

HACIA UNA HUMANIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL: LA
MEDIACIÓN EN LA JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOLA. PRINCIPIOS
Y ÁMBITO APLICATIVO EN LA LO 5/2000, REGULADORA DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

TOWARDS A HUMANIZATION OF CRIMINAL JUSTICE: THE
MEDIATION IN SPANISH JUVENILE JUSTICE. PRINCIPLES AND
APPLICATION FIELD IN THE LO 5/2000 ABOUT THE CRIMINAL
LIABILITY OF MINORS

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 142-167



Asunción
COLÁS
TURÉGANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 24 de marzo de 2015

RESUMEN: En el trabajo se realiza un estudio de las posibilidades de justicia restaurativa en el Derecho penal juvenil español. Se realiza un análisis de las características y principios de la institución así como de su compatibilidad con los fines y garantías del derecho penal. Por último se lleva a cabo un análisis crítico de la regulación vigente contenida en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

PALABRAS CLAVE: Derecho penal de menores, mediación penal juvenil, principios penales, víctima.

ABSTRACT: Study of the possibilities of restorative justice in the Spanish juvenile criminal law. An analysis of the characteristics and principles of the institution and its compatibility with the principles and guarantees of criminal law. Finally performed a critical analysis of current regulations contained in the LO 5/2000 about the criminal responsibility of minors.

KEY WORDS: Juvenile criminal law, juvenile criminal mediation, criminal principles, victim.

SUMARIO.- I. Consideraciones preliminares.- II. Normativa internacional.- III. Concepto, características y principios rectores de la mediación juvenil.- IV. Compatibilidad con los fines y principios del derecho penal.- V. Marco normativo.- 1. Antecedentes. L.O. 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores.- 2. Regulación vigente. L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.- A) Mediación en fase de investigación.- B) Mediación en fase de ejecución.- VI. Recapitulación y conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Resulta un tanto paradójica la actual situación de la justicia de menores, influenciada por dos corrientes ideológicas claramente contrapuestas. Por un lado estamos asistiendo a un neo retribucionismo presente en todas las reformas de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORRPM) que ha llevado a un endurecimiento progresivo de la respuesta frente a los casos de delincuencia juvenil¹.

Sin embargo, por otra parte, respetando el espíritu original de la ley, encontramos en su texto y en la aplicación que de la misma se hace una apelación al paradigma de la justicia restaurativa y a sus fórmulas: mediación, conciliación, reparación, para tratar de resolver conflictos y problemas que en muchos casos tienen más contenido social que estrictamente penal. Es llamativo como ambas corrientes tienen un origen similar pues están directamente relacionadas con el impulso de los movimientos victimológicos que reivindican recuperar el protagonismo que las víctimas del delito habían perdido en el sistema penal².

Como de manera contundente ha venido denunciando la doctrina, la reciente historia del derecho penal de menores desde la aprobación de la nueva ley en enero de 2000, ha estado protagonizada por una sucesión de reformas en clave punitiva

-
- 1 Algunas de ellas incluso antes de que la ley entrara en vigor en enero de 2001. Un mes antes, en diciembre del año 2000 se aprueban las LO 7 y 9/2000 de diciembre que supusieron un primer giro retributivo. Posteriormente se volvió a reformar en el año 2003 para introducir la posibilidad de acusación particular, LO 15/2003. La última reforma se aprobó a finales del año 2006, LO 8/2006. Esta última supuso un endurecimiento general de las medidas, así como de la sumisión a un régimen cada vez más similar al de adultos, especialmente, si bien no de forma exclusiva, respecto a los hechos de mayor gravedad.
 - 2 Fenómeno que ha sido subrayado, entre otros, por: FERREIROS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Madrid, (2011); Dykinson, pp. 71-72.

• Asunción Colás Turégano

Asunción Colás Turégano es Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia, en enero de 1996 defendió su Tesis Doctoral dirigida por el profesor D. Tomás Vives Antón sobre los problemas de constitucionalidad planteados por los delitos contra el medio ambiente. Desde 1993 imparte clases de Derecho penal en la Universidad de Valencia, siendo profesora titular de derecho penal desde enero de 1999. Ha participado en diferentes proyectos de investigación y tiene monografías y artículos científicos en materias como protección penal del medio ambiente, delincuencia juvenil, diversidad cultural, derechos de la mujer, derecho a la imagen. Correo electrónico: asuncion.colas@uv.es.

guiadas, muchas de ellas, por la intención de hacer frente a una opinión pública alarmada por una serie de hechos delictivos puntuales realizados por menores de edad, de indudable gravedad, pero ciertamente esporádicos. Detrás de todo ello, los espurios intereses de formaciones políticas de todo signo empeñadas en contentar las ansias vengativas de la sociedad en general y, de manera específica, las de los colectivos de víctimas, desgraciadamente mal informados por ciertos medios de comunicación. No es más que una nueva manifestación de la criticable utilización simbólica del derecho penal³.

Frente a dicha corriente y de acuerdo con lo que constituye el espíritu más genuino de la justicia de menores, la nueva ley supuso un cambio fundamental en la justicia juvenil al colocar en el centro del sistema las ideas de responsabilidad y de reeducación, sobresaliendo de manera especial esta última. Lo que fundamentalmente pretende la justicia de menores es la reeducación del menor buscando dicho efecto, tanto durante la tramitación del proceso, como mediante la ejecución de las medidas previstas en el texto, caracterizadas todas ellas por su intenso contenido educativo. Precisamente, en este marco de principios sobresale la posibilidad de acudir a fórmulas restaurativas inspiradas en el principio de proporcionalidad y su exigencia de intervención mínima, lo que en el ámbito procesal del menor se ha traducido en la admisión de fórmulas de desjudicialización basadas en el principio de oportunidad reglada.

El estudio y análisis del tratamiento de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal de menores resulta de especial interés al tratarse del único ámbito, dentro de la justicia penal en el que la materia se encuentra legislada en España. Es cierto que en el momento actual estamos viviendo un apogeo de la justicia restaurativa en diferentes ramas del ordenamiento jurídico, también en el derecho penal, aunque ha habido experiencias en el ámbito de la justicia penal adulta, ni el código penal ni la ley procesal contemplan una regulación concreta, por lo que ha sido al margen de dichos marcos normativos y aprovechando las distintas fórmulas que en ellos se contemplan que se ha propiciado la solución de determinados conflictos penales de una manera más humanizada que mediante la justicia convencional.

Sin embargo, la ley penal del menor sí contempla de forma particular una regulación de fórmulas restaurativas con diferente alcance. En concreto las posibilidades de acudir a esta manera de resolución del conflicto penal se concreta en dos momentos, el primero recogido en el art. 19 LORRPM, por el que se permite

3 La cuestión ha sido abordada en dos trabajos anteriores: COLÁS TURÉGANO, A.: "La introducción de la "lógica de la seguridad" en el Derecho penal español de menores. La influencia de los medios de comunicación", en AAVV. *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho* (Dir. por CERVELLO DONDERIS, V. y ANTÓN BARBERÁ F.). Valencia (2012): Tirant lo Blanch, pp.209-230. COLÁS TURÉGANO, A.: "La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP 2011, 287)". *Revista boliviana de derecho* (2015), núm.19, pp.726-747.

al fiscal, instructor del expediente, desistir del ya incoado contra el menor presunto responsable si este se concilia con la víctima o acepta una propuesta de reparación. La segunda, regulada en el art. 51.3 durante la ejecución de las medidas, puede dar lugar a la extinción de la medida de conciliarse el menor con la víctima. Como posteriormente analizaremos, es llamativa la falta de referencia en este caso a la posibilidad de reparar:

La apelación a fórmulas de justicia restaurativa no es un fenómeno novedoso o reciente, ni siquiera en el ámbito del derecho penal, al ser conocidas modalidades de mediación penal ya en el ámbito del derecho penal indígena⁴, hablamos pues de soluciones antiguas. Sin embargo el movimiento ilustrado propició la asunción por el Estado del monopolio del *ius puniendi*, lo que favoreció la superación de las formas privadas de administrar justicia, asumiendo el Estado la competencia exclusiva en materia de justicia penal. Ello dio lugar, al mismo tiempo, a un progresivo olvido de la víctima. La relación punitiva se establecía de forma exclusiva entre dos protagonistas: El sujeto responsable del delito y el Estado, como principal afectado. Si bien la formación del moderno derecho penal implicó un significativo avance en garantías para el infractor; conllevó al propio tiempo un injustificado olvido de los derechos de las víctimas.

