiriendo, a su vez, una infraestructura capaz de dar una salida puntual, ágil y rápida a un potencial supuesto⁶⁹.

No obstante las críticas antes referidas, se sostiene mayoritariamente que la conciliación-reparación, entre víctima-delincuente, o delincuente-víctima, debido a su escaso valor estigmatizante, su alto valor pedagógico, su concepción de medida educativa y su carácter de menor represión, la hace ideal para la Justicia de Menores⁷⁰.

III. 2. Conciliación-Reparación en la LO 5/2000.

La LRPM acogiendo los planteamientos antes mencionados y las sugerencias y recomendaciones contenidas en los textos internacionales sobre la materia⁷¹,

⁶⁶ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 203; Vásquez González C. "La posición de...", cit. p. 178; Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 8, 12 y ss.

⁶⁷ No obstante advertir la existencia del riesgo denunciado, se plantea como respuesta, el que la mediación es un proceso de carácter público y no privado: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 276.

⁶⁸ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 8; Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 157.

⁶⁹ Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 179; Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 202.

⁷⁰ A juicio de Tamarit, entre las ventajas que ofrece el sistema penal de menores en comparación con el sistema de justicia criminal ordinario, se suele aludir a la primacía de los contenidos rehabilitadores de la intervención sobre los retributivos o de prevención general, las mayores garantías de éxito de la mediación en los imputados menores de edad e incluso la mayor disposición de las víctimas y de la sociedad a aceptar una conciliación o una respuesta blanda ante la delincuencia juvenil en comparación con la de adultos: Tamarit Sumalla J. M. "La justicia reparadora...", cit., p. 143. En el mismo sentido: Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 207; Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 486; Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 174. Con mayor detalle sobre las razones que fundamentan la inclusión de los procesos de mediación en el Derecho penal juvenil: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 11 y ss.

⁷¹ La Convención Internacional de los Derechos del Niño en su art 40 b) establece que los Estados Partes adoptarán: "*Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales*". Por su parte, las Reglas de Beijing, en su Regla 11 establecen la posibilidad "*cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes*".

introduce mecanismos de reparación-conciliación en su articulado⁷². Así en la Exposición de Motivos se indica que: *“La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta⁷³ y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más; el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado 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”*.

La LRPM contempla la conciliación-reparación en dos momentos procesales: como mecanismo evitador de la sentencia condenatoria (art 19.1)⁷⁴; y como mecanismo para dejar sin efecto la medida impuesta (art. 51.3).

III. 2.1. La conciliación-reparación como mecanismo evitador de la sentencia condenatoria

El art. 19.1 de la LRPM contempla tanto la conciliación como la reparación como instrumentos cuya aplicación puede conducir al sobreseimiento de la causa en fase de investigación. Como presupuesto común de aplicación se requiere que se trate de delitos menos graves o faltas⁷⁵, y ausencia de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos.

⁷² Con ello, en primer lugar, se trataba de consolidar legislativamente los buenos resultados recogidos en las primeras experiencias restauradoras que se habían puesto en marcha en el sistema anterior; en segundo lugar, porque a través del desarrollo de esta práctica se incorporaba a la víctima al sistema; y en tercer lugar, porque a través de esta opción de política criminal se hacían primar los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 196.

⁷³ Para Cruz Márquez, aunque la Exposición de Motivos aluda al arrepentimiento, su omisión en el texto de la LRPM hace decaer este requisito, incompatible, por otra parte, con una concepción preventiva del Derecho penal, alejada de pretensiones moralizantes: Cruz Márquez B. “La mediación en...”, cit., p.5. Estimam también acertada la omisión aludida, a efectos de no limitar excesivamente la conciliación: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguaado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 159.

⁷⁴ Si bien el art.18 de la LRPM contempla la facultad del Ministerio Fiscal de desistirse de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos castigados según el Código Penal ordinario con penas no superiores a tres años de prisión, que no tengan carácter violento o intimidatorio contra las personas y que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, como indica Tamarit, dado los términos en que aparece configurada esta facultad, difícilmente podrá ser utilizada como una vía de no persecución en casos de mediación o reparación, aun cuando no debe descartarse la posibilidad de que el Ministerio Fiscal atienda al hecho de que se haya producido una reparación con carácter previo a su intervención en el caso y tenga en cuenta este hecho para decidir hacer uso de tal facultad: Tamarit Sumalla J. M. “La justicia reparadora...”, cit., p. 151.

⁷⁵ Son delitos menos graves aquellos que la ley castiga con pena menos grave y faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve, lo cual remite al art 33 apartados 3 y 4 del CP, en el cual se establece un detallado catálogo de las penas calificadas como menos graves y leves.

Además se han de tener en consideración la circunstancias del menor, las que serán valoradas por el equipo técnico (art. 27.3), el que desempeña además la labor de encargado de realizar las funciones de mediador (art. 19.3)⁷⁶, asumiendo la iniciativa de la posible actividad reparadora o de la conciliación con la víctima, cuando entienda que ellas proceden en interés del menor, para lo cual informará al Fiscal con indicación de la finalidad y contenido de la actividad. Este protagonismo del equipo técnico en el diseño de la propuesta reparadora, se ha considerado coherente con lo que proclama la Exposición de Motivos, cuando señala que el interés del menor debe ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas⁷⁷.

