



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

MÁSTER EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN LOS MENORES INFRACTORES.
EVALUACIÓN DE LA REINCIDENCIA E IMPACTO EN LAS VÍCTIMAS.

TUTOR

LUIS ROCA DE AGAPITO

CONVOCATORIA

FEBRERO

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS	3
2. INTRODUCCIÓN.....	4
3. UNA MIRADA AL PASADO: CONTEXTO HISTÓRICO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN MENORES INFRACTORES.....	6
4. CONCEPTO, PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PENAL JUVENIL	11
4.1 CONCEPTO.....	11
4.2 PRESUPUESTOS.....	12
4.2.1 PRESUPUESTOS OBJETIVOS.....	13
4.2.2 PRESUPUESTOS SUBJETIVOS	16
4.3 CARACTERÍSTICAS.....	17
5. CRÍTICAS FORMULADAS A LA INSTITUCIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN MENORES	21
6. PROCEDIMIENTO A SEGUIR.....	26
6.1 MEDIACIÓN PRE-SENTENCIAL	27
6.2 MEDIACIÓN POST-SENTENCIAL	31
6.3 LA FIGURA DEL MEDIADOR EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.....	33
7. REINCIDENCIA E IMPACTO EN LAS VÍCTIMAS	34
7.1 PÉRFIL DE LOS JÓVENES A LOS QUE SE HAN APLICADO UN PROGRAMA DE MEDIACIÓN.....	35
7.2 REINCIDENCIA.....	36
7.3 MOTIVOS QUE EXPLICAN EL FRACASO DE LA MEDIACIÓN	37
7.4 IMPACTO EN LAS VÍCTIMAS.....	39
8. IMPLICACIONES DE LA MEDIACIÓN PARA LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA.....	41
9. CONCLUSIONES.....	43
10. BIBLIOGRAFÍA.....	46

1. ABREVIATURAS

ADPCP- Anuario Derecho Penal y Ciencias Penales

CC- Código Civil

CCPP- Cuadernos Penales

CDN- Convención de Derechos del Niño

CIVC.- Cuadernos Instituto Vasco de Criminología

CP- Código Penal

DA- Disposición Adicional

ICPP- Instituto Ciencia Procesal Penal

LL- La Ley

LO.- Ley Orgánica

LOPJ- Ley Orgánica del Poder Judicial

LORPM- Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor

LOTG- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LTTM- Ley de Tribunales Tutelares de Menores

MF- Ministerio Fiscal

RAP- Revista Actualidad Penal

RDPP- Revista Derecho Penal y Procesal

RECPC- Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

Reglamento- Real Decreto 177/2004, de 30 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

REJ- Revista de Estudios Jurídicos

RIPJ- Revista Internacional de Práctica Jurídica

RJCM- Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

RPJ- Revista Poder Judicial

RVJLL- Revista Jurídica La Ley

TFM- Trabajo Fin de Máster

2. INTRODUCCIÓN

Los sistemas tradicionales de organización de la justicia penal han mirado con recelo los métodos de resolución negociada de conflictos, potenciándose éstos, por el contrario, en el campo del Derecho privado o incluso en otros ámbitos del Derecho público. No cabe duda que el carácter de las potestades en juego (*ius puniendi* estatal) y los derechos que pueden verse involucrados (el elenco de garantías procesales-penales y, en definitiva, los derechos fundamentales de la persona) aconsejan una sana cautela frente a ellos.

No obstante, en los últimos tiempos ha nacido un interés por desarrollar nuevas respuestas frente a la delincuencia fuera de las tradicionales retributivas-represivas, y en especial, alternativas a las penas privativas de libertad, histórico paradigma de la respuesta penal. Existe el convencimiento de que la pena por sí sola no es capaz de restaurar el orden social perturbado y que tampoco es capaz de cumplir los fines constitucionales de rehabilitación y reinserción social del delincuente.

En esta idea se circunscribe el mecanismo de la mediación penal, que no es ni un mero sistema de protección de la víctima, ni una forma de beneficiar al infractor, sino un nuevo modelo, una nueva vía de justicia penal que puede perfectamente convivir con la vía clásica o con todos aquellos mecanismos que sirvan para solucionar el problema social que supone el delito.

El hecho de que mi Trabajo de Fin de Máster aborde la mediación penal en menores infractores se debe a varios motivos:

En primer lugar, es el único ámbito del Derecho penal en donde se desarrolla la figura de la mediación. Concretamente tras la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, de responsabilidad penal de los menores. Si bien es cierto que la última reforma del Código Penal, en vigor desde el pasado 1 de Julio, recoge como novedad una expresa referencia a la reparación de la víctima y a los resultados del proceso de mediación en el instituto de la suspensión, en concreto en su art. 84. No obstante, no podemos equiparar ambas regulaciones. En el Derecho penal de adultos, se ha previsto la figura, lo que puede verse como un avance en el uso de estas técnicas extrajudiciales, pero no se ha desarrollado la institución en los mismos términos que en el Derecho penal juvenil.

En segundo lugar, considero que es una institución que se adapta muy bien a las necesidades de los menores infractores y quería reflejar su importancia. La

adolescencia es una etapa de la vida en la que las personas se encuentran en plena evolución intelectual, emocional, educativa y moral. Los jóvenes no han culminado el proceso de formación para la vida adulta, ni han tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la Sociedad en donde viven. Esto no significa que sean incapaces de discernir y que sean inimputables, sólo que la reacción social frente a sus actos delictivos debe ser diferente, tiene que primar por encima de todo la formación y la inserción social del infractor, obligando a establecer procesos más rápidos y a disponer de un amplio abanico de medidas socio-educativas, donde la mediación se encuentra.

Y, finalmente, otro de los motivos que me llevaron a elegir el tema de la mediación penal en menores se encuentra en la evolución del escenario social donde los adolescentes desarrollan sus conductas transgresoras. La actividad delictiva de los jóvenes ocupa amplios espacios, ya no sólo calles, centros públicos, espacios de esparcimiento, centros comerciales, etc.; sino que su foco de actuación se ha visto ampliado con la llegada de las nuevas tecnologías, haciendo de Internet un medio muy frecuentado por los jóvenes para llevar a cabo sus comportamientos delictivos. Desde esta perspectiva, quería comprobar la importancia de la mediación para poner freno a estas conductas, valorando y analizando el nivel de reincidencia y el impacto sobre las víctimas tras la aplicación de estos programas.

El trabajo lo he estructurado en siete apartados cuyo contenido explicaré brevemente a continuación:

En primer lugar, he considerado oportuno aproximarme a la institución de la mediación penal en menores desde una perspectiva histórica para así comprobar sus raíces.

En segundo lugar, he querido dar un concepto de lo que debemos entender por mediación penal, reflejando los presupuestos tanto objetivos, como subjetivos para que la figura tenga cabida dentro del Derecho penal de menores. Plasmando, por otro lado, las características propias de esta figura.

A continuación, haré alusión a las críticas formuladas desde los distintos sectores de la doctrina, señalando las respuestas vertidas por los partidarios de esta solución extrajudicial a las mismas.

Asimismo, describiré el procedimiento a seguir distinguiendo por una lado entre mediación pre-sentencial y mediación post-sentencial. Añadiendo un breve apartado que recoja las notas propias de la figura del mediador en estos procesos.

Continuaré con uno de los puntos claves de este trabajo, analizando el nivel de reincidencia existente tras el empleo de estos programas para poder comprobar su eficacia e identificar los factores que dan lugar a que el menor vuelva a delinquir, valorando asimismo los motivos que pueden dar lugar al fracaso de estas técnicas extrajudiciales. Contando, además, con un apartado específico que aborde el impacto sobre las víctimas.

Por otro lado, partiendo de la base de que se trata de un trabajo que se engloba dentro del Máster en Abogacía abordaré las implicaciones que podría suponer la medicación penal en menores en la práctica profesional de los abogados.

Y, finalmente, expondré las conclusiones a las que he llegado con la realización de este Trabajo, así como el juicio crítico, ya anticipo, que me merece esta figura.

La investigación la he llevado a cabo del siguiente modo: Dado el objetivo del mismo, identifiqué la normativa nacional e internacional de referencia en esta cuestión. Analicé el estado de la cuestión dentro de la doctrina, a partir de manuales, monografías y artículos publicados en revistas jurídicas. Estudié la Jurisprudencia existente, tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional, sirviéndome para su localización de las bases de datos del Consejo General del Poder Judicial, Westlaw, etc. Todo ello para poder comprender mejor una figura desconocida en gran parte por muchos sectores, sobre todo por quienes mayores beneficios podrían obtener de ella, que son, sin duda, los ciudadanos.

3. UNA MIRADA AL PASADO: CONTEXTO HISTÓRICO DE LA MEDIACIÓN PENAL EN MENORES INFRACTORES

Hasta llegar a la redacción actual contenida en el artículo 19 de la LORPM, los hitos que han marcado la transcendencia jurídica de la mediación podrían resumirse de la siguiente manera:

El punto de partida se encuentra en el siglo XIX, momento en el que surge la idea de crear un sistema de justicia juvenil, en donde tanto niños como adolescentes infractores recibieran un tratamiento adecuado a su condición de menores. Para dar respuesta a esa finalidad han ido surgiendo diferentes modelos en función del contexto económico, social y cultural en que tuvieron lugar. La profesora MARÍA MARTA TASCÓN hace referencia a seis modelos: el modelo de protección, el modelo educativo, el modelo de justicia, el modelo de justicia reparadora, el modelo de

intervención mínima y el modelo neocorreccionalista.¹ Aunque cabe señalar que la proyección de éstos no suele manifestarse de una manera exacta, sino que los sistemas de justicia de cada país lo que recogen son las notas principales de un modelo añadiendo manifestaciones más propias de otros distintos.

El modelo que interesa de cara a la figura de la mediación de menores infractores es el modelo de justicia reparadora. La filosofía en la que se basa se resume con la expresión inglesa “threeRs”- restauración, responsabilidad y reintegración- que recoge los tres objetivos básicos de este modelo. Para la consecución de los objetivos mencionados, los modelos de justicia reparadora se suelen servir de programas de solución de conflictos mediante acuerdos alcanzados entre las partes directamente afectadas que voluntariamente participan en el programa, situándose en ellos la mediación.

En esta línea, destacar que entre los procedimientos más innovadores que se adoptaron para intervenir con menores se encontraban las *family group conferences*, recogidas en la legislación neocelandesa con la aprobación del *Children, Young Person and their families Act 1989*.² Se trataba de reuniones celebradas por el menor, su familia o cualquier persona interesada en el menor, las víctimas o sus representantes o personas de apoyo a las víctimas, la policía, el abogado del menor, y en ocasiones, un trabajador social. Todos ellos colaborando para lograr un acuerdo sobre el tratamiento del menor, teniendo presente los intereses del mismo, de la víctima y de la Comunidad en general. Existía un presupuesto previo para que estas reuniones tuvieran lugar: el reconocimiento del hecho cometido por el propio menor.

Ahora bien, de manera más concreta, se suele situar el nacimiento de los programas de mediación en el ámbito canadiense y norteamericano de los años setenta, pasando en el año 1977 a Gran Bretaña. En los años ochenta fueron Holanda y Alemania quienes comenzaron sus experiencias, y Austria en 1985.³

¹ Sobre los distintos modelos de intervención con los menores véase, GONZÁLEZ TASCÓN, “Aproximación a los diferentes modelos de intervención con los menores desde la perspectiva del Derecho comparado”, CPC, N°96, 2008, Pp. 151-205..