Sin embargo, desde mediados del siglo XX estamos asistiendo a un redescubrimiento de la víctima del delito lo que ha conducido al nacimiento de una nueva disciplina: La victimología y la demanda por parte de los colectivos de víctimas de reformas legales para regular sus derechos. Tales reivindicaciones han encontrado también eco a nivel internacional: En el marco de la Unión Europea se aprobó en el año 2001 la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 sobre los Derechos de las víctimas en el proceso penal. Más recientemente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 de "Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos". En cumplimiento de dichas directrices, se ha presentado el Proyecto de Ley de Estatuto de la víctima del delito, publicado en el Boletín oficial de las Cortes Generales de 5 de septiembre 2014 en el que se recogen el conjunto de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos.

De esta manera como establece el art. 3.1 del citado proyecto: "Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con la autoridad, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo

4 Como se expone en el trabajo de BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch, pp. 134 y ss.

adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del mismo”.

El texto presenta ciertos claroscuros pues si bien representa un indudable avance en la necesidad de atender a la persona ofendida por el delito, también encuentra acogida en el texto la corriente más vindicativa al permitirse que la víctima pueda interferir en el proceso resocializador durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

En definitiva, la situación en la que se halla la actual justicia de menores con dichas dos corrientes de influencia no es sino resultado de las reivindicaciones de los colectivos de víctimas, con aspectos muy interesantes y positivos como los que se centran en la necesidad de avanzar en la atención a las mismas durante todo el desarrollo del proceso (información, asesoramiento y participación) y como manifestación más positiva de esa participación la posibilidad de resolver el conflicto mediante fórmulas restaurativas, pero también tiene una deriva negativa que al final se reconduce hacia el neo punitivismo centrado en la reclamación de más derecho penal cuando lo adecuado sería reivindicar algo mejor que el derecho penal.

Precisamente la justicia restaurativa encajaría en esa remozada visión de las relaciones entre infractor y víctima, puesto que sin caer en los peligros de la venganza privada, sí consigue algo más que el puro derecho penal. Las soluciones clásicas del derecho penal no solucionan el posible conflicto, normalmente suelen generar nuevos conflictos; ni son satisfactorias para las víctimas, que se sienten desatendidas, ni para el infractor, que en muchos casos considera injusto y desproporcionado el proceso y la consiguiente sanción. Por el contrario, con las soluciones restaurativas se consigue ir a la raíz del problema y, si tienen éxito, son satisfactorias para ambas partes y para la comunidad. Si, con carácter general, se estima por la doctrina que es una solución especialmente positiva, se subraya que lo es de manera más intensa en el campo del derecho penal juvenil teniendo en cuenta el principio educativo que guía el procedimiento y las medidas, destacándose su valor pedagógico, la importancia y el interés de que el menor asuma este modelo en las relaciones con sus iguales y finalmente su fácil integración y normalización en el proceso de desarrollo del menor⁵.

No obstante, cabe ser cautos pues también son muchas las dudas que se plantean con su aplicación. En concreto la justicia juvenil, por su especial carácter educativo, está esencialmente dirigida al menor que ha delinquido⁶, también las propias soluciones restaurativas recogidas en la ley, produciéndose un cierto olvido

5 Así lo ha señalado FRANCÉS LECUMBERRI, P.: “El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”, *Indret* (2012), núm. 4, p. 15

6 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: “El principio de oportunidad”, cit., p. 15

de la víctima. Por otra parte, si el hecho delictivo es grave y personal no resultará sencillo para la víctima volver a relacionarse con el infractor, pudiendo incluso resultar contraproducente. En otros casos, si la víctima es especialmente vindicativa nos puede recordar a la peligrosa venganza privada. También se puede discutir la compatibilidad con los fines y principios del derecho penal y la propia virtualidad y adecuación de la solución restaurativa. Incluso puede representar un incremento del control social al someter a mediación hechos que, de otra forma, hubieran quedado al margen del sistema.

Por todo ello en el presente estudio se va a realizar un análisis del marco normativo de la justicia restaurativa en Derecho penal juvenil, estableciendo cuáles son sus presupuestos y características, su compatibilidad con los fines y principios del derecho penal, las dificultades en su aplicación práctica así como su pretendida efectividad frente a las soluciones clásicas.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL.

La importancia y necesidad de acoger la justicia restaurativa, como fórmula de solución del conflicto penal en la que se vele por los derechos de las víctimas, respetando al propio tiempo las garantías penales y procesales del infractor y atendiendo a las necesidades de la comunidad, ha sido reclamada por diferentes instancias internacionales al considerarse que es una vía mucho más eficaz, humana y racional de resolver el conflicto social generado por la comisión de una infracción penal.

En esta dirección encontramos distintas Resoluciones del Consejo Económico y Social: 1999/26, de 28 de julio de 1999 sobre la aplicación de medidas de mediación y justicia restaurativa en materia de justicia penal; 2002/12, de 24 de julio de 2002 sobre principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal⁷.

En el ámbito regional europeo también encontramos iniciativas en favor del uso de la mediación penal. En concreto el Consejo de Europa a través de diversas normas que instan a los estados a realizar las reformas necesarias para incluir esta figura en las causas penales. Primero fue la Decisión Marco del Consejo de la UE, 2001/220/JAI de 15 de Marzo de 2001 relativa al Estatuto europeo de la víctima en el proceso penal que exigía el compromiso de introducción de fórmulas de justicia restaurativa antes del 22 de marzo de 2006, en España dicho compromiso solo se ha cumplido en el ámbito de la justicia de menores con la introducción de la mediación en la LORRPM.

7 <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/res2002.asp>. Consultado el 21 de enero de 2015.

Más recientemente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, sustituye y deroga la Decisión anterior, con algunas mejoras como la variedad de instrumentos restaurativos, la obligación de los Estados de facilitar la derivación de casos a los servicios de justicia restaurativa y la obligación de la recogida de estadísticas, de nuevo se marca una fecha límite para poner en vigor sus disposiciones, en este caso la de 16 de noviembre de 2015. Precisamente el proyecto de ley de Estatuto de la víctima del delito se presenta en cumplimiento de estas dos normas.

En el ámbito específico de la justicia juvenil encontramos importantes iniciativas impulsoras de fórmulas restaurativas desde distintos instrumentos internacionales, así en las Reglas de Beijing de 1985, Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, en cuyo art. 11 refiere las posibilidades de desjudicialización de los casos de menores con una alusión expresa a la restitución y compensación a las víctimas, la Recomendación R (87) 20 del Consejo de Europa, con apelación a la desjudicialización para evitar el paso del menor por el sistema penal y, finalmente, la propia Convención de los derechos del niño de 1989 en cuyo art. 40.3.b establece que se adoptarán "siempre que sea apropiado y deseable...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".

En el informe anual presentado por la Representante especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños (A/HRC/25/47)⁸ se realiza una llamada al recurso a la justicia restaurativa presentando un informe específico basado en una consulta internacional de expertos, celebrada en junio de 2013 en Indonesia y que dio lugar a un informe temático sobre justicia restaurativa para niños⁹.

En su informe, la Representante especial de las Naciones Unidas destaca como objetivo de la justicia restaurativa la rehabilitación y reintegración del menor infractor mediante "un proceso no contencioso y voluntario, basado en el diálogo, la negociación y la solución de problemas, la justicia restaurativa permite que el infractor comprenda el daño causado a la víctima y a la comunidad, reconozca la responsabilidad con respecto a la conducta delictiva y se comprometa a reparar las consecuencias"¹⁰. Se destaca asimismo en el informe la importancia de esta vía de desjudicialización ante el panorama actual de preocupación por el pretendido

8 http://srsg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-hrc-25-47_947. Consultado el 21 de enero de 2015

9 Promoting Restorative Justice for Children. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/srsgvac_restorative_justice_for_children_report.pdf. Consultado el 21 de enero de 2015.