Si bien el legislador español no excluye del ámbito de aplicación de la conciliación ni de la reparación supuestos en que se hubiese empleado algún grado de violencia, se ha estimado criticable por un sector de la doctrina, la restricción del sobreseimiento por conciliación o reparación del daño a los supuestos de faltas o delitos menos graves, pues con ello se cierra lamentablemente el paso a un desarrollo de la mediación entre el menor y la víctima orientado a la desjudicialización de supuestos de mediana gravedad⁷⁸.

Por otra parte, tratándose de faltas, se estima que tales casos debieran quedar excluidos del proceso de mediación penal y concluir directamente por sobreseimiento, pues frente a ellas resulta cuestionable por desmedida la puesta en marcha de un procedimiento de mediación dada su intensidad⁷⁹. En este sentido, se advierte por algunos autores el riesgo de producir una superjudicialización de algunas infracciones, que de no existir esta alternativa serían archivadas, ello porque a través de esta posibilidad y atendiendo a que se considera positiva para el menor, en cuanto le responsabiliza y permite tomar conciencia del daño causado, se daría entrada a un mayor número de casos a las instancias judiciales⁸⁰.

⁷⁶ Respecto de la configuración, fases y actividades de los programas de mediación, véanse entre otros: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 24 y ss; Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 279. Ante la ausencia de una regulación formal del sistema o procedimiento de la mediación, se manifiestan partidarios de la necesidad de contar con regulación legal mínima, pero lo suficientemente flexible, a fin de asegurar el respeto de garantías básicas en la ejecución del proceso mediador, como asimismo del contenido del informe a remitir al Fiscal: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 162. Por otra parte, dado el carácter de mediador institucionalizado del equipo técnico, se estima que quizás técnicamente no se pueda hablar de mediación, ya que esta figura está referida a la intervención autocompositiva de un tercero de carácter espontáneo, mientras aquí el equipo aparece como mediador institucionalizado, ni que tampoco se pueda hablar de conciliación en cuanto ésta no es preceptiva en el procedimiento, sino que se opta por su intento en función de criterios de oportunidad reglada centrados en el interés del menor: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 160.

⁷⁷ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 496.

⁷⁸ Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la...*, cit., p. 276. En el mismo sentido: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 18. Para esta autora, es posible, sin embargo, que tratándose de supuestos delictivos de mediana gravedad la mediación desempeñe un papel relevante en el plano de la determinación y ejecución de la medida juvenil.

⁷⁹ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 23.

⁸⁰ Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 199.

Para que opere la conciliación se requiere que el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y que ésta las acepte. En el caso de la reparación se requiere de la existencia de un compromiso por parte del menor para con la víctima o perjudicado de llevar a cabo determinadas actividades ya sea en beneficio de aquellos (reparación directa) o de la comunidad (reparación indirecta), seguida de su realización efectiva⁸¹. Es decir, en ambos supuestos se necesita como presupuesto indispensable de la voluntariedad de las partes para que puedan tener lugar estos mecanismos.

Si bien a primera vista pareciera que el no darse el acuerdo de voluntades aludido significaría el fracaso de la conciliación, para alguna doctrina⁸² si sólo concurre la voluntad del menor, mas no la de la víctima, en orden a aceptar las disculpas o en la fase de ejecución de la reparación, la consideración del interés superior del menor y de la finalidad educativa que inspira al sistema han de conducir igualmente al sobreseimiento de la causa, por entender que en tal caso se está ante un supuesto en que no se ha llegado a conciliación por causas ajenas a la voluntad del menor (art. 19.4)⁸³.

Se ha entendido por algunos autores, que la conciliación como modalidad de satisfacción a la víctima se centra en las disculpas en las que el diálogo menor-víctima adquiere una dimensión pedagógica como mecanismo de solución del conflicto, en cambio, en la reparación, el centro está en el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad (aplicable en los casos de delitos sin víctima personalizada), que debe ir seguido de su efectiva realización⁸⁴, es decir, con la conciliación se incide en la satisfacción moral o psicológica, mientras que en la reparación tiene un contenido material⁸⁵.

Para Cruz Márquez, la diferencia entre conciliación y reparación no viene dada tanto por el carácter psicológico de una y material de la otra, sino más bien por la circunstancia de tratarse de dos modalidades distintas de plantear la solución del conflicto y que tienen en común la realización de un proceso de mediación, constituyendo ese proceso de mediación el elemento esencial de

⁸¹ Frente a la exigencia para proceder al sobreseimiento, que la conciliación y la reparación sean efectivamente realizadas, consideran que se trata de un sobreseimiento bajo condición, al modo de la *probation* anglosajona: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 156. En el mismo sentido: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 196.