² Children, Young Person and Their families Act 1989, es una ley que aspiraba a reconocer los derechos de los niños, satisfacer los intereses de la víctima y reflejar la diversidad cultural de la población del país. Produciéndose un favorecimiento de las técnicas de desjudicialización.

³ Sobre el inicio de los programas de mediación, véase, FERNÁNDEZ MOLINA. *Entre la educación y el castigo. Análisis de la Justicia de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 133 y ss. Del mismo modo, GONZALEZ ORTEGA ha recogido éstos inicios de los programas de mediación en "Incidencia de la mediación en el ámbito de la Jurisdicción penal de menores:

Partiendo de un contexto más normativo, conviene destacar que a nivel internacional el gran paso adelante se produjo con la aprobación de las "Reglas de Pekín" (Beijing Rules).⁴ Se trata de un conjunto de principios, amplios y flexibles para favorecer su adopción en los distintos ordenamientos nacionales, cuya principal característica es que reconocen a los órganos públicos encargados de la persecución de los delitos capacidad para abandonar el proceso formal en favor de programas de conciliación y restitución.⁵

A su vez, la CDN tiene la gran cualidad de ser la primera norma sobre la materia de acatamiento obligatorio para los Estados que la suscribieron.⁶ En relación con la materia que nos ocupa, la Convención obliga al respecto de las debidas garantías procesales cuando el presunto infractor es un menor, así como siempre que sea apropiado y aconsejable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales.

En el marco del Consejo de Europa, la Recomendación del Comité de Ministros nº(87) 20, de 17 de Septiembre de 1987, sobre "Reacciones sociales a la delincuencia juvenil", estableció la necesidad de que para que la educación y la integración social pudieran ser las características del sistema penal juvenil, los jóvenes no fueran

aspectos jurídicos y psicosociales", y "Respuestas tradicionales y alternativas. La función mediadora en la justicia penal", PorticoLegal.com, 2008.

⁴ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores fueron adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de Noviembre de 1985 por recomendación de VII Congreso. Anteriormente por la recomendación de la Resolución 4 del VI Congreso, el Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención y Control del Crimen había contribuido al desarrollo de estas reglas en colaboración con los Institutos de las Naciones Unidas regionales e interregionales. Estas reglas fueron elaboradas más a fondo por la Reunión preparatoria interregional para el VII Congreso sobre "Juventud, Crimen y Justicia" en Beijing, China, en 1984. En las reglas se prevén medidas específicas que cubren diversas fases de la justicia juvenil, haciendo hincapié en que el ingreso en las Instituciones sólo será utilizado como último recurso y durante el plazo más breve posible.

⁵Art. 11 de las Reglas de Beijing (...) 11.2 *"La policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las precedentes reglas"* (...) 11.4 *"Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas"*.

⁶ La Convención de Derechos del Niño fue adoptada el 20 de Noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones. Es un Tratado Internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definidos como personas menores de dieciocho años. En 41 artículos de fondo, establece que los Estados parte deben asegurar que todos los niños se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; y pueda desarrollar plenamente sus personalidades y habilidades.

juzgados por los Tribunales de mayores e instó a los Estados Miembros a revisar su legislación y su práctica recomendando el desarrollo de la desjudicialización y la mediación bajo la tutela del propio órgano de persecución o de la policía, según cuál sea el competente en cada país, con el fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en la espiral nociva del sistema de justicia penal y padezcan sus consecuencias.⁷

Centrándonos en la regulación de la legislación de menores en España,⁸ cabe destacar que durante el franquismo imperó la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de Junio de 1948, que consagraba un sistema paternalista de larga tradición en nuestro país.⁹ Este sistema carecía de toda garantía jurídica, convirtió a los Tribunales de Menores en híbridos administrativo-jurisdiccionales, ya que podrían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial y dependían del Consejo Superior de Protección de Menores, órgano éste dependiente del Ministerio de Justicia. Dicha estructura se vio alterada por las modificaciones introducidas por el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, que posibilitó al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores.

No obstante, a finales de los años setenta, con el advertimiento del Estado democrático, España sufre importantes cambios políticos, económicos, y también sociales. El país vive un proceso de transición política, uno de los momentos más

⁷ La Recomendación nº (87) 18 de 17 de Septiembre de 1987, adoptada por el Comité de Ministros de los Estados Miembros durante las 410ª reunión de los Delegados de ministros.

⁸ En relación a esa evolución de la legislación de menores, véase, SOLA RECHE Y OTROS, *Derecho penal y psicología del menor*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 75 y ss. Asimismo, FERNÁNDEZ MOLINA, E. *Entre la Educación y el Castigo. Análisis de la Justicia de Menores*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 113 y ss.; MAYORGA FERNÁNDEZ Y OTROS, *Los menores en un Estado de Derecho*, Ed. Dykinson, Málaga, 2009, pp. 22 y ss.; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000*, de 12 de Enero, Ed. Bosch, 2007, pp. 53 y ss; y BRUALLA SANTOS-FUNCIA, "Los derechos del niño: menores infractores. Algunas consideraciones." en *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, Ed. Junta de Castilla y León, Castilla y León, 2001, pp. 11 y ss.

⁹ El Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de menores, aprobado por Decreto de 11 de Junio de 1948, establece el sistema de la jurisdicción especial de menores que estará vigente hasta 1942. Se configuran como organismos administrativos-judiciales, compuestos por personas cuyas características esenciales debían ser el gozar de "una moralidad y vida familiar intachable, que por sus conocimientos técnicos se hallen más indicadas para el desempeño de la función tuitiva que se les encomiende" y que tienen atribuidas las funciones protectora, reformadora y de enjuiciamiento de menores de 16 años. La Ley fue reformada por los Decretos de 19 de Diciembre de 1969 y 26 de Febrero de 1976, dando entrada, como jueces unipersonales, a personal activo de la carrera judicial o fiscal, pero sin estar sometidos a las normas procesales.

determinantes en la historia de nuestro país.¹⁰ Sin embargo, parece que en el ámbito de la justicia de menores, las hondas transformaciones que estaba sufriendo el país, tuvieron una plasmación más tardía, y aunque la LOPJ, previó la creación de los Juzgados de menores, hubo que esperar hasta la STC 36/1991 de 14 de Febrero.¹¹ Concretamente, en su Fundamento de Derecho Sexto, estableció la “palmaría” discordancia entre el procedimiento configurado por la Ley y las garantías consagradas en nuestra Carta Magna.

Consecuencia de aquel pronunciamiento fue la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de Junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de menores, la cual puso fin al sistema tradicional y estableció que los menores fuesen juzgados por jueces profesionales a través de un procedimiento similar al de los adultos. Por otro lado, se plasman las finalidades expresadas en las diferentes resoluciones internacionales. Esta ley reconocía la reparación extrajudicial como fórmula para finalizar el procedimiento al establecer la posibilidad de que el juez, a propuesta del fiscal, diera por concluida la tramitación de las actuaciones antes de que tuviera lugar la comparecencia ante el mismo en atención a una serie de parámetros entre los que se encontraba que el menor hubiera reparado o se comprometiera a reparar el daño causado a la víctimas (art. 15.1.6.º) y al señalar la aceptación de una propuesta de reparación extrajudicial como condición de la suspensión del fallo (art. 16.3).

Y, finalmente, llegamos a las Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor.¹² Esta ley marca una nueva etapa en materia de legislación penal de menores, siendo la primera en regular de manera expresa la institución de la mediación en su artículo 19, y siendo, como ya hemos mencionado en la Introducción que precede, el eje central de este Trabajo de Fin de Máster.¹³

¹¹ En concreto la STC 36/1991, en su Fº6. señala lo siguiente “No es necesario hacer consideración alguna para evidenciar su incompatibilidad con los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 CE. El art. 15 LTTM excluye rotundamente la aplicación de las reglas procesales vigentes deben incorporar”, dejando constancia por tanto de la inconstitucionalidad de la LTTM, rige el principio inquisitivo, puesto que sólo actúa el Juez, sin que intervenga el MF, ni otro órgano o institución, violándose el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que falta el derecho a ser oído, a utilizar medios de prueba pertinentes, a la contradicción procesal, el derecho a la defensa, etc.

¹² La promulgación de la LORPM, era una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de Junio; en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados de 10 de Mayo de 1994, y en el artículo 19 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre del CP.

4. CONCEPTO, PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN PENAL JUVENIL

4.1 CONCEPTO

En primer lugar, podemos definir la mediación penal como un proceso a través del cual las partes que están enfrentadas en un conflicto, con la ayuda de un tercero o mediador, deciden de manera voluntaria buscar una solución a ese conflicto que les enfrenta. En el ámbito penal, víctima y autor del delito, con la ayuda de un tercero, se implican en la búsqueda de soluciones en el conflicto que les enfrenta como consecuencia del hecho delictivo, devolviendo el protagonismo a las partes para que sean ellos quienes decidan la forma en que quieren reparar y ser reparados.¹⁴

La LORPM, vino a establecer un modelo de mediación y reparación, y a regular de forma explícita las posibilidades de la justicia restaurativa en el ámbito penal juvenil. Más concretamente, la conciliación y la reparación son definidas legalmente en el artículo 19.2 LORPM. Como señala ORNOSA FERNÁNDEZ, constituyen la respuesta a la denominada crisis resocializadora,¹⁵ y son una manifestación más de los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima que analizaremos con más detenimiento a lo largo de este trabajo.¹⁶

¹³Ampliamente, PERI RIERA, "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previstos por la Ley Orgánica 5/2000", RJLL, 2001, pp. 1649-1653; o CRUZ MÁRQUEZ, "La mediación en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño". RECPC, 2005, pp. 1-34.

¹⁴ Definición que podemos encontrar en diversas monografías y artículos de revistas jurídicas, como por ejemplo, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000*, de 12 de Enero, Ed. Bosch, 2007, pp.291; GARCÍA MOSQUERA, M, *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel., Madrid, 2007, pp. 291; ALVAREZ RAMOS, F. "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", *International E-Journal of Criminal*, N° 10, 1996, pp. 196; GÍMENEZ-SALINAS COLOMER, E, "La mediación en el Sistema de Justicia Juvenil: una visión desde el derecho comparado", *CIVC*, N° 10, 1996; entre otras.

¹⁵ Señala ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000*, de 12 de Enero, Ed. Bosch, 2007, pp. 87, que existe un cada vez más extendido convencimiento de que la pena por si sola es incapaz de restaurar el orden jurídico perturbado y que tampoco es capaz de cumplir los fines constitucionales de rehabilitación y reinserción social del delincuente, propugnados en el artículo 25.2 CE. Precisamente uno de los puntos centrales de las nuevas corrientes jurídico penales es la búsqueda de nuevas alternativas a la solución de conflictos y el establecimiento de mecanismos tendentes a otorgar una mayor participación y protección a la víctima.

¹⁶ Si la protección del conjunto de la sociedad puede producirse con medios menos lesivos que los del Derecho Penal, habrá que prescindir de la tutela penal y utilizar el medio que con igual

En cuanto a la conciliación, el artículo 19.2 LORPM, la entiende producida cuando el menor reconozca el daño, se disculpe y dichas disculpas sean aceptadas por la víctima.

Se ha sustituido acertadamente la expresión "arrepentimiento", por la de "reconocimiento" del daño, con la finalidad de no limitar de manera desmesurada el concepto de conciliación y evitar así confundir los requisitos de la misma, que deben centrarse en potenciar el esfuerzo reparador y responsabilizador, así como su implantación voluntaria en este proceso; con los resultados de la misma, que sí podrían pasar por dicho arrepentimiento.

En cualquier caso la petición de disculpas y su aceptación sí que son presupuestos para la viabilidad de la conciliación.