10 http://srsg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-hrc-25-47_947.p.13. Consultado el 21 de enero de 2015

incremento de la delincuencia juvenil, en muchos casos, como se indica en el propio informe, tal tendencia está "alimentada por informes incendiarios en los medios de comunicación", lo que ha propiciado un preocupante endurecimiento de la respuesta penal al rebajarse en algunos países la edad de responsabilidad penal y a incrementar la gravedad y duración de las sanciones¹¹.

De esta forma las directrices en el ámbito internacional son claramente favorables a la incorporación en los ordenamientos jurídicos de esta vía alternativa. En España, en el ámbito de la justicia penal ha sido la LORRPM la única que ha recogido de manera explícita dicha directriz, conciliándose en la misma sus principios con los propios del Derecho penal juvenil. Frente al punitivismo propio de la justicia retributiva se impone en las más modernas corrientes criminológicas y victimológicas la corriente restaurativa como vía de humanización del derecho penal.

III. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA MEDIACIÓN JUVENIL.

Antes analizar la compatibilidad de esta vía alternativa de impartir justicia con las clásicas garantías penales así como de examinar los aspectos concretos de su regulación, es preciso determinar la definición de las diferentes manifestaciones de la justicia restaurativa en el ámbito del derecho penal juvenil, así como sus características y principios rectores. Ciertamente no es una tarea sencilla por la multiplicidad de modelos¹² que encontramos al profundizar en el examen de las formas auto compositivas de resolución de conflictos, pero resulta importante realizar una aproximación conceptual que nos permita ubicar en qué términos se regulan este tipo de soluciones en el campo de la justicia juvenil.

Si nos atenemos a la regulación en la LORRPM, así como en el Reglamento que la desarrolla: RD 1774/2004, de 30 de julio (en adelante RM) en ambos textos se alude a los conceptos de conciliación y reparación como posibles materializaciones del proceso de mediación. Por ello, en primer lugar trataremos de dar una definición de mediación para, posteriormente delimitar las dos manifestaciones de la misma recogidas en la LORRPM. De todas las definiciones que se han dado sobre mediación destacan como notas fundamentales el ser un proceso en el que las dos partes, por un lado el infractor y, por otro, la víctima, de manera voluntaria y conducidas por un tercero imparcial con conocimientos técnicos, tratan de resolver sus diferencias

11 http://srsrg.violenceagainstchildren.org/es/document/a-hrc-25-47_947. p.14. Consultado el 21 de enero de 2015

12 Como bien indica REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía". *Revista Catalana de Seguridad Pública* (2004), núm. 15, diciembre, p. 30. En referencia al concepto de mediación apunta como YARN, D., en su *Dictionary of Conflict Resolution*, San Francisco, Ca. (1999): Jossey Bass Publishers, "necesita hasta diez páginas para acotar distintas definiciones del concepto".

dialogando sobre el origen del conflicto y llegando a un acuerdo en el que se puede incluir algún tipo de reparación¹³.

La mediación como señala REDORTA descansa sobre dos pilares fundamentales: el poder y la confianza¹⁴. Se produce un empoderamiento de las partes del conflicto que se sienten capaces para resolver su problema, guiadas por un tercero imparcial y neutro. Por otro lado para que el proceso alcance resultados satisfactorios tiene que existir un cierto grado de confianza, las partes han de aceptar participar de forma libre, las conversaciones y encuentros no son públicos y han de adoptar una actitud proactiva, sintiéndose responsables y con posibilidades de alcanzar un acuerdo.

En definitiva podemos destacar como características fundamentales de la mediación¹⁵:

Voluntariedad: Las partes acuden a este diálogo de forma voluntaria, no deben recibir ningún tipo de presión para participar en los encuentros, si así fuera se frustraría una de las finalidades esenciales de la mediación, cual es la de resolver el conflicto, lo que no sería posible si alguna de las partes no acudiera de forma libre. Algún autor apela a la diferencia entre voluntariedad y motivación, los motivos por los que la parte acude a la mediación son indiferentes, si bien dependiendo de su contenido pueden llegar a dificultar el proceso o incluso a hacerlo inviable. Pensemos en la víctima, con afán de venganza, cuya única pretensión es conseguir una elevada indemnización o el menor infractor cuya única finalidad, al someterse al proceso, sea la de evitar la imposición de la sanción sin tener un verdadero interés por resolver el conflicto y conciliarse o reparar a la víctima.

13 Prácticamente todas las definiciones consultadas viene a coincidir en los aspectos esenciales. "Proceso facilitado por un tercero neutral, siendo una de los objetivos básicos el encuentro entre las dos partes conducido por este tercero neutral y destinado a la solución de un conflicto existente con anterioridad". ÁLVAREZ RAMOS, F.: "Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la ley de responsabilidad penal de los menores", *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzuetako Aldizcaria (Revista de Servicios Sociales)* (2001), núm. 39, p. 20. Del mismo: "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", *International e-Journal of Criminal Science* (2008), núm. 2º, p. 4. "La mediación, como sistema de gestión de conflictos, se define como aquel en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica". GONZÁLEZ CANO, M.º I.: "La mediación penal en España", en AA.VV.: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (Dir. BARONA VILAR, S.). Valencia (2009): Tirant lo Blanch, p. 25. "Encuentro entre víctima y autor del delito, que tiene lugar con el fin de que ambas partes, a través del diálogo, lleguen a un acuerdo sobre cómo reparar el daño inferido y resolver el conflicto. Dicho encuentro es conducido por una persona imparcial: el mediador". MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: "La mediación penal en España: Estado de la cuestión", en AA.VV.: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (COORD. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.). Madrid, (2011): Reus, p. 16. Definiciones que viene a coincidir con la que en su día dio el Consejo de Europa en la Recomendación (99) 19 sobre mediación penal en la que se la define como "el procedimiento que permite a la víctima y al reo el participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)".

14 REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos", cit., p. 31

15 GONZÁLEZ CANO, M.º I.: "La mediación penal" cit., pp.33-35. FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., pp. 16-17.

Confidencialidad: Los encuentros y su contenido son, en principio, únicamente accesibles a las partes y al mediador. Ello resulta fundamental a efectos de preservar el principio a la presunción de inocencia en los supuestos de mediación en la fase de instrucción. El principio podría verse lesionado de reconocer el menor los hechos y no llegarse a ningún acuerdo, al poder ser dicho reconocimiento utilizado por las acusaciones. Por supuesto que el resultado de los encuentros ha de ser puesto en conocimiento del fiscal a efectos de lo previsto en el art. 19 LORRPM -solicitud de sobreseimiento o continuación del procedimiento-.

Imparcialidad: El equipo técnico, que es quien en el proceso de menores hace las funciones de mediador, ha de actuar con criterios técnicos y con absoluta imparcialidad. Va a ser clave para el éxito de la mediación la profesionalidad del mediador. De acuerdo con la regulación de la LORRPM, no encontramos una regulación explícita de la figura, únicamente se indica que se tratará de un miembro del equipo técnico adscrito a los juzgados y fiscalías de menores, en los supuestos de mediación previstos en el art. 19, en tanto que la mediación contemplada durante la ejecución, como prevé el RM en sus arts. 8.7 y 15 puede ser llevada a cabo mediante los programas de mediación puestos a disposición del Ministerio Fiscal y de los juzgados de menores por la entidad pública competente para la ejecución de las medidas, en concreto, como establece el art. 45 de la LORRPM, las CCAA, al ser esta una materia transferida.

La LORRPM aporta una definición auténtica de las dos posibles manifestaciones del proceso de mediación en su ámbito, indicando en el ap. 2 del art. 19 que “se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva”.