⁸² Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 205. En el mismo sentido: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 5.

⁸³ No lo entiende así Fernández Molina, para quien si se admite eludir el consentimiento de la víctima como requisito para poder adoptar el sobreseimiento, se estará negando la esencia misma de la mediación, que no constituye una mera solución anticipada: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 198.

⁸⁴ Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 497.

⁸⁵ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 205; Vásquez González C. "La posición de...", cit., p. 176.

ambas figuras, pues confiere a los involucrados un espacio específico para la atención del conflicto interpersonal, con independencia del resultado concreto obtenido⁸⁶.

A juicio de esta autora, al erigirse como elemento central o esencial de la mediación la posibilidad de ofrecer al menor y víctima un espacio específico para la atención del conflicto interpersonal, se constituye a la voluntad o disposición del menor de participar en estos procesos, en el criterio decisivo para determinar el grupo de menores que presentan características adecuadas para participar en ellos, por sobre consideraciones relativas a la capacidad del menor de asumir responsabilidades (capacidad de disculparse o de reparar), que a pesar de ser un criterio razonable, conlleva el riesgo de excluir de la mediación a aquellos menores que presenten dificultades de socialización o un entorno familiar disfuncional, por cuanto, respecto de ellos el pronóstico en relación a su capacidad reparadora será por lo general negativo⁸⁷.

Por otra parte, la satisfacción de orden psico-emocional para la víctima, presente tanto en la conciliación como en la reparación, en las cuales se tienen en cuenta los intereses de la víctima globalmente considerados y que por tanto puede comprender prestaciones tanto materiales como inmateriales, permite distinguirla de la reparación civil, que aspira a la indemnización de los daños efectivamente causados a la víctima⁸⁸.

En cuanto al reconocimiento de los hechos por parte del menor, se ha estimado que éste no puede ser considerado como una confesión o como un supuesto de allanamiento, sino sólo en el sentido que da lugar a considerar la probabilidad de los hechos reconocidos, en una escala de posibilidad-probabilidad certeza⁸⁹, o simplemente como manifestación de una voluntad de entendimiento con la víctima, a fin de aclarar los términos en que se produce su participación en los hechos⁹⁰. Esto último cobra relevancia en el evento que la reparación no se lleve a efecto por causas atribuibles al menor, pues como en tal caso debe continuarse con la tramitación de la causa, el Ministerio Fiscal al contar con los antecedentes relativos a los compromisos asumidos y de las razones del incumplimiento, es decir, al estar al tanto del reconocimiento de los hechos efectuados por el menor, podría limitar su actuación simplemente a la solicitud

⁸⁶ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 4; Ratifica lo expuesto la circunstancia que de igual forma podrá decretarse el sobreseimiento cuando la conciliación o la reparación no se pueden llevar a cabo por causas no atribuibles al menor.

⁸⁷ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., pp. 19 y 20.

⁸⁸ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 202; Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 6; Giménez-Salinas E. "La mediación en...", cit., p. 201. Ello sin perjuicio de las valoraciones que en el ámbito de la reparación civil, se tengan en cuenta las prestaciones efectuadas por parte del menor como consecuencia del compromiso acordado en virtud de la mediación penal.

⁸⁹ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p.208.

⁹⁰ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 9.

de determinada medida, pues en virtud de tal reconocimiento se podría estimar que se tiene por establecida la participación y culpabilidad del menor en los hechos atribuidos, de modo entonces que no entender el reconocimiento de los hechos efectuado por el menor en el ámbito de la conciliación o reparación, en el sentido antes indicado, podría conducir a una vulneración de la presunción de inocencia y del derecho a no declararse culpable⁹¹.

Cumplida la conciliación o los compromisos asumidos por el menor para con la víctima o perjudicado o cuando una u otra no puedan llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por terminada la instrucción y solicitará al Juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones (art. 19.4).

III. 2. 2. La conciliación y reparación como mecanismo para dejar sin efecto la medida impuesta.

De conformidad con el art 51.3 de la LRPM, la conciliación del menor con la víctima en cualquier momento que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el art. 19 de la LRPM, podrá dejar sin efecto la medida impuesta, cuando el Juez estime que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Para algún sector de la doctrina como la disposición referida sólo alude expresamente a la conciliación, quedaría excluida del ámbito de aplicación de esta disposición la reparación⁹². Sin embargo para otros resulta conveniente interpretar el término conciliación a que se refiere el art. 51.3 de la LRPM en sentido amplio, entendiéndolo como mediación entre ambas partes, independiente de la forma concreta que ésta adopte, e incluir también la reparación del daño, en consonancia con la alusión legal expresa al acuerdo alcanzado entre menor y la víctima en el marco del art. 19.1 de la LRPM, pues no entenderlo así contradice el principio de atención al interés superior del menor, en tanto niega todo valor a la voluntad de reparar el daño manifestada por éste⁹³.