Por su parte, la reparación se entiende como asunción del compromiso de reparar, es decir, compromiso de desarrollar actividades en favor de la víctima o comunidad, seguido de una efectiva realización, a excepción de que exista una causa no imputable a la voluntad del menor.

La diferencia prevista con el art.15.6ª de la LO 4/1992, radica especialmente en que ésta última no preveía específicamente la mediación, sino que su utilización dependía de la práctica de cada Juzgado. Además, la reparación no era un presupuesto ineludible para decidir la terminación o el sobreseimiento libre del expediente, bastaba el ánimo o intención de reparar. El artículo 19 LORPM, en cambio, generaliza y reconoce la intervención mediadora en la instrucción del expediente y, aunque no la convierte en obligatoria, institucionaliza una labor mediadora por razones de oportunidad y en aras de un posible sobreseimiento del expediente penal.¹⁷

4.2 PRESUPUESTOS

Antes de iniciar el análisis de los presupuestos, considero oportuno reflejar lo dispuesto en el mencionado art. 19 LORPM:

“1º También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo

efectividad, sea menos grave y contundente. (STS 670/2006, de 11 de Junio y STC 237/2005, de 26 de Septiembre).

¹⁷ Sobre este particular, véase, MAPELLI CAFFARENA, Y OTROS. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”. Junta de Andalucía. Conserjería de Justicia y Administración Pública. Instituto andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2002.

particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

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

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

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

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

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

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

4.2.1 PRESUPUESTOS OBJETIVOS

En lo referente a los presupuestos objetivos para la aplicación del artículo 19 LORPM, hay que considerar los siguientes:

1. En cuanto a los hechos delictivos, han de tratarse de delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación graves en su comisión. El legislador ha querido distinguir, por un lado, el modo de comisión del hecho delictivo “sin violencia e intimidación graves”; y, por otro, la naturaleza del ilícito penal “delito menos grave o falta”.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por delito menos grave o falta? Son delitos menos graves aquellos a los que la ley asigna una pena menos grave (art. 13.2 CP), y faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve, estableciéndose una remisión al art. 33.3 y 33.4 CP, que contiene la relación de las penas calificadas como menos graves y leves y donde se exige como condición inexcusable que el hecho imputado al menor no tenga prevista en el CP una pena superior a cinco años.

Por otro lado, como criterios menos rígidos, la ley dispone que a la hora de adoptar la decisión, el Fiscal deberá valorar la gravedad y las circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los mismos. Puede observarse en este punto cierta relajación de las exigencias en relación con la no incoación del expediente del artículo 18 LORPM, dado el carácter no absolutamente excluyente de la referencia a la violación o intimidación y la limitación de la misma tan sólo a los supuestos en que tales circunstancias no sean tenidas como graves.¹⁸

En cualquier caso, podemos definir violencia como toda acción o fuerza que se realiza sobre una persona para vencer su resistencia natural a la comisión de un hecho delictivo, pudiéndose apreciar cuando para realizar la infracción penal se efectúa una acción que causa un delito contra las personas, con independencia de que esa conducta se pueda integrar a su vez en otro tipo delictivo, así como cuando se produce algún tipo de violencia física no causante de lesiones.¹⁹

Por su parte la intimidación se puede definir como el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave, personal y posible, que despierta o inspira en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego, ante la contingencia de un daño real o imaginario.²⁰

Más concretamente, ¿qué debemos entender por violencia o intimidación grave? El TS se ha manifestado al respecto y ha considerado que el hecho de esgrimir o empuñar un arma blanca contra agentes de la autoridad como elemento disuasorio frente a su legítima actuación constituye un acto de intimidación que ha de valorarse

¹⁸ En el sentido aquí expresado, DOLZ LAGO, "El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas", en *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menor*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Madrid, 2000, pp. 494.

¹⁹ Así lo señala DIAZ MARTÍNEZ, *La Instrucción en el proceso penal de menores*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 65.

²⁰ DIAZ MARTINEZ, *La Instrucción en el proceso penal de menores*, cit. Op., pp. 67.

como grave, sin perjuicio de que las circunstancias concretas del caso pudieran valorar esta calificación.²¹

En base a lo anterior, considero interesante hacer una breve reflexión y ver en qué términos estos presupuestos objetivos se podrían hacer extensibles al proceso penal de adultos, teniendo en cuenta que es una medida que aún no se ha visto desarrollada. Únicamente se ha previsto tras la reforma del CP de Julio de 2015 en su art. 84 pensada para la institución de la suspensión. Parto de la idea de que no podrá diseñarse un sistema de mediación penal para todo tipo de delitos y hechos punibles, los delitos susceptibles de mediación, por tratarse de delitos donde el titular de la acción penal tiene disposición sobre ella, ya sea por la necesidad de presentar denuncia o querrela, o porque su perdón al infractor extinga la responsabilidad criminal de éste serían los siguientes: Delitos de daños (art 263 a 267 CP); delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP); delitos de calumnias e injurias (art. 215 CP); Delitos de impago de pensiones (art. 228 CP); y delitos contra la propiedad intelectual e industrial (art. 287 CP). Todos ellos siempre que tenga un posible autor conocido o identificado.

2. Se requiere acuerdo o compromiso de reparación del menor con la víctima. Como ya mencionamos, para que se de esa conciliación es preciso que el menor reconozca el daño causado, se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas. En lo relativo a la reparación, es preciso que exista un compromiso asumido por el menor de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos o de la comunidad.

De la regulación establecida en la Ley, se desprende, en primer lugar, que sólo puede haber conciliación cuando la víctima acepte las disculpas del menor. Parece que necesariamente habrían de concurrir las dos voluntades. Así, si sólo concurre la voluntad del menor habría que continuarse con la tramitación de la causa.

Sin embargo, esta solución parece extremada. Uno de los principios rectores del sistema de menores es el valor superior del interés del menor. BLANCO BARELA, entre otros muchos autores, afirma que si hay un principio singular que gravita entorno a toda la normativa penal de los menores, es el principio del interés superior del menor, señalando que basta echar un vistazo a la Exposición de Motivos de la LORPM para comprender que el interés del menor impregna la filosofía de la ley. La finalidad

²¹ En este sentido se pronuncian STS 1672/2000, STS 1872/2000 y STS 470/2009.

no es sancionar, sino conseguir la recuperación del menor.²²En un extremo opuesto, el catedrático PAREDES CASTAÑÓN critica dicha afirmación, y sostiene que el Derecho penal de menores no persigue ante todo y sobre todo el interés del menor, podrá respetarlo, pero su objetivo seguirá siendo la prevención de delitos. Asimismo, señala que dicho principio deberá ser tomado, en la interpretación de las normas, como un límite a la acción sancionatoria del poder estatal teniendo como función la de proporcionar los criterios materiales para limitar la intensidad afflictiva de la reacción estatal en contra del menor delincuente.²³

En cualquier caso, ambas interpretaciones dan lugar a que se siga la otra solución, es decir, la no tramitación del expediente, bien por entender que no se ha llegado al acuerdo por causas ajenas a la voluntad del menor, para lo cual es preciso en todo caso que constara la voluntad de la víctima de participar en el proceso de mediación; bien por la vía del artículo 18 LORPM, que permite el desistimiento de la incoación de la causa por el Ministerio Fiscal cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o cuando sean faltas.

También se requiere para la reparación la concurrencia de voluntades de estos sujetos. Éstas voluntades deberán estar presentes siempre y para todas las partes en el momento en el que se asuma el compromiso ante el equipo técnico, que es quien llevará a cabo las tareas mediadoras y, para el menor, también en el momento en el que lleve a cabo la ejecución, no siendo necesaria la de las víctimas o perjudicados en el delito.

4.2.2 PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

En lo referente a los sujetos que pueden llevar a cabo los acuerdos de conciliación y el compromiso de reparación, tiene que tratarse de un menor imputado, por un lado; y por otro, del ofendido por el delito. No obstante, para que dichos acuerdos sean jurídicamente válidos se requiere que las personas que los realicen tengan capacidad.

²². Interpretación seguida por BLANCO VARELA, "Responsabilidad Penal del Menor: Principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal Español", REJ, N°8, 2008, pp. 8 y ss.; así como RAVELLAT BALLESTÉ, "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", Ed. Educatio Siglo XXI, N° 2, Barcelona, 2012, pp. 89 y ss.; y CRUZ PARRA, *La Mediación penal. Problemática y soluciones*. Ed, Autopublicaciónlibros.com, Granada, 2013, pp. 257 y ss. También lo podemos encontrar definido en esos términos por la STS 18 1987/1515; y SAP Zaragoza 2000/123432.

²³ Para un análisis más profundo del principio del interés superior del menor, véase, PAREDES CASTAÑÓN, "El principio del interés del menor" en " Derecho penal: una visión crítica", RDPYC, N° 10, 2013, pp. 156 y ss.

Así, cabe preguntarnos si el menor goza de capacidad para llevar a cabo por sí mismo estas actuaciones jurídicas. En nuestro ordenamiento, a estos sujetos se les reconoce capacidad procesal, aunque específica o limitada, es decir, no se les permite la adquisición de su calidad de parte acusada en cualquier ámbito de la justicia penal, sino que van a ser objeto, como imputados, de un procedimiento especializado, y con la eventual imposición de alguna de las medidas previstas en la LORPM, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 LORPM.

Para mayor abundamiento, ese procedimiento especializado se traduce -entre otros aspectos- en que todo menor que se encuentre en la franja legal para ello puede admitir el compromiso de reparación sin que ello suponga la necesidad previa de valoración general de su capacidad, con independencia de la que se pueda realizar por los profesionales sobre su participación concreta en un supuesto específico. Esa franja legal estaría comprendida por todos aquellos mayores de catorce años y menores de dieciocho que hayan cometido un hecho delictivo que pueda ser tipificado como delito por el CP (art. 1 LORPM). Con lo que se puede concluir, como puntualiza GARCÍA MOSQUERA que goza de capacidad para realizar por sí mismo la conciliación, o en su caso, asumir el compromiso de reparación, sin perjuicio de que esté debidamente asistido por un letrado que lo asesore.²⁴

Sin embargo, existe una sensible diferencia respecto de la víctima o perjudicado. A tenor de lo dispuesto en el artículo 19.6 LORPM, sólo se reconoce capacidad para llevar a cabo la conciliación a quienes poseen capacidad de obrar. De ahí que cuando la víctima fuera un menor de edad (entendiéndolo como no emancipado) o incapaz, el acuerdo de conciliación o compromiso habrá de ser asumido por el representante legal, con aprobación del juez de menores (art. 322 y 323 CC).

4.3 CARACTERÍSTICAS

Como ya advertimos en líneas anteriores, la justicia penal juvenil se caracteriza porque en ella prima por encima de todo la formación y la inserción social del infractor, y se tiende a una mayor utilización de salidas alternativas al proceso penal, encontrándose la mediación entre ellas. La propia Exposición de Motivos de la LORPM

²⁴GARCÍA MOSQUERA, M. "Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)". Iustel. Madrid. 2007. Pág. 211 y ss.

afirma la finalidad educativa del proceso, que implica a su vez flexibilidad en la adopción y ejecución de medidas.²⁵

Como notas características propias de la mediación encontramos:

La **voluntariedad**, es la primera y fundamental característica. Se admite de forma consensuada y pacífica que la mediación requiere de la voluntad de las partes para constituirse en sujetos activos de la misma. GORDILLO SANTANA afirma que precisamente el éxito de la mediación radica en la libertad, la autonomía y la voluntad de las partes para intentar llegar a una solución dialogada.²⁶

Por otra parte, la participación de la víctima y el infractor, además de ser voluntaria, ha de ser **informada**. Las partes han de ser debidamente informadas de las consecuencias de su participación, sólo así quedará debidamente garantizada su voluntariedad. Esta información debe tener un doble contenido, por un lado el del desarrollo y posibles consecuencias del procedimiento penal, y por otro, el del significado, trascendencia, alcance, consecuencias y derechos que asisten a los intervinientes y que analizaremos con más profundidad en el apartado del procedimiento.