Al analizar la definición de conciliación se ha criticado¹⁶ por la doctrina su tono moralizante¹⁷ y la exigencia de que la víctima haya de aceptar las disculpas del menor infractor. Es cierto que ese necesario acuerdo entre las partes forma parte de la propia esencia de la mediación y de la conciliación como manifestación de la misma, sin embargo en el derecho penal de menores se modula esta exigencia por mor del contenido educativo de la ley al permitirse el sobreseimiento del expediente una vez comprobado que el menor ha comprendido el alcance de su conducta

16 TAMARIT SUMALLA, J. M.: “El nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?”, *Revista Penal* (2001), núm. 8, pp. 84-85.

17 Derivado sobre todo del arrepentimiento exigido en la referencia a la conciliación de la Exposición de motivos, mención que desaparece del texto articulado, lo que, como apunta Cruz Márquez haría desaparecer el requisito del arrepentimiento. CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (2005), núm. 07-14, p. 5.

y el daño que con ella ha ocasionado, con independencia de la anuencia de la víctima o perjudicado. Como establece el art. 19 en su apartado 4º el fiscal puede solicitar del juez el sobreseimiento del expediente una vez producidas la conciliación o reparación o cuando una u otra no han podido llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor¹⁸.

Respecto a la reparación, separada en la ley claramente de la responsabilidad civil, mediante ella el menor se compromete a realizar determinadas acciones en beneficio de los ofendidos o perjudicados por el delito o de la comunidad. Se da cabida de esta forma a situaciones de reparación simbólica para aquellos casos en los que no se pueda reparar directamente a la víctima por tratarse de un delito sin víctima, o casos en que esta no acepte la reparación pero haya una buena predisposición del menor a reparar por el daño ocasionado.

Y ello, como ya se ha señalado, con independencia del acuerdo que las partes hayan podido alcanzar en materia de responsabilidad civil, puesto que tanto la conciliación, como en su caso la reparación, van dirigidas a neutralizar el conflicto público que el menor ha generado con la infracción de la ley penal, ciertamente con ello se ha podido ocasionar un daño a sujetos particulares titulares de los bienes jurídicos afectados, siendo por dicho motivo ellos los destinatarios de la mediación, y en su caso beneficiarios de la indemnización en concepto de responsabilidad civil por los daños cuantificables económicamente que les haya podido causar el hecho.

Constituye en definitiva la mediación en el derecho penal de menores, la materialización en nuestro ordenamiento procesal de una manifestación del principio de oportunidad frente al de legalidad que rige en el derecho procesal aplicable a los adultos. De esta forma, a diferencia de la LECRIM, regida por el principio de legalidad que impone al fiscal la persecución penal de todos aquellos hechos constitutivos de infracción penal pública, la LORRPM ha regulado una serie de supuestos en lo que, en atención al superior interés del menor, se permite al fiscal -que en el proceso de menores es el director de la instrucción-, desistir de la incoación del expediente¹⁹ o solicitar el sobreseimiento del ya incoado si se considera que la mediación puede resolver el conflicto.

Nos encontramos con una manifestación del principio de oportunidad que permite al fiscal valorar, atendiendo a los intereses en conflicto la procedencia o no de continuar con el proceso. Se trata en el caso español de un supuesto de oportunidad reglada, al fijarse en el art. 19 de la ley los requisitos para su apreciación.

18 PERIS RIERA, J.: "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000", *La Ley* (2001), 19 de febrero de 2001, p. 3.

19 Posibilidad prevista en el art. 18 para menores sin antecedentes: "cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas".

La incorporación del principio de oportunidad reglada²⁰ en el ámbito del derecho penal de menores tiene mucho sentido si comparamos los fundamentos de ambos. Frente a la vigencia del principio de legalidad vinculado al retribucionismo y recogido en la LECRIM; el principio de oportunidad se fundamenta, por el contrario, en razones de utilidad o necesidad que permiten eludir la persecución penal atendiendo a diferentes motivos: la escasa lesividad del hecho, favorecer la reparación a la víctima, evitar los efectos criminógenos de la sanción penal, la propia resocialización del delincuente mediante la asunción de responsabilidad por el hecho²¹; son criterios generales que vienen a sintonizar con los fundamentos del derecho penal de menores caracterizado por su flexibilidad y por perseguir aquella respuesta educativa que más favorezca la resocialización del menor infractor. En este sentido resultan criticables las últimas reformas de la LORRPM, en las que se permite la acusación particular sin ningún tipo de límite y se abre la puerta a posturas vindicativas difícilmente conciliables con el superior interés del menor. Ello ha propiciado que algún autor se haya planteado la posible dilución del principio de oportunidad de permitirse a la acusación particular ejercer la acción frente al criterio del Ministerio Fiscal²², ciertamente el texto legal es ambiguo en este punto, sin embargo también es posible interpretar que en estos casos la decisión la tiene el Ministerio fiscal, pues del propio texto de la ley puede deducirse que para los supuestos de desistimiento previstos en el art. 18, la comunicación a los ofendidos y perjudicados es a efectos del ejercicio de la acción para exigir la responsabilidad civil. Nada se concreta en los casos de mediación, aunque podemos deducir una solución similar al permitirse casos de petición de sobreseimiento sin conciliación en el art. 19.4.

IV. COMPATIBILIDAD CON LOS FINES Y PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.

Es ésta una de las cuestiones más controvertidas en los estudios y a propósito de las experiencias de justicia restaurativa. Es una duda constante en la doctrina la relativa a la compatibilidad de la mediación con el carácter público del *ius puniendi*. Es importante recordar que el carácter público del Derecho penal moderno se impuso, entre otras razones, para superar los excesos y arbitrariedades a que había dado lugar la autotutela. Sin embargo, siendo cierto que los modernos métodos de justicia restaurativa de alguna manera suponen manifestación de cierta auto tutela, han de ser aplicados siempre en el marco del proceso penal y bajo la salvaguardia de agente imparciales, más, si cabe, en el proceso de menores plasmado en la ley española

20 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., pp. 25-27. Sobre el principio de oportunidad reglada y su conexión con los principios del derecho de menores.

21 CALLEJO CARRIÓN, S.: "El principio de oportunidad en la lo 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *La Ley* (2005), núm. 6366, pp. 3-4. GONZÁLEZ PILLADO, E.: "La mediación como manifestación del principio de oportunidad en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores", en AA.VV.: *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno* (Dir.por, GONZÁLEZ PILLADO, E.). Valencia, (2012): Tirant lo Blanch, pp. 61-62.

22 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., p. 8.

en el que, el impulso del proceso lo toma el Ministerio Fiscal llevándose a cabo bajo la dirección de técnicos expertos que velan por la igualdad de ambas partes en el dialogo que entre ellas se entabla²³. Como acertadamente apunta ESQUINAS VALVERDE, la devolución del protagonismo a las partes del conflicto debe realizarse con ciertas cautelas con el fin de evitar abusos y el retorno a la justicia privada “exenta de las imprescindibles garantías formales y materiales de igualdad ante la ley, proporcionalidad...tanto para el agresor como para la víctima del delito”²⁴.

Es por ello que no suponen estos procedimientos alternativos una ruptura con los postulados del Derecho penal moderno, más bien todo lo contrario, las actuales fórmulas autocompositivas permiten dar un cumplimiento más adecuado a las finalidades del Derecho Penal sin ignorar las garantías propias de éste. Ese ha de ser precisamente el reto, conseguir resolver el conflicto penal mediante un mecanismo mucho más humano mediante el que se consigue pacificar las relaciones rotas por el delito y contribuir con ello a la general pacificación de la sociedad, mediante métodos adecuados para disminuirla la violencia, especialmente de la violencia institucional materializada de manera singular en los métodos clásicos del derecho penal.