⁹¹ El reconocimiento de los hechos no es una confesión o declaración incriminatoria de los hechos imputados, en tanto que tampoco la actividad mediadora es un medio de investigación o tiene efectos probatorios anticipados o preconstituídos: Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 167. En el mismo sentido: Fernández Molina E. *Entre la educación...*, cit., p. 202. Cruz Márquez igualmente destaca la necesidad de asegurar una serie de garantías a la víctima en el proceso de mediación, a fin de evitar que la insistencia en las ventajas que ofrecen estos mecanismos para la consecución del interés superior del menor, comprometan su participación en un proceso de este tipo: Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p.10.

⁹² Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 214.

⁹³ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 11; En el mismo sentido: Díaz-Maroto y Villarejo/Feijoo Sánchez/Pozuelo Pérez. *Comentarios a la ...*,cit., p. 481.

A diferencia de la conciliación que tiene lugar en la fase de instrucción, el art 51.3 no restringe su ámbito objetivo de aplicación a determinados delitos, con el cual se extiende considerablemente su campo de aplicación, superándose con ello las críticas que respecto de este punto se formulan a la conciliación en la fase de instrucción⁹⁴. Cabe indicar también que en el ámbito del art 51.3, la promoción de la solución conciliadora, que en la instrucción aparece encomendada en régimen de exclusividad al equipo técnico, aquí se confía al propio Fiscal, o en régimen de alternativa a la defensa del menor, o además, a la institución encargada de la ejecución de la medida⁹⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio, sí resulta criticable que los efectos de la conciliación en la fase de cumplimiento de la medida queden condicionados a la consideración del tiempo de ejecución efectiva de la medida, pues ello importa la consideración de fines retributivos o de prevención general que van en desmedro de la protección del interés superior del menor⁹⁶.

Cumplidos los requisitos del art 51.3 el Juez de menores dejará sin efecto la medida impuesta. En opinión de Sanz Hermida, el mencionado efecto llevaría a excluir en principio la posibilidad de sustituir la medida impuesta por otra menos gravosa para el menor, de modo que la decisión jurisdiccional se habría de debatir entre "el todo o nada", lo que a juicio de esta autora parece una interpretación excesiva, por lo que eventualmente cabría que el órgano jurisdiccional sustituyera esta medida por otra menos gravosa o redujera la duración de la impuesta⁹⁷.

III. 3. Conciliación-reparación en la LRPA.

La LRPA, se refiere expresamente a la reparación del daño sólo como sanción (art. 10), omitiendo toda referencia expresa a ella y a la conciliación, como formas alternativas de resolución del conflicto, tampoco contiene referencia alguna a ellas en fase de ejecución de la sanción. Sin embargo, lo anterior no implica que el articulado de la ley no pueda dar cabida a ellas en fase de investigación o de cumplimiento.

⁹⁴ Cruz Márquez B. "La mediación en...", cit., p. 18.

⁹⁵ Mapelli Caffarena/González Cano/Aguado Correa. *Comentarios a la...*, cit., p. 169.

⁹⁶ Por otra parte, desde un punto de vista práctico nos parece que representa un desincentivo para la aplicación del art 51.3 la exigencia adicional de que el tiempo cumplido de la medida exprese suficientemente el reproche que merecen los hechos, por cuanto ese sólo criterio, conforme a lo dispuesto en el art 13.1, permite al Juez dejar sin efecto, reducir la duración o sustituir la medida impuesta.

⁹⁷ Sanz H. Agata. "La víctima en...", cit., p. 216. Para Miranda Estrampes, siguiendo a Coronado Buitrago, la reparación como condicionante de la suspensión del fallo se asemeja bastante a una nueva medida, de tal forma que se configura legalmente como una sustitución de medidas; la sustitución de una, la adoptada en la resolución, que normalmente será más grave, por otra, que es aquella actividad en la que va a consistir la reparación: Miranda E. Manuel. "La víctima en...", cit., p. 493.

III. 3. 1. Conciliación-reparación en la fase de investigación.

Como decíamos, la LRPA no contempla en forma expresa a la mediación ni la reparación del daño como mecanismos alternativos de la resolución del conflicto penal capaces de evitar la dictación de la sentencia. Sin embargo, a través de salidas alternativas al procedimiento previstas expresamente a propósito del procedimiento penal de adultos⁹⁸ y aplicables al proceso de menores, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la LRPA, resulta posible brindar acogida a la mediación penal, nos referimos a los acuerdos reparatorios (art. 241 CPP)⁹⁹ y a la Suspensión Condicional del Procedimiento (art. 237 CPP)¹⁰⁰.