Otra nota característica de la mediación sería la **confidencialidad**. Todo lo que suceda desde que se deriva el expediente al equipo técnico hasta que termina el procedimiento es confidencial, salvo el acta de reparación en él que se plasman los acuerdos suscritos por las partes, y los que ellos decidan que allí conste de manera expresa. Se puede afirmar que la confidencialidad no sólo es una característica esencial del proceso de mediación, sino una garantía para hacer frente a las críticas que se hacen a esta institución, sobre todo en lo referente al derecho a la presunción de inocencia. Punto que analizaremos a lo largo de este trabajo.

Por otro lado, cabe destacar la **oficialidad** del proceso de mediación penal. Éste se desprende del propio proceso penal, para, más tarde, tras su desarrollo, retornar y engarzarse definitivamente en el mismo. Por tanto, se trata de un "método oficial", no de un mecanismo libre, privado y sin trascendencia jurídica. Esta oficialidad está

²⁵ Para un análisis de la Exposición de Motivos de la LORPM, véase, ORNOSA FERNÁNDEZ, "Derecho penal. Comentarios a la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores", cit., pp. 156 y ss.

²⁶ GORDILLO SANTANA, "La justicia restaurativa y la mediación penal", Ed. Iustel, Madrid, 2007, pp. 190 y ss.

íntimamente relacionada con el carácter público del Derecho penal, y que veremos también de manera más detallada en el apartado de críticas.

Asimismo, el proceso de mediación trata de buscar el equilibrio entre las partes para la resolución de su conflicto. Durante el mismo, los mediadores no se posicionan a favor de ninguno de los intervinientes, se mantienen **neutrales**.²⁷ Esta conducta debe percibirse en detalles que pueden parecer insignificantes, por ejemplo, la distancia que mantienen las partes respecto del mediador durante la fase de encuentro dialogado o la duración misma de las entrevistas individuales, pues las imperceptibles diferencias pueden ser valoradas de manera negativa por cualquiera de las partes.

Por otro lado, como anunciábamos al principio del epígrafe, el proceso de mediación, a diferencia del proceso convencional, es absolutamente **flexible**, no sólo en cuanto a los plazos, sino también en la manera de llevar a cabo las entrevistas individuales y el encuentro dialogado, así como en la propia resolución del encuentro.²⁸ En cualquier caso, la mediación es perfectamente compatible con un proceso público y resuelto en plazo razonable, lo que se traduce a un proceso sin dilaciones indebidas. No puede considerarse excesivo en tanto de ser exitoso, evitará los recursos, y acelerará la resolución final del conflicto. En este orden de cosas, la flexibilidad de los acuerdos deriva en que no se parte de acuerdos cerrados, impositivos, e inflexibles, sino que desde la capacidad de la persona infractora para reparar y la necesidad de la víctima para ser reparado, se busca el mejor acuerdo.

Finalmente, otra nota característica será la **gratuidad**, estando relacionada con el carácter público del Derecho penal. Los gastos derivados de la mediación han de ser asumidos por la Administración de Justicia, al formar parte del proceso penal. Haciendo posible que la mediación sea extensible a todas las personas que, estando implicadas en un proceso penal, deseen optar por implicarse en este sistema. Esta característica permite dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 14 CE.

Todas estas características configuran la mediación penal en menores y ponen de relieve la especificidad del Derecho penal juvenil frente al Derecho penal de adultos, donde la instauración de este mecanismo de resolución de conflictos presenta mayores dificultades.

²⁷ GILLERMO PORTELA, "Características de la mediación", en Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 220.

²⁸ RIOS PASCUAL Y OTROS, "La mediación penal y penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano", Ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 101 y ss.

En este sentido, la mediación es una respuesta extrajudicial que encaja con muchos de los principios inspiradores del proceso penal de menores. Ya no sólo con el principio del interés superior del menor mencionado con anterioridad, sino que también hace frente a otros principios, como por ejemplo, el principio de intervención mínima, el principio de oportunidad, de proporcionalidad, de ultima ratio, etc. En primer lugar, VILLEGAS FERNÁNDEZ, afirma que el principio de intervención mínima no sólo se configura como una suerte de idea-fuerza, sino que alrededor de él orbitan otros principios como el de “fragmentariedad”, “ultima ratio” y “proporcionalidad”.²⁹ El principio de intervención mínima responde a la idea de que el Derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en Sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos. Por su parte, el principio de oportunidad es otra de las excepciones a la concepción tradicional del proceso penal y uno de los pilares en los que se sustenta la actuación penal respecto del menor, y en concreto en los procesos de mediación. GIMENO SENDRA ha definido el principio de oportunidad como la facultad que al titular de la acción penal le asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.³⁰ Se trata de una característica bastante criticada por distintos sectores de la doctrina y constituirá uno de los ejes centrales del apartado de críticas a la mediación penal en menores.

En cambio, desde la perspectiva del derecho penal de adultos y del respeto a los principios penales, garantías procesales y finalidades de la pena existen delitos cuya respuesta no puede dejarse exclusivamente en manos de los afectados, ya sea por la gravedad de la pena, por su naturaleza que la hace incompatible con esta figura, o bien por la afirmación del Derecho penal en términos de prevención general. Lo cierto

²⁹ Definición que podemos encontrar en VILLEGAS FERNÁNDEZ, “Qué es el principio de intervención mínima, RIPj, N° 23, 2009, pp.1-10. Asimismo, muy ilustrativa es la SAP Córdoba 2004/126721 al establecer lo siguiente: “*El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. (...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario*”

³⁰ Definición que aparece en GIMENO SENDRA, “Los procedimientos penales simplificados. Principio de oportunidad y proceso penal monitorio” RPJ, N° II, pp. 34.

es que dar cobertura penal a la mediación en nuestro sistema de adultos es una labor que no está exenta de dificultades. Al contrario, habrá impedimentos de índole jurídico, pero también presupuestario e incluso sociológico. Institucionalizar la mediación penal en nuestro sistema demandará disponer de los medios personales y materiales necesarios para hacer frente a la infraestructura administrativa que exige una institución como es la mediación. Será necesario también informar y concienciar a los ciudadanos y a los profesionales jurídicos de las ventajas que supondría instaurar un modelo desconocido en gran medida en nuestra tradición jurídico penal, partiendo de la base de que en el derecho penal de adultos no rige ese principio del interés superior del menor y existe una mentalidad más cerrada por parte de los diferentes operadores jurídicos, donde el objetivo educativo no está tan latente.

5. CRÍTICAS FORMULADAS A LA INSTITUCIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL EN MENORES

La figura de la mediación penal en menores infractores no ha estado exenta de críticas. A decir verdad, muchas han sido las objeciones que han proliferado desde los distintos sectores de la doctrina penal.³¹ Algunas de las cuales pasaremos a resumir a continuación.

Parece lógico pensar que cuando se instaura en el proceso una alternativa de resolución de conflictos como es la mediación penal, es a sabiendas de que respeta las garantías individuales derivadas de los principios del proceso (proporcionalidad, igualdad de partes, etc.) así como los derechos de la parte acusada consagrados en nuestra CE, particularmente el derecho a la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia no sólo es un principio del que se derivan límites al legislador, sino un auténtico derecho fundamental cuyo contenido, como afirma

³¹En relación al proceso mediador, *“El concepto de conflicto, como sustitución a la noción de delito en la mediación, provoca una huida de los principios penales ordinarios, que se mixturán con planteamientos puramente civilísticos, lo que conlleva que la materia delictiva sea tratada de un modo diferente a cómo se realiza en el ámbito jurisdiccional. Ello conllevará, también, la desaparición o, cuando menos, flexibilización de los derechos del imputado en el proceso penal. De este modo, se soslayan ciertas garantías como el derecho a no declarar contra sí mismo, o la presunción de inocencia, por cuanto la participación en la conciliación implica cierto reconocimiento de los hechos por parte del autor, en virtud de la necesidad de aproximar realmente a las partes”* en FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, LL, Madrid 2005, p. 474. Sobre este aspecto, QUERALT JIMÉNEZ, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación”, en ADPCP, 1997, pp. 129 y ss.

GORDILLO SANTANA, consiste en que nadie puede ser condenado sin pruebas que, practicadas legítimamente, demuestren su culpabilidad.³²

En la mediación no se da condena alguna, si puede implicar la terminación, aunque provisional, de un proceso penal a través de la reparación del infractor a la víctima. En estos términos, hablamos de "infractor" cuando todavía no ha sido juzgado ni condenado. La pregunta es si no se estará atentando contra la presunción de inocencia al reconocer efectos jurídicos a la reparación que ofrece alguien contra quien no se ha desarrollado actividad probatoria alguna en el juicio. Cabe preguntarse también qué ocurriría si el mecanismo fracasa, ¿cabe atribuir a las manifestaciones vertidas libre y espontáneamente por el presunto infractor eficacia probatoria?

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, entiende que sí, y manifiesta que el mero reconocimiento fáctico ínsito en la propia participación podría hacerse valer como prueba del reconocimiento, por el autor, de su responsabilidad penal en los hechos enjuiciados.³³

No obstante, siguiendo la postura de GORDILLO SANTANA, entendemos que tales opiniones no son acertadas. Ello por una razón que parece olvidársele a los críticos, el hecho de que el menor está dispuesto a participar voluntariamente en el proceso penal. Además, no puede afirmarse que el sujeto es tratado como culpable imponiéndole una serie de exigencias en su actuación, aún no existe declaración de culpabilidad, la persona viene a asumir su responsabilidad en las consecuencias lesivas del hecho, lo que no coincide con el reconocimiento de responsabilidad jurídico penal.

En lo referente a la confidencialidad de la información expuesta durante la mediación, conviene tener presente que difícilmente se podría generar un espacio de diálogo entre víctima y victimario si lo declarado en la mediación pudiera ser utilizado en el futuro. Resulta esclarecedor el Apartado II del Apéndice de la Recomendación nº R (99) 19, de 15 de Septiembre de 1999, que ampara una doctrina garantista para con la tutela de los derechos de las partes- específicamente los del victimario- doctrina

³² GORDILLO SANTANA en, "Los principios constitucionales y las garantía penales en el marco del proceso de mediación penal", Redur, 2006, pp. 36.

³³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal en adultos", en CUERDA ANAU, Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del Setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador. Vives Antón, Tirant Lo Blanch, Tomo II, Valencia, 2009, pp. 1957.

según la cual la confidencialidad debería afectar a toda la mediación salvo lo referido al acta de reparación.