Si hacemos un repaso de los fines del derecho penal²⁵, está empíricamente demostrado que la resolución del conflicto a través de la mediación incide de manera muy positiva en el ámbito de la prevención especial al disminuir de manera sensible los casos de reincidencia, se satisface de esta forma las exigencias de prevención especial al conseguirse la reeducación y reinserción social del menor más fácilmente. No olvidemos que el menor que acepta participar en una mediación ha de asumir la responsabilidad por el hecho realizado, tomar conciencia del daño que con su conducta ha causado y entablar de manera voluntaria un diálogo con la víctima acerca de sus motivos para realizar el hecho, disculpándose y/o reparando por ello.

- 23 Como afirma RÍOS MARTÍN: “la mediación no supone una privatización de la justicia penal...al Estado le corresponde una definición y delimitación del marco de la mediación-...”, “se trata... de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso...no viene a suplir al sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo...”. RÍOS MARTÍN, J. C.: “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en AA.VV.: *Alternativas a la judicialización de los conflictos. Estudios de Derecho Judicial* (dir. por SÁEZ VALCARCEL, R. ORTUÑO MUÑOZ, P.). Madrid (2006), pp. 151-152. También GONZÁLEZ CANO considera en similar dirección que “no estamos ante formas de autotutela ajenas al monopolio estatal, judicial y procesal, sino ante una forma autocompositiva intraprocesal que desembocará en una resolución judicial motivada”... “no se resienten...las bases constitucionales de nuestro proceso penal”. GONZÁLEZ CANO, M^a. I. “La mediación” cit., p. 27. Por su parte GONZÁLEZ PILLADO entiende que la “...mediación...en modo alguno desnaturaliza el carácter público de la acción delictiva del infractor haciéndolo un derecho disponible para la víctima, sino que además de la dimensión de prevención, que en todo caso se mantiene frente a la actuación delictiva del menor, se añade un factor de protección y cuidado de la víctima...”. GONZÁLEZ PILLADO, E.: “Mediación con menores infractores”, cit., p. 101. De similar opinión CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La mediación”, cit., p. 15.
- 24 ESQUINAS VALVERDE, P.: “La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?”, *Revista Penal* (2006), núm. 18, p. 79
- 25 Sobre la compatibilidad de la mediación con los fines del Derecho Penal, vid. ROXIN, C.: *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, (2000): Tirant lo Blanch, pp. 34-36. En el ámbito específico del Derecho Penal Juvenil, vid. FERREIRÓS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación*, cit., pp. 75-76. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X.: “Justicia restaurativa y fines del derecho penal”, en AA.VV.: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (coord. por MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.). Madrid (2011): Reus, p. 47-68.

Tal ejercicio de responsabilidad resulta claramente mucho más educativo que otro tipo de medidas. Es pues especialmente positivo para el menor infractor²⁶.

Pero también a través de la justicia restaurativa se da cumplimiento a los fines de prevención general, en este ámbito destaca la llamada prevención general positiva, mediante la que se persigue conseguir la confianza del ciudadano que ha visto violada la ley penal; el efectivo cumplimiento de la ley consigue que el ciudadano recupere la confianza en el sistema. Mediante las fórmulas restaurativas, la víctima se siente escuchada y atendida en sus necesidades y demandas, no vuelve a ser otra vez “la gran olvidada” es por ello que frente a lo que pueda parecer a priori, se alcanza con este tipo de soluciones una mayor confianza en el sistema frente a las soluciones más tradicionales.

Conseguir que el proceso no acabe en una mera sanción sino mediante un proceso de reconciliación con la víctima, comprendiendo el menor a ésta y asumiendo éste el daño ocasionado y la posible reparación, en un marco de equilibrio, igualdad y libertad de las partes, constituye un gran logro en materia educativa al tiempo que se consigue dar cumplimiento al fin de las medidas educativas previstas en la legislación juvenil: la prevención especial. El reconocimiento por parte del menor del daño causado y su identificación con la víctima logra un efecto educativo y resocializador que supera a las sanciones más clásicas, evitando los perniciosos efectos que algunas de ellas tiene, como la desocialización de los internamientos, o la imagen social de lenidad que acompaña a las sanciones de medio abierto. A través de la mediación se da cumplimiento a los fines de prevención especial, pero también a los de prevención general. Es esto especialmente discutido en relación al derecho penal juvenil, puesto que se afirma que la finalidad esencial de las medidas que se aplican a los menores debe ser la prevención especial, al perseguir con ellas su reinserción y reeducación. No obstante, sí se puede afirmar que algunas de las sanciones más aflictivas y duraderas persiguen un cierto efecto preventivo general respecto a otros menores y al resto de la sociedad con la finalidad de transmitir que al aplicarse se está reafirmando el ordenamiento jurídico. Pues bien, la alternativa de la mediación logra conseguir dichos objetivos sin tener que pagar el elevado precio de medidas más aflictivas, pues un proceso restaurativo es positivo para el menor agresor pero también para la víctima que se siente atendida y confortada y, sobre todo, escuchada. Consiguiendo, de este modo objetivos preventivo especiales y generales.

El reto, como se indicaba anteriormente, es hacer compatible el cumplimiento de dichos fines con las garantías propias del derecho penal²⁷. Quizás una de las

26 Muy ilustrativo en relación al carácter educativo de los procesos de mediación: ÁLVAREZ RAMOS, F: “Análisis socioeducativo de los procesos de mediación”, cit., pp.27-28.

27 Sobre la cuestión vid. CERVELLO DONDERIS, V.: “Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico”, *Revista penal* (2013), núm. 31, pp. 25-29.

materias más controvertidas es la relativa a la compatibilidad de la mediación con el respeto al principio a la presunción de inocencia, principio procesal directamente relacionado con el principio de culpabilidad penal en tanto la conciliación y la reparación suponen una asunción de responsabilidad por parte del menor que de no estar convenientemente asesorado podría, de frustrarse la mediación, redundar en su perjuicio si se utiliza dicho reconocimiento como prueba en su contra. No obstante, si nos atenemos a las características de la mediación, no es probable que se dé dicha situación al ser una de ellas la confidencialidad, por tanto, de iniciarse y no alcanzarse un acuerdo, el miembro del equipo técnico que cumpla las funciones de mediador; no debe informar al Ministerio Fiscal del contenido de las conversaciones y encuentros entre menor y víctima, únicamente de la imposibilidad del acuerdo, por lo que no puede ser utilizado en contra del menor el reconocimiento de responsabilidad que haya podido manifestar en la frustrada mediación. Por otro lado, precisamente por imperativo del principio de presunción de inocencia, habrá de ser especialmente escrupuloso en la verificación de la asunción de responsabilidad por el menor para evitar situaciones en que este asuma hechos que no le correspondan²⁸.

Por otra parte la mediación supone una clara manifestación del principio de intervención mínima, derivado del principio de proporcionalidad en sentido amplio, por virtud del cual siempre es preferible, ante una infracción de la ley penal, escoger aquella solución que resulte menor aflictiva. Desde esta perspectiva, la apelación a la justicia restaurativa y, dentro de ella, a la mediación, constituye un excelente medio de dar cumplimiento a las exigencias del principio, dado que se está optando por una solución menos penosa y, al propio tiempo, más satisfactoria con los fines del derecho penal (prevención general y prevención especial), pero sobre todo con la finalidad última del derecho de menores cual es el superior interés del menor; al resultar una solución con un intenso contenido educativo y de responsabilidad, principios inspiradores de la materia. Precisamente la vinculación de la mediación con el principio de intervención mínima minimiza la crítica de la posible ampliación del control social por el sometimiento a mediación de supuestos bagatelarios.

Especialmente respetuosa es la mediación con el principio de resocialización, dicho principio específico en el ámbito penitenciario, se consagra en el art. 25.2 de la CE en el que se establece que "las penas privativas y las medidas de seguridad privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", desarrollado en la legislación penitenciaria²⁹, lo encontramos también en el art. 55 de la LORRPM al regular las reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad. Se persigue con su observancia que la ejecución de las medidas tenga como fundamento y referente la preparación para la vida en libertad, es por ello que la mediación, al evitar la imposición de medida, que puede ser privativa de libertad, o,

28 CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación", cit., p. 9.

29 Arts. 1 y 59 de la LO 1/1979, General Penitenciaria, art. 2 del RD190/1996, Reglamento penitenciario.

el cese de la misma, en el caso de mediación durante la fase de ejecución, constituye una clara apuesta por la reintegración de ese menor a la sociedad o para evitar la desocialización que a veces acompaña a las medidas sancionadoras, de manera particular, a las privativas de libertad.