El acuerdo reparatorio consiste esencialmente en un acuerdo entre imputado y víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue y que aprobado por el juez y cumplida la prestación, acarrea el sobreseimiento definitivo (art. 242 CPP). Desde un punto de vista objetivo el legislador chileno ha limitado la procedencia de este mecanismo sólo respecto de aquellos delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial¹⁰¹, o consistan en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

El juez de garantía podrá negar su aprobación al acuerdo convenido, cuando éste versare sobre delitos diversos a los referidos, o cuando el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado o cuando existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, entendiéndose el legislador que concurre este interés público prevalente cuando el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular

En cuanto al contenido de la reparación, ésta no sólo puede consistir en el pago de una suma de dinero, sino que también puede consistir en otro tipo de prestaciones por parte del imputado, incluso una reparación simbólica a

⁹⁸ Sobre la mediación en el sistema penal ordinario en Chile ver: Díaz Gude A. "La experiencia de la Mediación Penal en Chile", en *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9 (julio 2010) art. 1, p.1-67, disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1.pdf.

⁹⁹ Cabe indicar que el Proyecto de Ley del Ejecutivo autorizaba la celebración de acuerdos reparatorios sin establecer limitaciones en cuanto a su procedencia.

¹⁰⁰ A propósito del sistema penal de adultos Carnevali cuestiona la inclusión de la Suspensión Condicional del Procedimiento como una manifestación de la mediación penal, en atención a que el rol de la víctima no resulta determinante para resolver su procedencia y de que se trata de una salida que requiere como fundamento de legitimación la voluntad del imputado, el que debe soportar determinadas cargas de carácter sancionatorio: Carnevali Rodríguez R. "Las políticas de orientación...", cit., p.33. En sentido contrario, Díaz Gude A. "La experiencia de la...", cit., p. 51.

¹⁰¹ A juicio de la doctrina nacional, con la alusión a bienes jurídicos disponibles la ley abrió el camino para una interpretación progresiva de este término de modo de favorecer una ampliación paulatina de casos susceptibles de acuerdo reparatorio: Horvitz Lennon M.I./Lopez Masle J. *Derecho Procesal Chileno*, cit., p. 571

satisfacción de la víctima, o en la realización de determinadas acciones a favor de ésta o de la colectividad¹⁰².

A pesar que el ordenamiento jurídico chileno no impide la realización de acuerdos reparatorios tratándose de adolescentes, y por ende se constituyen en una vía válida para introducir la mediación como mecanismo de resolución de conflicto, en nuestra opinión hubiese sido del todo deseable su regulación expresa por parte del legislador en el ámbito de la responsabilidad penal juvenil a objeto de que ellos se conformasen de mejor manera con los objetivos de la intervención penal en esta área, toda vez que creemos que el diseño que presentan los acuerdos reparatorios en el sistema de adultos mira más bien a esta herramienta como un mecanismo utilitario necesario para la descongestión del sistema penal y no tanto como un espacio de diálogo, que posibilite el reencuentro imputado-víctima, ya que por sobre esa posibilidad de reencuentro en dicho diseño siguen prevaleciendo finalidades preventivas generales, que pueden obstaculizar su procedencia, como es la consideración del interés público prevalente, interés que en el ámbito de la justicia juvenil debiese ceder frente al interés superior del menor, entendido como principio orientado a optimización de sus derechos.

Asimismo estimamos que con la omisión de una regulación expresa de este mecanismo en el articulado de la LRPA, se dejó pasar la ocasión de posibilitar la aplicación de los acuerdos reparatorios y por ende de la mediación a delitos más graves respecto de los cuales la experiencia comparada ha demostrado que la mediación se comporta como un medio eficaz de resolución del conflicto penal.

En relación con la voluntariedad, cabe mencionar que nuestra legislación junto con imponer al juez la obligación de velar porque dicho consentimiento se hubiese prestado libremente, consagra además el principio de la confidencialidad del mediador, pues queda prohibido invocar, dar lectura, ni incorporar como medio de prueba en el juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, rechazo o revocación de un acuerdo reparatorio (art. 335 CPP).

La segunda vía para aplicar la mediación como alternativa al proceso, es la Suspensión Condicional del Procedimiento (art. 237 CPP), que es un mecanismo que permite a los fiscales del ministerio público, con acuerdo del imputado y con la aprobación del juez de garantía, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumplen ciertos requisitos y se satisfacen determinadas condiciones fijadas por el juez, y que el imputado deberá cumplir dentro de un plazo de observación que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.

¹⁰² En ese sentido Instructivo N° 34 del Fiscal Nacional, 2000.

Como requisitos de procedencia de la Suspensión Condicional del Procedimiento se establece que la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años de privación de libertad y que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Asimismo se impone al juez el deber de verificar no sólo la concurrencia de los requisitos antes descritos, sino además que el acuerdo del imputado se haya prestado libre y voluntariamente.

Cumplidas satisfactoriamente la o las condiciones fijadas por el juez durante el plazo de suspensión, esto es, sin que ella fuere revocada¹⁰³, se produce la extinción de la acción penal de pleno derecho, debiendo el juez de oficio o a petición de parte dictar el sobreseimiento definitivo (art. 240 CPP).

Entre las condiciones que se pueden imponer al imputado en el marco de la Suspensión Condicional del Procedimiento y que permitirían dar cabida a la mediación, está el pagar una determinada suma a título de indemnización de perjuicios a favor de la víctima (art. 238 letra h CPP), o la imposición de otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto de que se trate y fuere propuesta fundadamente por el ministerio público (art.238 letra h CPP).