En definitiva, el reconocimiento de los hechos durante el desarrollo de la actividad mediadora no podrá ser trasladado al proceso penal si aquella finaliza sin acuerdo.³⁴ No pudiendo el mediador ser llamado al proceso en calidad de perito, ni testigo, protegido ante una eventual responsabilidad penal por el secreto profesional.³⁵

En otro orden de cosas, cabría mencionar las reticencias de quienes identifican la introducción de los mecanismos de mediación con la privatización de la Justicia penal, por considerar que deja en manos de los intereses de la víctima y del infractor la configuración de la respuesta sancionadora. Afirman que estaríamos ante una quiebra del monopolio estatal, del monopolio judicial y del monopolio procesal, como instrumento regido por un conjunto de garantías para el justiciable, que, en estos sistemas mediadores, consensuados y conciliatorios, peligran al asentarse en el principio de oportunidad y permitir la existencia de una relación jurídico material penal que se opone al artículo 117.3 CE.³⁶

Sin embargo, aportaciones de autores como RIOS MARTÍN ponen de manifiesto la existencia de un punto de unión y la complementariedad de ambos modelos. La mediación penal no elude la intervención del sistema penal, ni anula el papel de la administración de justicia. En este sentido, la mediación no supone una privatización de la justicia penal, porque, corresponde al Estado, de un lado, definir y delimitar el marco de la mediación - sus límites objetivos, subjetivos, formales y estructurales- y de otro, organizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudieran ocurrir. Se trata más bien de incluir de una manera más activa a la víctima y al infractor en el proceso, con el objetivo de la reparación, la responsabilización del daño y la petición de perdón.

Para continuar haciendo frente a esta crítica, es importante destacar que una cosa es el fenómeno de la desjudicialización de ciertos sectores del derecho privado con

³⁴ CASTILLEJO MANZANARES, "Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios", LL, Madrid, 2010, pp. 195.

³⁵ RIOS MARTÍN Y OTROS, *Colex*, 2ª Edición, Madrid, 2008, pp. 105, cuando señala que " *no se puede aceptar la solicitud de prueba testifical del mediador, que queda amparado por el secreto profesional*".

³⁶ CRUZ MARQUEZ, "La mediación en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Conciliación y reparación del daño", REPC, Extremadura, 2005, pp. 12.

mecanismos de arbitraje³⁷ y conciliación³⁸, que se incluyen en el contexto de la crisis del Estado social y de la Justicia, que afectaría esencialmente a sectores de intercambio y la contratación mercantil; y otra cosa distinta la mediación entre menores infractores y víctimas en el espacio del conflicto criminal. Como veníamos apuntando, la mediación penal, se trata de una mediación con objetivos reparadores y constituye una forma de intervención en el tratamiento del delito y del daño causado por la acción, diferente del método tradicional, pero complementario, coadyuda a conseguir algunos fines del proceso penal declarados por el ordenamiento jurídico, y que claramente no logra satisfacer.

La mediación por tanto, no viene a suplir al sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo. Y, en último extremo, sirve para acallar los sentimientos de venganza de las víctimas en la petición de un incremento punitivo del Estado que nada aporta a la pacificación y a la conveniencia social.

Por otro lado, se cuestiona también a la mediación autor-víctima y a la reparación desde la perspectiva de que la eliminación o disminución de la medida pudiera suponer una merma de las funciones preventivo-generales del Derecho penal puesto que puede existir la idea de que tras la comisión de un hecho delictivo y en el curso del enjuiciamiento se pide perdón, se paga la responsabilidad civil, se evita el juicio y se escabulle la responsabilidad penal. Pudiendo dar lugar a que se perciba que la justicia es blanda y se evitan los castigos. Según esta postura, los infractores acudirían a la mediación por fines puramente utilitaristas.³⁹

Ahora bien, no es correcto afirmar que la mediación penal equivale a la impunidad del delincuente y atente contra la prevención general y especial. Hay que destacar que para el infractor, someterse al proceso de mediación conlleva un esfuerzo personal

³⁷ El arbitraje es una negociación entre los disputantes en presencia de una tercera parte que tiene poder para decidir, si los negociadores no llegan a un acuerdo y estos aceptan previamente someterse al juicio del árbitro. Esto significa que las condiciones de aplicación del arbitraje las fija la ley. Es un método rápido y barato, pero las partes no tienen el control sobre el proceso una vez que ha comenzado. La diferencia entre este proceso y la mediación radica en que el árbitro tiene poder para imponer soluciones y el mediador no. Concepto extraído de BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002, pág. 83.

³⁸ La conciliación es una negociación en presencia del conciliador que se encarga de reunir a las partes y proponerles llegar a un acuerdo. La diferencia con la mediación es que el mediador diseña el proceso, enseña habilidades a las partes y ayuda en la toma del acuerdo a las partes para que sean éstas quienes generen las posibles alternativas, mientras que el conciliador desempeña un papel pasivo. BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, cit. pág. 83.

³⁹ Sobre este particular, véase, PASCUAL RODRÍGUEZ, "La mediación en el Sistema Penal", Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2012, pp. 132 y ss.

indudable. Debe acudir a las entrevistas individuales con el mediador, enfrentarse cara a cara (en la mayoría de los casos) con la víctima, buscar acuerdos, etc. La persona infractora, a través del proceso, llevará a cabo una serie de acciones que hasta entonces, y con carácter general para él, eran desconocidas. Trabaja la empatía, la responsabilización de su conducta, y el diálogo; además, a través de la realización de estos trabajos, podrá comprender el daño que ha ocasionado con su conducta, lo que dará lugar a un efecto de auto-reproche que se traducirá en el deseo de no incurrir nuevamente en la conducta delictiva, y por ello, la función de prevención del delito, se cumple de un modo más claro y visible para el menor infractor⁴⁰

Antes de terminar este apartado, considero interesante hacer alusión a la teoría de la Tercera Vía.⁴¹ El actual sistema penal, en lo que a las sanciones a imponer se refiere, es doble vía. Existe la pena y la medida de seguridad. Sin embargo, en el Derecho penal de menores vemos como la mediación abre paso a esta teoría.

En cualquier caso, como partidarios encontramos a ROXIN, quien entiende que el ingreso de la reparación y los intentos de conciliación se han convertido en elementos esenciales del sistema de sanciones, hasta tal punto que conformarían una tercera vía punitiva. Añade que la reparación no sería una pena o una medida de seguridad, sino una medida penal independiente que contiene elementos del derecho civil y cumple con los fines de la pena, favoreciendo: a) a la víctima, la que ve resarcido el daño sufrido, que no debe confundirse con la estricta reparación patrimonial o civil, sino que a los efectos penales, la víctima puede verse satisfecha con una reparación simbólica, o con determinados trabajos que realice el autor; b) el autor del delito, quien acepta voluntariamente la consecuencia jurídica que se propone como “vía punitiva”; c) la sociedad, la que no sólo ve solucionado el conflicto que el delito ha causado, sino que recibe la resocialización del delincuente, d) a la Administración de Justicia, la cual evita la realización o prosecución de un procedimiento penal, teniendo la reparación como posibles efectos el archivo de las actuaciones o la extinción del proceso a través del sobreseimiento.

⁴⁰ HERRERA MORENO “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”, RDPC, N° 6, 1996.

⁴¹ Para profundizar más al respecto, véase, GALAIN PALERMO, “¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin, Ed. Redur 3, 2005, pp. 201 y ss.; en RODRÍGUEZ DELGADO, “La reparación como la tercera vía en el Derecho Penal”, Ed. ICPP, N° 10, 2013, donde se afirma con carácter general que la pena debe cumplir con una función retributiva, y con una función preventiva, pero también, la pena debe cumplir una función reparadora, ya sea para con la víctima directa del delito o para la sociedad en general.

Ahora bien, la posición de ROXIN ha recibido numerosas críticas. HIRSCH sostiene que de admitirse esta nueva idea, la víctima más que beneficiada se vería perjudicada en sus intereses.⁴² Una condena a la reparación no sería nada nuevo, puesto que la víctima también la puede obtener a través del proceso civil. Añade que sólo se puede considerar ventajosa si se considera la reparación como una sanción que en caso de incumplimiento se convirtiera en pena de privación de libertad. No obstante, esta propuesta significaría la restauración de la prisión por deudas.

De manera resumida, partiendo de una idea retributiva de la pena, HIRSCH entiende que la víctima ve resarcidos sus intereses cuando el autor recibe un “justo castigo”, siendo la tercera vía una consecuencia jurídica ajena al Derecho penal y desacertada en sus consecuencias.

En conclusión, se ha afirmado que con el fenómeno de la mediación penal se ha producido un "desarme" del Derecho penal. No obstante, tampoco se puede olvidar que es tal Derecho el que sigue definiendo los delitos, quién es su autor y quién la víctima. Es la respuesta la que no se mide por los concretos criterios penales. En el fondo se trata de acudir a la mediación para devolver a la sociedad civil aquellos conflictos que no deberían haber entrado en el sistema judicial puro. Así pues, la mediación es una respuesta que nace dentro de la justicia penal, alcanza a la par fines de prevención general y de prevención especial y produce lo que hemos llamado la reconstrucción de la paz jurídica, una función pacificadora que ha sido denominada "tercera vía".

6. PROCEDIMIENTO A SEGUIR

La LORPM establece dos modelos de procesos de mediación atendiendo al momento procesal en que pueda producirse la conciliación o reparación.⁴³

Tenemos una mediación que tiene lugar en la fase de instrucción y que produce en la misma un paréntesis en tanto se intenta la conciliación o el acuerdo de reparación, a la que denominaremos mediación pre-sentencial.

Y, tenemos, un segundo modelo de mediación establecida por la LORPM en su artículo 51.3, pudiéndola definir como mediación judicial, caracterizada por producirse

⁴² HIRSHC HANS, “La reparación del daño en el marco del derecho penal material”, en de los Delitos y de las Víctimas, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. 1992, pp. 64 y ss.

⁴³ CASTILLEJO MANZANARES, R. “La Mediación en el proceso penal de menores”, RDPP. 2013. Pág. 23 y ss.

dentro del proceso judicial e incluso con posterioridad a la imposición de una medida por el Juez de menores, de manera que su celebración no evita la declaración de responsabilidad penal del menor, sino que constituye una vía para dejar sin efecto la medida impuesta. Nos referiremos a ella como mediación post-sentencial.

Hay que puntualizar que, aunque el artículo 51.3 LORPM, menciona únicamente la conciliación conviene interpretar este término de manera amplia, equiparándolo a mediación entre ambas partes. De lo contrario, además de reducir considerablemente las posibilidades reales de cesar la ejecución de la medida, contradice el principio de atención al interés superior del menor, pues privaría de su voluntad de reparar el daño causado.

6.1 MEDIACIÓN PRE-SENTENCIAL

El Reglamento establece en su artículo 5 el proceso de mediación y reparación a seguir en las soluciones extrajudiciales. Pudiéndose analizar por medio de las siguientes fases:

1. Fase de Inicio: Doble iniciativa en las soluciones extrajudiciales

Podemos hablar de dos formas de llegada al programa de mediación:

A través del MF, quién solicita del Equipo Técnico informe acerca de la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada poniendo el foco de atención en el interés del menor y de la víctima.

En este punto, me gustaría hacer una breve reseña y reconocer el importante papel que cumple el MF. Es un órgano que goza de relevancia constitucional y es parte integrante del Poder Judicial (art. 124.1 CE). En lo referente al proceso de menores, la LO 30/19812, de 30 de Diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del MF, establece en su artículo 3.13, como una de sus funciones principales es *"ejercer en materia de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor"*, La legislación específica vendría dada por la LORPM, que tras las sucesivas reformas cambió la concepción del MF como órgano meramente acusador, a investigador e incluso decisor.

En este sentido el MF, y en lo que atañe al proceso de mediación, aprecia las posibilidades de desistir de la continuación del expediente, bien a la vista de las circunstancias, bien a instancias del letrado. La apreciación que en ese momento

realiza el Ministerio Fiscal tiene que ver fundamentalmente con que el hecho sea delito menos grave o falta, así como el reconocimiento de los hechos del menor en su declaración.⁴⁴

No obstante, la iniciativa también puede corresponder al Equipo Técnico. Como establece el art. 27.3 LORPM, el Equipo Técnico, dentro de la fase de instrucción del expediente, informará al MF de la conveniencia de que el menor pueda realizar una actividad reparadora a favor de la víctima- indicando expresamente el contenido y finalidad de esa actividad- o una conciliación con ella.