V. MARCO NORMATIVO.

I. Antecedentes. L.O. 4/92, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores.

Las primeras experiencias modernas en materia de mediación tuvieron lugar en Canadá, concretamente en Ontario en la década de los 70 del siglo pasado, el éxito de la iniciativa provocó su expansión internacional. En nuestro país las primeras prácticas restaurativas en el ámbito de la justicia juvenil tuvieron lugar en Cataluña en los años 90, aprovechando la incorporación de dicha posibilidad en la legislación³⁰.

Efectivamente, la primera ley española que contempló dicha posibilidad fue la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento ante los juzgados de menores³¹. La citada ley vino a reformar el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948. La reforma dio entrada a la posibilidad de mediación al prever en sus arts. 15 y 16 diferentes consecuencias para los supuestos de reparación extrajudicial.

Así el apartado 6º del art. 15.1 disponía los siguiente: "Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones".

Por su parte el ap. 3º del art. 16.1 establecía que: "En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial. Ello, no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada.

30 PULIDO, R. MARTÍN-SEOANE, G. y LUCAS-MOLINA, B.: "Orígenes de los programas de mediación escolar: distintos enfoques que influyen en esta práctica restaurativa", *Anales de psicología* (2013), vol. 29, núm. 2 (mayo), p. 387. RÍOS MARTÍN, J. C.: "La mediación penal: acercamiento", cit., pp. 154-156. FERREÍROS MARCOS, C. E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación*, cit., p. 171. GONZÁLEZ PILLADO, E.: "Mediación con menores infractores", cit., pp. 80-81.

31 Sobre la experiencia en el País Vasco en aplicación de la LO 4/92, vid: LÓPEZ CABELLO, P.: "Programa de mediación y reparación en la Justicia de menores", *Zerbitzuan* (1999), núm. 37, pp. 19-26.

Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez”.

Pese a que el refrendo legal no llegó hasta el año 1992, en la práctica y al amparo de la flexibilidad propia de la justicia juvenil ya se contaba con experiencias previas como las llevadas a cabo en Cataluña. No obstante, la aprobación de la ley de 1992 vino a revalidar la posibilidad de una forma diferente de resolver el conflicto mediante una respuesta mucho más respetuosa con los principios de la justicia juvenil: el principio educativo y la búsqueda del superior interés del menor. De acuerdo con dichos presupuestos todas las actuaciones que tengan como destinatario a un menor en conflicto con la ley penal deben ir dirigidas a su reeducación y resocialización, de manera muy especial la medida o consecuencia que se aplique. Se cumple de esta forma el desiderátum de su interés superior como guía que ha de inspirar todo el derecho de menores.

El especial interés por la aplicación de fórmulas restaurativas en la justicia de menores radica en que con ello se da cumplimiento a las exigencias que como veíamos se deducen de los diferentes instrumentos internacionales elaborados para la defensa de los intereses de la víctimas pero al propio tiempo se da también adecuada satisfacción a las exigencias propias de la justicia de menores al adoptar fórmulas con un intenso contenido educativo.

2. Regulación vigente. L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

La aprobación en enero de 2000 de la nueva ley penal del menor supuso la consagración de un nuevo sistema con el que abordar el problema de la delincuencia juvenil bajo el fundamento del principio educativo, la flexibilidad y la búsqueda del superior interés del menor. En el nuevo proceso de menores interesa especialmente buscar aquella respuesta que contribuya a que el menor supere los motivos que le han llevado a infringir la ley penal, siempre buscando aquella solución que resulte más educativa. En este marco de principios, la mediación encuentra fácil acomodo, pues como ya se ha señalado, con la misma se satisfacen los fines del derecho penal, sin forzar las garantías propias del mismo. Si nos centramos en la regulación, en primer lugar es necesario distinguir dos momentos en los que se puede acudir a la mediación, en función del momento procesal, encontramos en primer lugar la mediación en fase de investigación recogida en el art. 19, ampliada en sus posibilidades por algunos supuestos contemplados en el art. 27. Por otra parte y ya en fase de

ejecución de medida, se recoge la posibilidad de cesar la ejecución de la medida impuesta de haberse conciliado el menor con la víctima (art. 5 I.3).

A) Mediación en la fase de investigación.

La LORRPM regula en el art. 19 los presupuestos y el procedimiento que habilitan al Ministerio fiscal para solicitar el sobreseimiento en los supuestos en los que haya habido conciliación o reparación entre el menor y la víctima.

Centrándonos en los presupuestos, estos se articulan en torno a tres ejes. El Ministerio fiscal habrá de valorar, en primer lugar, las circunstancias del menor y su interés³², siendo en este caso especialmente importante la predisposición del menor a conciliarse y a reparar, por encima de otras consideraciones puramente defensoras como sus antecedentes o la desestructuración social de su entorno familiar; factores que, como ha señalado Cruz Márquez³³, pueden dificultar el proceso pero no lo impiden implicando su exclusión por esta causa una evidente discriminación.

En segundo lugar, respecto al hecho cometido por el menor, ha de tratarse de un delito menos grave o una falta, quedando por tanto excluidos de la posibilidad de sobreseimiento los hechos constitutivos de delito grave. Ello, sin embargo, no significa que la ley vete la posibilidad de una solución restaurativa con relación a todos los delitos graves, se podrán dar situaciones de mediación también en estos casos³⁴, si bien no podrán fundamentar una petición de sobreseimiento. Limitar la mediación a las infracciones leves y a los delitos menos graves supone una restricción inadecuada que encaja mal con los principios y finalidades del derecho penal de menores, no tendría mucho sentido el veto a la mediación en delitos graves en aquellos casos en que sea posible porque las partes estén dispuestas al diálogo y los expertos lo consideren positivo.

En estos supuestos habrá que apoyar la solución restaurativa frente a una respuesta más punitiva, si bien por imperativo legal no podrá basar en ello el fiscal la petición de sobreseimiento. Ahora bien sí podrá en estos casos adoptarse cualquiera de las otras posibilidades que se contemplan en la ley como la conformidad (art. 36),

32 La importancia de las circunstancias de la persona en la determinación de las consecuencias es una de las notas más singulares del derecho penal juvenil, diferenciándolo netamente del Derecho Penal de los adultos. Para decidir determinados momentos procesales o la propia medida, se han de valorar las circunstancias personales, familiares y sociales así como el superior interés del menor. Elementos que quedan reflejados en el informe que ha de presentar el Equipo técnico, órgano específico de la justicia de menores.

33 CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación", cit., pp. 21-22.

34 De hecho en el estudio realizado por una comisión internacional de expertos encargado por el Representante Especial del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, se expone la oportunidad de aplicar formulas restaurativas también a menores que han cometido delitos graves, siendo los resultados incluso más esperanzadores que en infracciones de menor entidad a efectos de reducción de la reincidencia.

Promoting Restorative Justice for Children, Indonesia, (2013), 22-23 http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/srsgvac_restorative_justice_for_children_report.pdf Consultado el 21 de enero de 2015.

suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), o situaciones de cese o modificación de la medida ya impuesta, antes o durante su ejecución (arts. 13 y 51)³⁵. La confusión viene provocada por la propia regulación legal al condicionar el desistimiento con petición de sobreseimiento a la mediación³⁶. Por ello es importante distinguir los supuestos en los que la mediación unida al cumplimiento de una serie de requisitos, permitirá dicha terminación anticipada del proceso, frente a los supuestos en los que la mediación no tendrá dicha consecuencia pero, como hemos visto, podrá tener otras.