Ahora bien y en relación al presupuesto objetivo de aplicación de la Suspensión Condicional del Procedimiento, que dice relación con la exigencia que la pena que pudiere imponerse no exceda de tres años, cabe señalar que se ha entendido que se trata de pena concreta, con lo cual su ámbito de aplicación tratándose de adolescentes es relativamente mayor que en el caso de adultos, por cuanto, de conformidad con lo previsto en el art. 21 de la LRPA, para establecer la duración de la sanción que deba imponerse a un menor entre catorce y dieciocho años, el tribunal deberá aplicar la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito correspondiente¹⁰⁴. En virtud de lo anterior, resulta posible dar cabida a la mediación respecto de delitos de mediana gravedad e incluso graves cometidos por infractores ocasionales y que no pueden acceder a la mediación por la vía de acuerdos reparatorios.

Del mismo modo y en los mismos términos que en los acuerdos reparatorios se consagra el principio de confidencialidad.

¹⁰³ La ley contempla dos causales de revocación de la suspensión condicional del procedimiento: cuando el imputado fuere objeto de una nueva formalización por hechos distintos a los que fueron materia del acuerdo, o cuando el imputado incumpliere grave, reiterada e injustificadamente las condiciones impuestas por el juez de garantía (art. 239 CPP).

¹⁰⁴ En el mismo sentido: Díaz Gude A. "La experiencia de la...", cit., p. 51; Couso Salas J. *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084*, Documento de Trabajo N° 12, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, 2008.

Sin embargo, como contrapartida cabe mencionar que el plazo de observación resulta excesivamente largo, tratándose de criminalidad leve, toda vez que respecto de ese tipo de delitos la eventual sentencia condenatoria puede durar mucho menos tiempo e incluso puede disponerse la suspensión de su ejecución (art. 41 LRPA), lo cual representa un desincentivo para la aplicación de esta salida alternativa.

Por otra parte, de las dos alternativas que ofrece la Suspensión Condicional del Procedimiento, estimamos que la que resulta más apropiada para desarrollar procesos de mediación es aquella que consiste en la imposición de otra condición que resulte adecuada en consideración con las circunstancias del caso concreto, pues la indemnización de perjuicios a la víctima, se acerca más a la reparación civil que a la construcción de un espacio de diálogo entre víctima e imputado que permita restaurar las relaciones dañadas con el delito y el retorno del infractor a la comunidad.

III.3.2. Reparación del daño como sanción.

Como señalábamos anteriormente, la única referencia expresa de la LRPA a la reparación del daño lo es como sanción, de acuerdo a su art. 10, ella consiste en la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio remunerado en su favor, siendo necesario en este último caso la aceptación previa del condenado y de la víctima¹⁰⁵.

Cabe tener presente que el ámbito objetivo de delitos que pueden ser objeto de esta sanción está constituido por aquellos en que la pena a aplicar no supera los 540 días de privación de libertad (art. 23 N°s 4 y 5). Es decir, esta sanción está orientada principalmente a la criminalidad leve o de mediana gravedad ocasional.

No obstante el tenor de la disposición que estipula la reparación del daño como sanción, a nuestro juicio, el ámbito en el que realmente puede darse un proceso de mediación es aquel en que la reparación del daño consiste en la prestación de un servicio remunerado a favor de la víctima, ello por cuanto la reparación consistente en una prestación en dinero o en la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción, tanto desde un punto de vista sustantivo como práctico, no ofrece las condiciones adecuadas para realizar una mediación penal.

¹⁰⁵ La reparación del daño como sanción penal autónoma aplicable a los menores ha merecido críticas de diversos autores, que consideran que supone una seria amenaza para la voluntariedad propia de la mediación reparadora: Tamarit Sumalla J. M. "La justicia reparadora...", cit., p. 148, pp.29.

En efecto, la prestación en dinero o la restitución de la cosa en el diseño del legislador más bien apuntan a una reparación civil, con escaso contenido educativo y no a la creación de un espacio de encuentro entre imputado-víctima en orden a superar el conflicto penal, tanto así que el legislador respecto de esta modalidad de reparación no exige como condición de ella la aceptación previa del imputado ni de la víctima, elemento a nuestro juicio indispensable para poder estar en presencia de una verdadera mediación penal, por cuanto la acción reparadora no puede ser entendida sin considerar y valorar los legítimos intereses de la víctima, ya que es ella la que debe ser reparada, como tampoco desconocer la voluntad reparadora del menor. En suma la prestación en dinero o la restitución de la cosa es más propia de una sanción impuesta que de una medida acordada¹⁰⁶.

Desde un punto de vista práctico, tampoco la reparación del daño como sanción consistente en la entrega de una prestación en dinero o en la restitución de la cosa objeto del delito, resulta una pena que pueda tener una aplicación significativa, ello por cuanto de ser factible la prestación en dinero o restitución de la especie, ellas podrían haber operado en forma previa como salida alternativa al procedimiento, ya sea bajo la forma de acuerdo reparatorio o de Suspensión Condicional del Procedimiento, evitando con ello el efecto de por sí estigmatizante de toda condena.