2. Recepción del caso, análisis de la documentación y citación del menor

La segunda fase es la recepción del caso, análisis de la documentación y citación del menor.

Así bien, el Equipo Técnico habrá de recibir el caso, esto es, la solicitud junto con la denuncia, el atestado policial, declaración del menor, etc., a fin de emitir una valoración sobre la idoneidad o conveniencia de adoptar o no una solución extrajudicial, y, en caso afirmativo, cual sea la más adecuada. La valoración la trasladará a través de un informe, el cual tiene una naturaleza completamente diferente a la de la situación del menor que se realiza en el proceso judicial.

En cualquier caso, es necesario que exista un escrupuloso proceso de verificación de los hechos que admite el menor que cierre la posibilidad de la mediación si no hay suficiente seguridad de que el menor los haya cometido. Lo que se trata de proteger sobre todo es el principio de presunción de inocencia, ya que se puede dar el caso de que el menor, ante la amenaza de que el procedimiento penal continúe renuncie a defender su inocencia y acepte participar en la solución informal del conflicto.

Con posterioridad, el Equipo Técnico cita a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor.

3. Fase de contacto con el menor, padres y letrado

El Equipo Técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial del artículo 19 LORPM, oír a sus representantes legales y al letrado del menor.

Si el menor acepta la solución extrajudicial propuesta se recabará la conformidad de sus representantes legales. Si el menor o sus representantes legales manifiestan su

⁴⁴ SOLETO MUÑOZ, "Sujetos intervinientes en el proceso penal de menores" en Proceso Penal de Menores, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 49.

negativa, el Equipo Técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal, y procederá a elaborar un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social, y en general, sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna medida.

En cualquier caso, se ha de garantizar al menor que si desea abandonar el proceso mediador, pueda hacerlo sin que la información vertida en él pueda ser tenida en cuenta en el proceso judicial. Se debe garantizar la confidencialidad de la información para que su contenido no pueda ser utilizado en sentido incriminatorio.

4. Fase de contacto con la víctima

Aceptada la fórmula de solución extrajudicial, el Equipo Técnico habrá de ponerse en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en el procedimiento de mediación.

Para la víctima o perjudicado estas actuaciones suelen venir etiquetadas bajo el concepto generalizado de que el proceso judicial es siempre farragoso y no suele aportar soluciones útiles a los problemas. Sin perjuicio del deber del MF y de los órganos judiciales de mantener a la víctima informada sobre el proceso, también deberá ser informada por el Equipo Técnico poniendo de relieve las peculiaridades de la mediación y las ventajas que puede ofrecer.

Se oirá a la víctima sobre su versión de los hechos y las consecuencias que le ha supuesto, no sólo las económicas, sino especialmente las de carácter físico y moral. También se les pregunta que espera que haga al respecto el menor.

5. Fase de encuentro

La quinta fase es la mediación *stricto sensu*, tendente a que ambos concreten los acuerdos de mediación o reparación, permitiendo incluso que la víctima no se halle presente. Podemos decir que caben dos tipos de mediación, la directa y la indirecta.

La primera exige que las dos partes coincidan físicamente en el mismo espacio, lo que permitiría un diálogo sobre el conflicto para llegar a un acuerdo. Siendo ésta el tipo de mediación más eficaz.

Por su parte, la mediación indirecta es aquella en la que las dos partes no coinciden físicamente, y a pesar de ello logran llegar a un acuerdo que les beneficia. Este tipo de mediación en donde el mediador hace de reconductor entre las dos partes, se produce

habitualmente cuando a la víctima le es muy complicado sentarse junto al infractor, llevándose a cabo la petición de disculpas mediante una carta o un medio similar.

En cualquier caso, el proceso de mediación va dirigido a la responsabilidad penal, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudieran llegar las partes respecto de la responsabilidad civil. De tal manera que con independencia de que el proceso penal dirigido contra el menor se haya archivado, la responsabilidad civil que se derive del daño causado por el menor tiene su propio cauce.⁴⁵ La LO 8/2006 ha simplificado el último párrafo del art. 19.2 LORP: antes de la reforma el texto legal definía el contenido de la conciliación y la mediación y añadía: "*Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan de llegar las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta, regulada en esta Ley*". Tras la reforma de la LO 8/2006 se establece: "*Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*". Esto significa, que en función de lo que hayan pactado las partes, la responsabilidad civil puede haber quedado resuelta en el proceso de mediación y el posterior sobreseimiento del expediente o bien se llega al acuerdo de que esa cuestión se resolverá en un momento posterior. Todo ello sin perjuicio de que la reparación del daño que se haya realizado en el proceso de mediación pueda ser tenida en cuenta como parte de la satisfacción de la responsabilidad civil.⁴⁶

6. Fase de evaluación e informe

Finalmente, el Equipo Técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado de la mediación, los acuerdos y el grado de cumplimiento; o bien, los motivos por los cuales no se hayan podido llevar a cabo la conciliación y reparación.

En todo caso, las consecuencias del cumplimiento respecto de la acción penal será el desistimiento de la incoación del expediente, donde tenemos que poner de relieve

⁴⁵ El Auto de la AP de Castellón de 8-4-2004, consideraba que los art. 18 y 19 LORPM suponían una excepción al principio por el cual la responsabilidad civil no puede tener existencia sin la previa declaración de la penal; en el caso de estos preceptos dicho principio cede, "*ya que en ambos se renuncia al ejercicio de la acción penal en atención al principio de oportunidad, en interés del menor, y ello exige la continuación de la tramitación de la pieza de responsabilidad civil no obstante la ausencia de ejercicio de la acción penal y la consiguiente imposibilidad de declaración de responsabilidad de esta clase, para la adecuada protección del interés del perjudicado o víctima*".

⁴⁶ MAPELLI CAFFARENA, B Y OTROS. *Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Junta de Andalucía. Conserjería de Justicia y Administración Pública. Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, pp. 164.

las deficiencias técnicas de dicha terminología puesto que una vez iniciada la instrucción del expediente el Fiscal no puede archivar o "desistir" sin más de su tramitación y en el art. 19.4 se especifica que debe dar por concluida la instrucción y solicitar al Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. Si el Juez aprecia que se han cumplido los requisitos arriba enunciados, deberá acordar el sobreseimiento de las actuaciones. Ahora bien, técnicamente podría plantearse el problema de qué supuesto de los regulados en el art. 637 Lecr. es válido para acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones, y el más correcto sería el nº 3 al entender que el menor, al haber realizado la actividad mediadora estaría exento de responsabilidad penal.

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento por parte del menor del compromiso de reparación, siempre que sea por causas no ajenas a su voluntad, será la continuación de la tramitación del expediente.

Se trata en definitiva, de darle al Ministerio Fiscal criterios de decisión acerca de dar por concluida la instrucción y solicitar al Juez el archivo de las actuaciones o acerca de continuar el expediente si el menor no cumpliera la reparación o la actuación educativa acordada.⁴⁷

6.2 MEDIACIÓN POST-SENTENCIAL

El art. 51.3 LORPM y el art. 15 del Reglamento hacen referencia al proceso de mediación una vez que el Juez de menores ha fijado una medida para el menor infractor, es decir, cuando existe una sentencia condenatoria. Ambos artículos se complementan, aunque el art. 15 del Reglamento inadecuadamente se remite al art. 51.2 LORPM, que era el lugar donde se encontraba antes de la entrada en vigor de la LO 8/2006.⁴⁸

⁴⁷ En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 10 de Mayo de 2002: " *El que el Ministerio Fiscal sea la única parte en el procedimiento de menores que pueda ejercitar la pretensión acusatoria, no conlleva que el órgano judicial venga obligado necesariamente a proceder sin más al sobreseimiento del expediente por conciliación o por reparación, pues el órgano judicial en el cumplimiento de la funciones que expresamente establece el artículo 19.4 LORPM debe controlar el cumplimiento de los requisitos legales para acceder o no a la pretensión*".

⁴⁸ El art. 51 LORPM aparece desarrollado en DIAZ- MAROTO Y VILLAREJO Y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 51.

En líneas generales, el proceso de mediación post-sentencial, es similar a la mediación pre-sentencial pero con pequeñas diferencias que examinaremos a continuación.

La competencia para llevar a cabo la conciliación corresponde a la entidad pública competente que esté ejecutando la medida (art. 15 Reglamento). Es a quien le corresponde la iniciativa y el ejercicio de las funciones de mediación, y además, será la encargada de informar al MF y al Juez de menores. En este sentido, las entidades públicas autonómicas podrán instaurar programas para realizar funciones de mediación y conciliación, desempeñando durante la ejecución las funciones que tiene asignadas durante el procedimiento el Equipo Técnico y que analizaremos con más detalle en el siguiente epígrafe

Aquí también se sigue el modelo de contacto con las partes por separado para llegar a un encuentro en el que se concretarán los compromisos de reparación. Y una vez finalizado el proceso, la entidad pública remitirá un informe al Juez de menores y al Ministerio Fiscal sobre los compromisos adquiridos y sobre el grado de cumplimiento de los mismos.

No obstante, la relevancia de dicha conciliación a efectos de la sustitución es del Juez de Menores competente en la ejecución, teniendo que dictar un auto motivado al respecto (art. 51.4 LORPM).

Vemos como se trata de una decisión potestativa del Juez, en tanto es él el que tiene que valorar si el acto de conciliación y la medida ya cumplida han satisfecho los objetivos educativos que justifican la intervención del Derecho penal, tiene que expresarse suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor. Siendo el destinatario del mensaje el menor y no la Sociedad.

En cualquier caso, este proceso no podrá suponer una alteración del régimen de cumplimiento de la medida, pero sí que el Juez pueda autorizar salidas para dicha finalidad.

Por otro lado, conviene tener presente que existen algunas discrepancias entre el Reglamento y la LORPM. Según el art. 51.3 el Juez de menores sólo podrá dejar sin efecto la medida impuesta *"a propuesta del MF o del letrado del menor"*, debiendo ser oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública. Por tanto, parece que no se trata de una decisión que pueda el juez tomar de oficio ni parece que pueda ser impulsada por la entidad pública. Sin embargo, el art. 15 del Reglamento parece partir del que el juez puede tomar la decisión sin propuesta del MF o del letrado del menor y

a propuesta de la entidad pública, al señalar que ésta es la que informará al juzgado de menores y al MF primero de la posibilidad de conciliación y después de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento a los efectos de lo dispuesto en el art. 51. Parece más razonable el procedimiento establecido en el Reglamento que el establecido en la Ley y es el que hemos seguido de cara al desarrollo del proceso en este apartado.

6.3 LA FIGURA DEL MEDIADOR EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

La LORPM alude expresamente al concurso mediador del Equipo Técnico en su art. 19. Respecto de la composición del Equipo Técnico nada se dice en la Ley, sino que tenemos que acudir al Reglamento, donde en el art. 4.1 determina la composición de éste. Así, estará formado por psicólogos, educadores y trabajadores sociales sin perjuicio de que se pueda ampliar su composición de forma temporal o permanente por quienes tienen competencia para ello y que podrán ser, los Jueces o Fiscales de Menores y las Administraciones de las que dependan orgánicamente.⁴⁹

Se trata de un órgano auxiliar de la Administración de Justicia adscrito orgánicamente a ella y funcionalmente a la Fiscalía de menores. Su participación está basada en los criterios de imparcialidad, independencia y rigor científico, debe inspirarse en el superior interés del menor, y desde dichas bases, debe aportar su contribución al proceso. Carece de facultades decisorias, pues su función es la de asesorar al órgano decisor- Juez de menores, Fiscal- en todas las etapas del proceso.