Respecto a los hechos que sí pueden dar lugar a la petición de sobreseimiento, delitos menos graves y faltas, el fiscal ha de valorar su gravedad y circunstancias y tendrá especialmente en cuenta la falta de violencia o intimidación graves. Respecto a la interpretación de esta última exigencia cabe en primer lugar señalar que no es obstáculo a la petición de sobreseimiento la existencia de violencia o intimidación no graves, en cuanto a la violencia o intimidación grave, no es la dicción legal especialmente clara en el sentido de excluirla; a diferencia de la previsión contenida en el art. 18 en que sí se excluye, de forma clara, la posibilidad de desistimiento cuando el hecho cometido por el menor constituya un delito menos grave con violencia o intimidación en las personas, en el supuesto que nos ocupa la expresión empleada por el legislador es más ambigua por lo que ante un delito menos grave la presencia de violencia o intimidación grave es un elemento a tener en cuenta, que no siempre debe excluir la posibilidad de mediación, habrá que analizar el resto de circunstancias y atendiendo al superior interés del menor decidir si cabe o no ésta³⁷.

Por último, en tercer lugar, para que el fiscal pueda solicitar el sobreseimiento, lógicamente el menor ha de haberse conciliado con la víctima, haber asumido el compromiso de repararla o, en su caso haberse comprometido a realizar la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Se contempla por tanto, los supuestos de reparación directa como los de reparación simbólica, para los casos en los que el delito no tiene víctima, no se la ha podido identificar o esta no quiere participar en el proceso.

En cuanto al procedimiento, tal como establece el art. 16 de la LORRPM las denuncias sobre hechos delictivos presuntamente cometidos por menores de edad son recibidas por el Ministerio fiscal a quien corresponde la instrucción del expediente, el fiscal debe decidir si admite o no a trámite la demanda, si la admitiera, como establece el art. 27 de la LORRPM en su párrafo 1º debe requerir al equipo

35 GARCÍA PÉREZ, O.: "La mediación en el sistema español de Justicia Penal de Menores", *Revista Criminalidad* (2011), vol. 53, núm. 2, pp. 80-81.

36 FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad", cit., p. 26-27.

37 Así puede resultar interesante acudir a procesos de mediación ante casos de violencia escolar en sus fases iniciales en los que no haya una importante situación de desequilibrio, al igual que ante determinados casos de violencia de género. FERREIRÓS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación*, cit., pp. 182-183.

técnico para que elabore un informe sobre las situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; que puede haber influido en la comisión del delito. También se ha de indicar en dicho informe cual es la actuación que más va a favorecer el superior interés del menor (art. 7.3 en relación con el art. 27) En el supuesto de que se considere que por el hecho y las circunstancias es posible la mediación, de acuerdo con lo establecido en el p. 3º del art. 27, no será necesaria la elaboración del informe contemplado en el p. 1 de dicho art.

Como se desarrolla en el art. 5 del RM, el fiscal, de oficio o a instancia del letrado del menor; a la vista de las circunstancias requerirá al equipo técnico³⁸-que es quien ejerce como mediador-, para que informe sobre la conveniencia de adoptar una solución extrajudicial. El equipo técnico citará, en primer lugar al menor junto a sus representantes legales y a su letrado, exponiéndoles la posibilidad de someterse a una solución extrajudicial, si estos dan su consentimiento, se pondrá el equipo técnico en contacto con la víctima para que manifieste o no su conformidad a participar en el procedimiento, si ésta es menor o incapaz el consentimiento ha de ser confirmado por sus representantes legales (art. 19.6 de la LORRPM).

De aceptar las dos partes someterse al proceso, el equipo técnico las citará a un encuentro, si bien también se prevé la posibilidad de mediación sin encuentro. Como consecuencia de su papel como mediador, el equipo técnico informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos por el menor con la víctima y su grado de cumplimiento (art. 19.3 de la LORRPM). Si se alcanza el acuerdo entre las partes y el menor cumple satisfactoriamente lo fijado en el acuerdo o, no ha podido cumplir, por causas ajenas a su voluntad, el equipo técnico ha de informar al Ministerio fiscal, que, con base en ello dará por concluida la instrucción solicitando del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones (19.4 de la LORRPM).

Admite por tanto la ley supuestos en los que, con base en la disposición del menor a conciliarse o a reparar a la víctima, si no es posible la mediación por causas ajenas a aquel, pueda solicitarse el sobreseimiento.

Si, por el contrario, no se alcanza una conciliación o el menor incumple el acuerdo de reparación o la actividad educativa propuesta por el equipo técnico, según dispone la Ley, el Ministerio fiscal continuará con la tramitación del expediente (art. 19.5 de la LORRPM).

38 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 del Rto, el equipo técnico está compuesto por un psicólogo, trabajador social, y educador, pudiéndose incorporar, de manera puntual, otros profesionales. El equipo técnico tiene la misión de apoyar con sus conocimientos técnicos a lo largo de todo el procedimiento, una de sus principales funciones es la elaboración del informe, fundamental para decidir qué medida es la más apropiada para el menor en atención a sus circunstancias, lo que supone una inestimable ayuda para que después aplicando criterios jurídicos el ministerio fiscal, el resto de acusaciones si las hubiere y el abogado de la defensa plasmen sus conclusiones en el escrito de alegaciones y finalmente el juez decida qué actuación o, en su caso, qué medida es adecuado adoptar.

B) Mediación en fase de ejecución.

La mediación despliega asimismo sus efectos en fase ejecutiva. La flexibilidad es una de las notas distintivas del derecho penal de menores y se manifiesta de manera particularmente intensa durante la ejecución de las medidas. Como establece el art. 13 de la LORRPM, el juez, de oficio o a instancia del Ministerio fiscal o del letrado del menor, "podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta". En desarrollo de dicha previsión el ap. 3º del art. 51 de la LORRPM dispone que la conciliación del menor con la víctima durante la ejecución de la medida, podrá dejar sin efecto la medida impuesta si se considera que el acto de la conciliación y el tiempo de medida ya cumplido representan suficiente reproche para el menor.

Son varias las diferencias que encontramos con la anterior modalidad de mediación, si en aquella era posible la aplicación de fórmulas desjudicializadoras sin la colaboración de la víctima, la mediación durante la ejecución exige la participación de ésta como se deduce de la regulación contenida en el art. 51.3 de la LORRPM y el art. 15 RM.

Otra diferencia destacable radica en la falta de limitación respecto a los delitos que pueden dar lugar a mediación, así como en el art. 19 de la LORRPM se excluyen los delitos graves, en este caso no se establece ninguna restricción lo que puede resultar especialmente positivo si tenemos en cuenta las esperanzadoras experiencias de la mediación en este ámbito³⁹.

Sin embargo sí que regula la ley, al fijar las condiciones de aplicación de las medidas, unos periodos de seguridad para los casos en los que el menor sea condenado por la comisión de hechos delictivos excepcionalmente graves⁴⁰, para los que hay que dejar transcurrir un año o la mitad de la duración de la medida impuesta para poder hacer efectiva la posibilidad de modificación.

En otro orden de cosas se cuestiona en la doctrina la interpretación que cabe dar a la exclusiva mención a la posibilidad de conciliación en esta fase ejecutiva, siendo que como ya hemos analizado, en fase de investigación se distingue entre ésta y la reparación. Hay autores que consideran que cabe hacer una interpretación

39 Como ya se ha señalado (vid. Cita 34) los expertos consideran que puede resultar incluso más positiva la mediación en delitos graves que en los menos graves y/o faltas.

40 En concreto esta limitación se recoge en la ley para dos grupos de casos. En primer lugar el art. 10.1. b la refiere a hechos constitutivos de delito grave o menos grave con violencia o intimidación o delitos cometidos en grupo o al servicio de una banda, organización o asociación siempre que se considere que son de extrema gravedad -lo que añade una criticable incertidumbre en la determinación de los supuestos incluíbles-, realizados por menores de dieciséis o diecisiete años. El otro supuesto se recoge en el art. 10.2: cuando el hecho sea constitutivo de un delito de homicidio doloso, asesinato, violación, agresión sexual y/o violación agravada, delito de terrorismo, o cualquier delito castigado con pena de prisión igual o superior a 15 años.

amplia del término conciliación⁴¹, incluyéndose en la misma tanto los supuestos estrictos de conciliación como los posibles acuerdos de reparación que en muchos casos vendrán acompañados de un acuerdo conciliador. La cuestión es desarrollada en el RM que expresamente alude a ambas posibilidades en su art. 15. Ampliación respecto a lo dispuesto en el texto de la ley que es criticable desde el punto de vista formal, si bien admisible y bienvenida desde un criterio de justicia material, salvable como hemos señalado dando una interpretación amplia al término conciliación aludido en el art. 51.3 de la LORRPM al regular el supuesto. No obstante, hubiera sido deseable un mayor cuidado del legislador a la hora de regular el supuesto y una mayor coordinación legislativa.

VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

En términos generales es posible afirmar que a pesar de las reticencias manifestadas desde algunos sectores apelando al peligro de privatización a que pueden dar lugar los procesos de mediación, lo cierto es que como se ha puesto de manifiesto en el trabajo, la concepción moderna de la mediación no es incompatible con el respeto al derecho penal y los principios que lo inspiran. Como hemos podido constatar, los procesos de mediación facilitan la consecución de los fines del derecho penal puesto que son un adecuado mecanismo para satisfacer a las víctimas del delito por lo que se cubrirían las expectativas en el ámbito de la prevención general positiva y son un instrumento especialmente dirigido hacia la reeducación y reinserción social de la persona que ha delinquido, puesto que mediante el encuentro con la víctima y la asunción del daño que con su conducta le ha causado se consigue un efecto integrador y educativo bastante más potente que a través de las sanciones clásicas mucho más aflitivas y menos efectivas como se demuestra en los estudios que sobre la relación entre reincidencia y mediación se han realizado en nuestro país⁴².

Si a ello añadimos que la adopción de fórmulas restaurativas produce un cierto alivio de la carga de trabajo que soportan los tribunales de justicia y si ello se consigue de manera respetuosa con las garantías penales, al suponer una materialización del principio de intervención mínima y por ende de la necesaria garantía de

41 CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación", cit., p 11.

42 Hay un primer estudio realizado por CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., LUQUE REINA, E.: *La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Barcelona (2005): Generalitat de Cataluña, p. 187. En él se constata un menor índice de reincidencia en los menores sometidos a un programa de mediación, si bien los perfiles de los que entran en este tipo de programas son más normalizados y por ello con mejor pronóstico. CORBALÁN OLIVERT, M. MORENO GÁLVEZ, M^a. A.: *Reincidencia y mediación en menores*. Barcelona (2013): Bosch Editor, pp. 162-165. Como ya demostró el estudio anterior y éste más reciente viene a confirmar: "la tasa de reincidencia es mayor, en ambos sexos, en el grupo de menores con resultado negativo en el programa de mediación". Además se afirma que "el hecho que el menor tenga antecedentes en combinación con el resultado negativo de la mediación se perfila como uno de los principales predictores de la reincidencia". Similares resultados en orden a la positiva relación entre mediación y reducción de la reincidencia en OCÁRIZ PASSEVANT, E.: "Evaluación de la mediación en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia", *International e-Journal of Criminal Science* (2013), núm. 7. Sobre resultado de experiencias en otros Estados: ESQUINAS VALVERDE, P.: "La mediación entre víctima y agresor", cit., pp. 86-94.

proporcionalidad, con el principio de culpabilidad habida cuenta la confidencialidad que preside el proceso eludiendo los riesgos para la presunción de inocencia y, finalmente especialmente dirigida a la resocialización, son muchas las razones que pesan en la necesaria potenciación de estos procesos máxime en el ámbito del derecho penal juvenil por sus particulares características, dado que en el rige como principio fundamental el principio educativo concreción en este ámbito del principio del superior interés del menor que rige en todo el ámbito del derecho de menores.

Es pues adecuado profundizar en el uso de este sistema alternativo de solución del conflicto penal y su aplicación más allá de las fronteras del derecho penal juvenil, adaptando la legislación penal y procesal a las directrices internacionales que vienen a refrendar la opinión mantenida por los teóricos y prácticos en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RAMOS, F.: "Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la ley de responsabilidad penal de los menores", *Zerbitzuan: Gizarte Zerbitzuetako Aldizcaria (Revista de Servicios Sociales)* (2001) núm. 39.

ÁLVAREZ RAMOS, F.: "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", *International e-Journal of Criminal Science* (2008), núm. 2º.

AA.VV.: *Alternativas a la judicialización de los conflictos. Estudios de Derecho Judicial* (dir. por SÁEZ VALCARCEL, R., y ORTUÑO MUÑOZ, P.). Madrid (2006).

AA.VV.: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos* (dir. por BARONA VILAR, S.). Valencia (2009): Tirant lo Blanch.

AA.VV.: *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (COORD. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, P.). Madrid (2011): Reus.

AA.VV.: *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno* (dir. por GONZÁLEZ PILLADO, E.). Valencia (2012): Tirant lo Blanch.

BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Valencia (2001): Tirant lo Blanch.

CALLEJO CARRIÓN, S.: "El principio de oportunidad en la lo 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *La Ley* (2005), núm. 6366.

CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., y LUQUE REINA, E.: *La reincidència en el delictes en la justícia de menors*. Barcelona (2005): Generalitat de Catalunya.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico", *Revista penal* (2013), núm. 31.

COLÁS TURÉGANO, A.: "La introducción de la "lógica de la seguridad" en el Derecho penal español de menores. La influencia de los medios de comunicación", en AA.VV.: *Estudios sobre ciencias de la seguridad. Policía y seguridad en el Estado de Derecho* (dir. por CERVELLÓ DONDERIS, V. y ANTÓN BARBERÁ F.). Valencia (2012): Tirant lo Blanch.

COLÁS TURÉGANO, A.: "La influencia de los medios de comunicación en la administración de justicia. A propósito de un caso mediático. Comentario a la sentencia del juzgado de menores de Sevilla, núm. 1. Sentencia de 24 marzo 2011 (ARP\2011\287)", *Revista boliviana de derecho* (2015), núm. 19.

CORBALÁN OLIVERT, M. y MORENO GÁLVEZ, M^a. A.: *Reincidencia y mediación en menores*. Barcelona, (2013): Bosch Editor.

CRUZ MÁRQUEZ, B.: "La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* (2005), núm. 07-14.

ESQUINAS VALVERDE, P.: "La mediación entre víctima y agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", *Revista Penal* (2006), núm. 18.

FERREIRÓS MARCOS, C.E., SIRVENT BOTELLA, A., SIMONS VALLEJO, R., AMANTE GARCÍA, C.: *La mediación en el Derecho Penal de Menores*. Madrid, (2011): Dykinson.

FRANCÉS LECUMBERRI, P.: "El principio de oportunidad y la justicia restaurativa. Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor", *Indret* (2012), núm. 4.

GARCÍA PÉREZ, O.: "La mediación en el sistema español de Justicia Penal de Menores", *Revista Criminalidad* (2011), vol. 53, núm. 2.

LÓPEZ CABELLO, P.: "Programa de mediación y reparación en la Justicia de menores", *Zerbitzuan* (1999), núm. 37.

OCÁRIZ PASSEVANT, E.: "Evaluación de la mediación en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia", *International e-Journal of Criminal Science* (2013), núm 7.

PERIS RIERA, J.: "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores provisto por la Ley Orgánica 5/2000", *La Ley* (2001), 19 de febrero de 2001.

PULIDO, R., MARTÍN-SEOANE, G., y LUCAS-MOLINA, B.: "Orígenes de los programas de mediación escolar: distintos enfoques que influyen en esta práctica restaurativa", *Anales de psicología* (2013), vol. 29, núm. 2(mayo).

REDORTA LORENTE, J.: "Aspectos críticos para implantar la mediación en contextos de policía", *Revista Catalana de Seguridad Pública* (2004), núm. 15, diciembre.

ROXIN, C.: *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia (2000): Tirant lo Blanch.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: "El nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?", *Revista Penal* (2001), núm. 8.