En la reparación del daño que consiste en la prestación de un servicio remunerado a favor de la víctima, en la cual sí podría tener lugar un proceso de mediación, cabe tener en consideración, que como sanción se encuentra subordinada, a nuestro juicio, a los fines específicos que la LRPA atribuye a dicha consecuencia jurídica, los que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 20 de la LRPA no son otros que hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.

Lo anterior implica que el contenido del proceso de mediación ha de estar condicionado al logro de las finalidades que la LRPA asigna a las sanciones. En este sentido pareciera, a nuestro juicio, que el legislador chileno optó por dar primacía en el contenido del acto reparador, al efecto rehabilitador por sobre el restaurativo, por cuanto se busca poner el énfasis en lograr que la reparación implique un proceso de aprendizaje por parte del adolescente que le permita adquirir competencias sociales que le lleven a empatizar con la víctima, más que en los intereses reales de esta última¹⁰⁷.

¹⁰⁶ En este sentido Tamarit advierte que una visión en clave economicista de la reparación debe ser evitada, a objeto de salir al paso de las frecuentes acusaciones de monetarización de la responsabilidad criminal que supone la introducción de formas de justicia reparadora en el ámbito penal: Tamarit Sumalla J. M. "La justicia reparadora...", cit., p. 156.

¹⁰⁷ En el borrador para la discusión de las Orientaciones Técnicas de los Programas para la ejecución de la sanción de reparación del daño, elaboradas por el Servicio Nacional de Menores, se dice que

III.3.3. Conciliación-reparación en fase de ejecución.

Si bien la LRPA no lo señala expresamente, en la fase de cumplimiento de la sanción impuesta, la mediación penal puede tener cabida a través ya sea del proceso de sustitución de condena, ya a través de la remisión de la misma.

En virtud del procedimiento de sustitución de condena, el Tribunal encargado del control de la ejecución de la sanción, de oficio o a petición del adolescente o de su defensor, podrá sustituirla por una menos gravosa, en tanto ello parezca más favorable para la integración social del infractor. Asimismo se dispone que a la audiencia respectiva pueda asistir, entre otros, la víctima (art. 53 LRPA).

En lo que respecta a la remisión de condena, el tribunal podrá remitir el cumplimiento del saldo de condena, cuando en base a antecedentes calificados considere que se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición (art. 55 LRPA). Al igual que en el caso anterior a la audiencia respectiva también podrá asistir la víctima.

Presupuesto común para la aplicación de ambos mecanismos es la consideración preferente por el logro de los fines preventivos especiales, y sin duda a dicho logro puede contribuir eficazmente el proceso de mediación penal. Lo anterior, entendemos, condiciona la orientación que ha de tener la intervención de la víctima en esta fase, proscribiéndose la participación de una víctima que pretenda la satisfacción de intereses de orden vindicativo o retributivo o que abogue por la primacía de fines preventivos generales.

Si bien es cierto que se puede sostener que la mediación en esta etapa llega demasiado tarde, cabe resaltar como contrapartida que a diferencia de lo que ocurre en las fases anteriores, en esta etapa no existen limitaciones en cuanto al tipo de delitos respecto de los cuales puede tener lugar el proceso de mediación, con lo cual la conciliación-reparación puede desplegar su eficacia en toda aquella gama de delitos excluidas de las fases previas¹⁰⁸.

IV. Conclusiones

De lo expuesto, en nuestra opinión, en relación con el derecho de participación de la víctima en los sistemas penales juveniles, somos de opinión negativa a

¹⁰⁸ En el contexto de esta sanción, la habilitación social se traduciría en el desarrollo de habilidades para resolver conflictos de manera pacífica, la capacidad de identificar cognitivamente posturas e intereses divergentes a la suya, tolerancias a ciertos grados de frustración, asertividad, flexibilidad cognitiva, etc.". SENAME, Santiago noviembre de 2006, p. 8.

¹⁰⁹ La única limitación de carácter objetivo que se contempla es que en caso alguno podrá sustituirse la internación en régimen cerrado por la sanción de reparación del daño.

la admisión de la víctima en el proceso de menores en un nivel de igualdad al Ministerio Público, por cuanto su legitimación como portador de una pretensión punitiva hace decaer peligrosamente la consideración preferente que ha de brindarse al interés superior del adolescente, por cuanto, por una parte, a través del mecanismo del forzamiento de la acusación por parte del querellante, se llega incluso a postergar el interés del menor a favor del interés privado, y por otra, puede implicar un entorpecimiento al ejercicio por parte del Ministerio Público de mecanismos de desjudicialización o destinados a propiciar una intervención mínima.