El artículo 27 LORPM contempla sus funciones:⁵⁰.

Como función principal se encuentra la de elaborar un informe que determine la situación del menor respecto a todos los ámbitos de su vida y personalidad, incluyendo una propuesta de intervención educativa. Teniendo este informe valor de prueba pericial y como tal puede ser rebatido o cuestionado por el menor o su letrado.

Por otro lado, tiene una función asesora, debe asistir e informar de una serie de actuaciones donde podrá ser interrogado sobre la situación del menor o respecto de la medida que sería más adecuada para él. Tales como estar presente en la adopción de medidas cautelares, en la celebración de la vista, etc.

⁴⁹ DE URBANO CASTRILLO, "Los Equipos Técnicos en la Ley Penal del Menor", RJCM, N°9, 2001, pp. 2 y ss.

⁵⁰ El Equipo Técnico, tal y como se desprende de la lectura de la Ley tiene varias funciones, además de las de elaborar el informe y a las que hace referencia ORNOSA FERNÁNDEZ, Comentarios a la LO 5/2000, de 12 de Enero, cit., pp. 343.

Puede realizar también informes relativos a la víctima, a efectos de establecer las posibilidades de verosimilitud de su testimonio.

Asimismo del art. 22 e) y f) de la LORPM se deducen otras funciones de ayuda o asistencia del menor, tanto de carácter psicológico como social, escolar o familiar, que, como señala ORNOSA FERNÁNDEZ no parecen muy idóneas ni compatibles con el resto de funciones. Existen entidades públicas de protección que tienen encomendado ese papel con carácter general en el CC (Art. 172).

No obstante, y poniendo el foco de atención en la mediación de menores, el Equipo Técnico tiene una importante función de propuesta e intervención en los casos de mediación del art. 19. Más concretamente, en el proceso de mediación su papel consiste en facilitar los acuerdos entre las partes para que resuelvan el conflicto, conduce el proceso con criterios de neutralidad y facilita la comunicación garantizando así la buena marcha del proceso con la finalidad de encontrar una solución eficaz al conflicto. De este modo, el Equipo Técnico se erige como uno de los ejes visibles e inevitables del sistema de mediación penal de menores.

7. REINCIDENCIA E IMPACTO EN LAS VÍCTIMAS

Para valorar la eficacia de la mediación en menores infractores es necesario tener en cuenta los resultados que produce en la realidad y así comprobar si se trata de una medida alternativa idónea para hacer frente a la delincuencia juvenil.

Los datos que se presentan a continuación han sido extraídos fundamentalmente de la prognosis realizada por CAPDEVILLA relativa a la "Reincidencia en el delito en la Justicia de menores", así como otras investigaciones realizadas en la materia, debido a la falta de tiempo para poder llevar a cabo personalmente una investigación empírica.⁵¹

En concreto, CAPDEVILLA realizó el estudio en el periodo que se sitúa entre enero de 2002 y diciembre de 2004. La población objeto de estudio la componen todos los jóvenes que han finalizado una medida judicial en el año 2002 y el período de seguimiento finaliza en 2004.

⁵¹ CAPDEVILLA, Y OTROS. (Prognosis reincidencia). *Una Investigación Propia. La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Año 2005.

En atención al objeto de este trabajo, nos centraremos en los datos obtenidos tras la aplicación de un programa de mediación, identificando los factores o variables que mejor expliquen o predigan el riesgo de la reincidencia.

7.1 PÉRFIL DE LOS JÓVENES A LOS QUE SE HAN APLICADO UN PROGRAMA DE MEDIACIÓN

La población de los menores que llegan a la justicia juvenil es muy variada. Ahora bien, el recorrido desde la aplicación de los primeros programas de mediación hasta la actualidad muestra que los jóvenes que acceden a ésta poseen características diferenciadas si los comparas con los jóvenes que en general entran en la justicia juvenil.

En lo relativo al género y la edad, los resultados muestran que un 77,5% de los menores son varones (316 sujetos), y un 22,5% son mujeres (92 sujetos), obteniendo una media de edad que se sitúa en los 17 años.

Por otro lado, hay más españoles en la mediación 91,9% que en la población general (82,9%). Hay muchos más hijos únicos (86,3% frente a un 38,3%). Hay menos antecedentes delictivos dentro del núcleo familiar (28,1% frente al 37,7%). Hay mejores porcentajes de salud física de los familiares (57,4% frente al 52,7%). También hay una mayor ausencia de toxicomanía en el seno de la familia (58,0% frente al 51,7%). Conviven más con su familia de origen (82,4% frente al 77,4%). Y la familia tiene una residencia más estable (97,3% frente al 91,0%).

Por lo que se refiere a los estudios y la vida laboral, los menores que intervienen en un programa de mediación tienen en mayor proporción los estudios finalizados y un nivel de estudios superior al resto, siendo la proporción de los que trabajan más alta (75,9% frente al 50%).

Finalmente, en cuanto a los porcentajes referidos a la tipología delictiva derivada de mediación varían mucho (ordenados de menor a mayor): el robo ha sido cometido por 39 menores de la muestra; insultos y amenazas por 44; el hurto por 70 sujetos, daños por 90 menores; y el delito más numeroso es el de agresiones y lesiones cometido por 115 menores.

7.2 REINCIDENCIA

Antes de reflejar los datos concretos en la materia de reincidencia, hay que señalar a modo de apunte el contenido en porcentajes de los programas de mediación para así analizar la reincidencia y los factores que dan lugar a ella con mayor precisión.

En primer lugar, es de destacar que en casi la mitad de los casos, en 189 mediaciones (46,3%), no hay un encuentro directo entre la víctima y el ofensor y la causa principal parece explicarse en que la mayoría de estas víctimas son instituciones.

Por otro lado, cabe apuntar que no hay una clasificación muy clara en relación con los tipos de contenido del programa de mediación. El contenido mayoritario es la denominada "actividad en general" (35,4%). Frecuentemente utilizado también es el mecanismo de la carta (13,9%). Otros contenidos de mediación se dan en porcentajes menores, como es el caso de la "mediación económica" (5,5%).

Centrándonos propiamente en el contenido de este epígrafe, observamos que la mayoría de las mediaciones que han finalizado en el año 2004 obtuvieron un resultado positivo 82,6% (337 procesos), frente a un 17,4% de mediaciones negativas (71 procesos).

Respecto de las mediaciones positivas, puntualizar que en la mayoría de los casos (87,8%) son el único hecho delictivo cometido por el menor. Y se alcanza el 94,7% sumando a esta mediación un hecho antes o después.

Como acabamos de señalar, del total de mediaciones, el 17,4% ha obtenido un resultado negativo. Las razones de este fracaso pueden ser varias, bien que exista una ausencia de interés por parte de la víctima, una ausencia del compromiso por parte del menor infractor, etc. Lo cierto es que de los datos extraídos del estudio no se ha podido contar con esa información y dedicaremos un epígrafe aparte para intentar encontrar las razones de tal fracaso.

Asimismo, como vimos en el epígrafe del procedimiento, las mediaciones negativas deberían derivar siempre en una medida firme. Hemos podido conocer un 63,4% del total y observamos como de manera mayoritaria la figura de las mediaciones negativas han derivado en la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad (75,6%), seguida de la libertad vigilada (11,1%). Por lo que se refiere al tipo de infracción, la

mayoría de ellas tratan casos de agresión y lesión (42,3%), insultos y amenazas (15,5%) y robo (12,7%).

Antes de dar por terminado este apartado, me gustaría hacer una breve comparación con la práctica de esta figura en los adultos, partiendo, como ya advertimos anteriormente, que en este Derecho penal no es una figura desarrollada ampliamente ni legislativamente, ni en la práctica cotidiana de los juzgados. En concreto, nos vamos a servir de la experiencia piloto en el Juzgado de lo penal nº 20 de Madrid.⁵²

Se comenzó la experiencia en Enero de 2006, y se finalizó en Febrero de 2007. Trabajaron 23 casos y se obtuvo un resultado positivo respecto del proceso de mediación, en 14. Fue una experiencia breve pero alentadora y que sirvió para ir elaborando protocolos de actuación, debido a que al no existir una norma concreta que ordene la mediación penal, debe desarrollarse ésta conforme a protocolos.

En conclusión, si bien la práctica cotidiana refleja algunas cuestiones metodológicas controvertidas, sobre todo en los procesos de mediación de adultos, lo cierto es que se trata de una solución extrajudicial que ofrece con carácter general resultados positivos, y hace disminuir la victimización secundaria, derivada de la relación posterior establecida entre la víctima y el sistema jurídico penal o unos servicios sociales defectuosos.

7.3 MOTIVOS QUE EXPLICAN EL FRACASO DE LA MEDIACIÓN

Apuntábamos en líneas anteriores, que pese a que existen altos porcentajes que corroboran el éxito de los procesos mediadores en menores, existen casos en los que esta técnica fracasa. Es por ello que considero oportuno hacer una valoración de los factores que pueden explicar esos resultados negativos.

En este sentido, GARCÍA MEDINA⁵³ señala que llevar a cabo diagnósticos erróneos puede ser una de las causas que expliquen la reincidencia y que sería necesario

⁵²Ampliamente, en PASCUAL RODRÍGUEZ, "La mediación penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado nº 20 de Madrid, PJ, 2010, pp. 1 y ss. Asimismo, para saber más de esta figura en el Derecho penal de adultos, véase, HERNÁNDEZ GARCÍA, "La mediación pre-penal: una posible solución ante la despenalización de las faltas", CCPP, 2014, pp. 3 y ss.; también en DELGADO MARTÍN, "Mediación penal: la alternativa jurisdiccional que funciona", RAP, 1998, pp.19; y en AGILERA MORALES, "La mediación penal: ¿quimera o realidad?", Redur 9, 2011., pp. 127-146.

⁵³ GARCÍA MEDINA, "Menor conflictivo: Importancia del diagnóstico" en Derecho Penal y Psicología del menor, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 337 y ss.

optimizar éstos. Afirma que los diagnósticos a veces acusan defectos que pueden dar al traste con alguno de los objetivos que han de alcanzarse. Uno de esos defectos sería hacer pervivir ciertos prejuicios sobradamente conocidos desde hace tiempo. Por ejemplo, podemos apoyarnos en exceso en las apreciaciones apriorísticas. Nos puede parecer que el mayor de los problemas de un menor es su agresividad. De esta manera, si nos quedamos en la evaluación sólo con lo que su conducta manifiesta y nos olvidamos de sus contenidos de pensamiento, la medida mermará su eficacia.

Otra causa a la que hace alusión este autor es al efecto moldeador del entorno. El entorno del menor deberá estar diseñado para que perciba pautas facilitadoras de su aprendizaje. Se sugiere para ello que los modelos conductuales modélicos deben estar presentes en el campo de percepciones del menor para que le puedan servir de guía. En los procesos mediadores, si bien el Equipo Técnico juega un papel fundamental, lo cierto es que una familia desestructurada, familiarizada con el delito, puede ser la causa que explique la reincidencia, pese a los esfuerzos obrantes por parte de los distintos profesionales jurídicos.