Lo anterior no importa el olvido de la víctima en el proceso de menores, ya que por una parte se debe tener presente que corresponde al Ministerio Público promover la defensa de los intereses legítimos de las víctimas y perjudicados por el delito, y por otra, con ello no se está impidiendo la participación de la víctima en el proceso a través de los mecanismos de conciliación y reparación, toda vez que dado el componente educativo que hay en estos mecanismos, ellos permiten conjugar de mejor manera el respeto, tanto de los intereses del menor, como de los de la propia víctima, pero compartiendo ambos una orientación común, respetuosa de la finalidad original que inspira a la LRPA, de ser una normativa que ante la comisión de hechos delictivos por menores privilegia una respuesta eminentemente educativa.

Por último cabe señalar que si bien la LRPA, brinda espacios para la mediación penal, estimamos que la ausencia de una regulación expresa de la misma, principalmente en fase previa a la dictación de la sentencia, le resta reales posibilidades de aplicación, privándose con ello al sistema penal de adolescentes de un mecanismo de resolución de conflictos idóneo, tanto para la concreción de los principios de intervención mínima de carácter socioeducativo, como de respeto por los intereses reales de la víctima, los que obviamente van mucho más allá del reconocimiento de una prestación indemnizatoria.

Bibliografía

BACA BALDOMERO/ECHEBURUA ODRIOZOLA/TAMARIT SUMALLA (Coord.), *Manual de Victimología*, Valencia. 2006.

CARNEVALI RODRÍGUEZ R. "Las políticas de orientación a la víctima examinadas a la luz del Derecho penal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI-2005, Semestre I, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005.

CORONADO BUITRAGO M. "La singular posición de la víctima en la justicia de menores, en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.

COUSO SALAS J. *La política criminal para adolescentes y la Ley 20.084*, Documento de Trabajo N°12, Unidad de Defensa Penal Juvenil, Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, 2008.

CRUZ MÁRQUEZ B. "La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: Conciliación y Reparación del daño", en *RECPC*. 07-14 (2005).

DÍAZ GUDE A. "La experiencia de la Mediación Penal en Chile", en *Política Criminal*, Vol. 5, N° 9, julio, 2010.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJOO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ. *Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Civitas, Navarra, 2008.

ESER A. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992.

Fernández BERMEJO M. "La mediación como solución alternativa al proceso y su significación respecto de la víctima", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal* N° II, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ MOLINA E. *Entre la educación y el castigo. Un análisis de la justicia de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCIA PÉREZ O. "La posición del menor y el perjudicado en el Derecho Penal de Menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, N I, Madrid, 2002.

GIMÉNEZ-SALINAS E. "La mediación en el sistema de justicia juvenil. Una visión desde el derecho comparado", en *EGUZKILORE CIVCrim*, N°10, San Sebastian, 1996.

HERRERA MORENO M. *La hora de la víctima. Compendio de de victimología*. Edersa, 1996.

HIRSCH H J. "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992.

HORVITZ LENNON M.I./LOPEZ MASLE J. *Derecho Procesal Chileno*, T. I. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

LANDROVE DÍAZ G. "La acusación particular en el proceso penal del menor", en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Civitas. 1ª ed. 2005.

MAIER JULIO B. J. "La víctima y el sistema penal", en *De los delitos y las víctimas*, Ad hoc, Córdoba, 1992.

MAPELLI CAFFARENA/GONZÁLEZ CANO/AGUADO CORREA. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*. IAAP, Sevilla, 2002.

MARTIN OSTOS J. "Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores", en AA.VV: *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996.

MARTIN RIOS P. "La víctima en el proceso penal de menores español (Especial referencia a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre)", en *Anuario de Justicia de Menores*, N° VI, Sevilla, 2006.

MIRANDA E. MANUEL. "La víctima en el proceso de reforma de menores", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, II, 2000.

ORNOSA FERNÁNDEZ M. R. *Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, 2001.

ORIENTACIONES TÉCNICAS DE LOS PROGRAMAS PARA LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN DE REPARACIÓN DEL DAÑO. SENAME, Santiago, noviembre, 2006.

SANZ H. AGATA. "La víctima en el proceso penal de menores", en *Anuario de Justicia de Menores*, N° 1, Sevilla, 2001.

RÍOS MARTIN J. C. "La protección a la víctima como coartada legal para el incremento punitivo en la legislación de menores infractores", en *La ley de responsabilidad penal del menor: Situación actual*. Cuadernos de Derecho Judicial, XXV, CGPJ. 2005.

ROXIN C. "Fines de la pena y reparación del daño", en *De los delitos y las víctimas*. Ad hoc, Córdoba, 1992.

TAMARIT SUMALLA J. M. "La justicia reparadora en el sistema penal de menores" en *Derecho penal y psicología del menor*, Universidad de La Laguna 2007, Comares, Granada, 2008.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ C. *Delincuencia Juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Colex, Madrid, 2003.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ C. "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° II, Sevilla, 2002.

VENTURA FACI /PELÁEZ PÉREZ. *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad de los menores. Comentarios y jurisprudencia*. Colex, Madrid, 2000.