Asimismo, sabido es que las personas de conducta disocial acaban verbalizando culpabilidad por lo que han hecho. Pero lo hacen, en algunas ocasiones, porque han aprendido que esa actitud tiene alguna utilidad. Lo hacen sobre todo con el exclusivo fin de lograr rebajas en el castigo. Ahí vemos un efecto que puede truncar el éxito de la mediación, puesto que la conducta observable no se correspondería con el arrepentimiento declarado o verbalizado. Menos aún se correspondería con otros cambios cognitivo-conductuales requeridos para la convivencia social, estando en un camino hacia la posible reincidencia. A esto último podemos añadir el hecho de considerar erróneamente que conducta equivale a pensamiento o a código de creencias y valores.

Para finalizar, es posible que en algunos casos los resultados negativos deriven de ciertos tópicos inherentes en las víctimas que pueden frustrar la esencia del proceso al no encontrarse receptivas, tales como:

- "*¿De verdad es posible el cambio de ese menor?*" Refleja el pesimismo fruto de no creer en la posibilidad de rehabilitación.

- "*Las características o rasgos permanentes no pueden cambiarse*" La vulnerabilidad a la frustración y a la agresividad, a la hiperactividad, o a la impulsividad, bajo la presión de este tópico, pueden verse más consolidadas. Habría que fomentar en estos casos estrategias suficientemente motivadoras para demostrar que los cambios son posibles.

En cualquier caso se trata de supuestos reducidos primando el éxito de la mediación, como observamos al analizar los resultados del estudio de CAPDEVILLA.

7.4 IMPACTO EN LAS VÍCTIMAS

Como hemos ido viendo a lo largo del desarrollo de este trabajo, el proceso de mediación ofrece a la víctima la posibilidad de ser atendida y escuchada de forma individual. La mediación le permite reducir su indignación, ansiedad y un sin fin de emociones dolorosas.

La víctima tiene a su vez la facultad de perdonar, no en los concretos términos jurídicos del llamado "perdón del ofendido", sino en uno más íntimo, en él que en virtud de un proceso de transferencias entre las partes puede llegar a comprender los motivos del infractor.⁵⁴

En este orden de cosas, y para poder llegar a comprender mejor el impacto que estos procesos de mediación tienen sobre las víctimas, es importante hacer referencia al grado de victimización. Hay que señalar que aunque éste es individual, puesto que cada persona en quien recae un hecho delictivo es diferente, lo cierto es que depende de múltiples variables siendo algunas de ellas objetivas. Entre estas variables las más importantes son:

El **grado real de riesgo sufrido**, en este sentido el Derecho penal debe ocuparse no sólo del daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo y, con ello, del peligro como objeto importante a valorar en todas las fases del proceso.

El **carácter inesperado del acontecimiento**, no todas las conductas delictivas son igual de impredecibles. Así, si la víctima tenía un mal trato con el menor infractor y con anterioridad había cometido un hecho delictivo del que la víctima tenía constancia, seguramente no tendrá la misma reacción de sorpresa que si el autor era desconocido o era la primera vez que delinquía. Estos factores son los que se incluirían dentro del carácter inesperado del acontecimiento.

La **intensidad y percepción del suceso sufrido**, las personas optimistas que sufren un suceso que puede llegar a calificarse como traumático, tienden a mantener el estado de ánimo positivo, más allá del dolor intenso que la conducta del menor haya causado. Es decir, mantienen la capacidad personal de dar sentido a sus experiencias.

⁵⁴ALVAREZ RAMOS, F, "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", Cit.

No obstante, no resulta siempre fácil predecir la reacción de un ser humano concreto. Ahora bien, conocer la respuesta dada por esa persona ante sucesos negativos vividos con anterioridad ayuda a realizar esa predicción.

La **mayor o menor vulnerabilidad de la víctima**, hay personas que son muy sensibles, les afectan de forma especial los hechos que les ocurren. Estas personas suelen estar predispuestas a tener una respuesta más exagerada e intensa ante un mismo suceso negativo. En este sentido, la mayor o menor repercusión psicológica de un suceso traumático en una persona depende de su vulnerabilidad psicológica que se refiere a la precariedad del equilibrio emocional.

El **apoyo social o familiar existente**, pues los factores psicosociales desempeñan también un papel muy importante. Así, por ejemplo, un apoyo social próximo insuficiente, ligado a la depresión y el aislamiento, y a la escasa implicación en relaciones sociales y en actividades lúdicas pueden dificultar el proceso de mediación.

Y, finalmente, los **recursos psicológicos de afrontamiento**, que comprenden todas aquellas variables personales y sociales que permiten que las personas manejen las situaciones estresantes de manera eficiente. Englobándose en recursos personales, a mayores recursos personales menos síntomas como pena, depresión, síntomas psiquiátricos y psicológicos; y en recursos sociales, pues el soporte social facilita la resistencia para hacer frente a sucesos de este tipo.

Por otro lado, en base a las variables que definen el grado de victimización, se pueden fijar unas cuantas generalidades.

Si la víctima es una persona (menor o adulto), existe una mayor victimización de tipo emocional que si la víctima es una organización o institución debido a que tienden a considerar la agresión como un ataque directo a su persona. En los casos de víctima-persona, prima la conciliación.

Si la víctima es una entidad, la victimización emocional suele ser escasa. A veces ni tan siquiera se siente el conflicto entre las partes, puesto que las personas que representan a la entidad se distancian de la agresión directa y no consideran la agresión como un ataque directo a su persona. Siendo en estos casos más importante la reparación o restitución material.

También juega un papel importante el hecho de que la víctima fuera conocida con anterioridad por el autor. En algunas ocasiones, el hecho denunciado es parte de un conflicto más amplio que ya existía. Siendo a veces frecuente el cruce de denuncias.

En estos casos habrá de valorarse si se aborda el conflicto global o si se limita el proceso al hecho denunciado. Además, la percepción de la víctima con respecto del menor suele ser negativa y estereotipada. Reflejo de esos pensamientos suele ser la falta de información completa acerca de ese menor. La mediación aquí, permite a la víctima identificar al menor como persona, generando una imagen más amplia, más real y menos prejuiciosa de éste.

En conclusión, la entrada de la víctima en la discusión de los problemas y en la reconstrucción del conflicto puede contribuir a realizar tareas de prevención general positiva y de legitimación del sistema de cara a la opinión pública, pero, sobre todo, la propia incorporación de la víctima a la discusión de sus intereses legitima, por sí, un sistema que antes la excluía injustificadamente y la reducía al anonimato.

8. IMPLICACIONES DE LA MEDIACIÓN PARA LA PRÁCTICA DE LA ABOGACÍA

Me gustaría reflejar en este epígrafe las implicaciones que, en general, la Institución de la mediación tendrá sobre la práctica de la abogacía, para finalmente centrarme en la figura del abogado en la mediación de menores, partiendo de la base de que en este supuesto el mediador no podría ser un abogado sino un miembro del Equipo Técnico.

Pues bien, de acuerdo con la forma tradicional de ejercer la abogacía, el análisis del abogado frente a un conflicto confiado por su cliente se basa en la revisión o estudio de la competencia judicial del asunto, la vía procesal y la estrategia a seguir. Incluso el propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al abogado como la persona legalmente autorizada para defender en juicio.⁵⁵ En esta línea, hay quienes sostienen que el rol del abogado es estrictamente pleitista o litigador; sin embargo, lo cierto es que tanto la ética profesional como el espíritu de la profesión poseen un campo de acción mucho más amplio.

El artículo 11 de la Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, a no ser que su profesión se lo impida. Asimismo, el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de

⁵⁵ Definición de “abogado” por la Real Academia de la Lengua Española: “1. Licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos (...)”.

formación profesional superior y contar con una formación específica para ejercer la mediación, que vendrá dada por la realización de uno o varios cursos concretos en esa materia.

En el ámbito penal, no disponemos de una ley similar que haga referencia a los requisitos necesarios para ser mediador. Precisamente, porque no se trata de una figura que haya sido desarrollada en nuestro CP, únicamente se ha previsto tras la reciente reforma de Julio de 2015 en el art. 84 y para la institución de la suspensión. No es una figura usual a pesar de que existe gran normativa internacional que la avala, entre ellas la Directiva 2012/29/UE. Cualquier ley que regule la mediación penal en nuestro país tendrá que hacerlo a través de los postulados contenidos en esta directiva.

La única excepción a lo anterior la encontramos en la jurisdicción de menores, en los supuestos que hemos ido desarrollando a lo largo de este trabajo, y en donde se nombra al Equipo técnico como el encargado de llevar a cabo la mediación en estos casos.

De lo anterior, podemos concluir que la cualidad de abogado no es requisito para el ejercicio como mediador. No obstante, claro está que el conocimiento jurídico que posee, así como su relación con los conflictos y la negociación, lo hacen ser el profesional más cualificado para mediar sobre todo en determinadas áreas en las que por su profesión asistirán de manera más adecuada a las partes en la mediación.⁵⁶

Por otro lado, reflejar que uno de los principales motivos de recelo por los que la herramienta de la mediación se está recibiendo en España por muchos abogados, es el temor de verse desplazados como protagonistas en la gestión de los conflictos de sus clientes. Y de que su arraigo pueda significar una merca de sus asuntos, y, por tanto, también de ingresos. Sin embargo, estos profesionales pueden tener una función esencial dentro de los procesos de mediación sin ver reducidos los rendimientos de sus despachos, viéndose incluso mejorados.⁵⁷

Además, el abogado estaría cumpliendo su obligación ética de recomendar al cliente el sistema más eficaz para la resolución de la controversia, en su caso a través

⁵⁶Sobre este particular, véase, VILLAGRASA ALCAIDE, C. "Nuevos retos y oportunidades para la abogacía a través de la mediación", Abogacía. Nº7. 2011. Pp.. 197-209.

⁵⁷Ampliamente en, BAIXAULI GALLEGÓ, E Y OTROS. "La relación entre la mediación y la abogacía". Mediato-Mediación, Nº 4, 2013, Pp.. 53-54.

de un acuerdo que va a verse favorecido con soluciones alternativas como la mediación, tal y como recoge el artículo 13.9 e) del Código Deontológico del abogado.

Finalmente, en lo relativo a la figura del abogado en la mediación penal de menores, hay que señalar que se concede a éste protagonismo, concretamente, en el apartado del procedimiento, en el momento en el que el Equipo Técnico (encargado de llevar a cabo la mediación) expone al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 LORPM, el menor aceptará en todo caso la solución que el equipo técnico propone pero con audiencia del letrado, para preservar las debidas garantías procesales y evitar que se quebranten sus derechos.

En conclusión, podríamos resumir que la necesaria vinculación de los abogados con la mediación debería tratarse como un asunto de responsabilidad social, por el importante y delicado papel que ejercen los abogados en la sociedad; como un asunto de responsabilidad profesional, por el servicio y las necesidades por las que acuden a sus despachos los clientes; y, finalmente, como un asunto de interés y conveniencia personal, por cuanto su estudio y posterior práctica permitirá ejercer la profesión, no únicamente como un medio de lograr mejoras en los honorarios profesionales, sino, sobre todo, cumpliendo con los ideales que motivaron la decisión de ser abogados.

9. CONCLUSIONES

Me gustaría reflejar las conclusiones a las que he llegado con la realización de este trabajo, así como el juicio crítico que me merecen.

Primera.- El uso excesivo del Derecho penal, en concreto de las respuestas retributivo-represivas, no parece venir acompañado de una disminución efectiva de la criminalidad, ni de un aumento de la sensación de seguridad en la población. Y, tampoco parece que satisfaga las necesidades de la víctima, o cumpla verdaderas funciones de reinserción del delincuente

En este sentido, la mediación penal juvenil es la práctica de Justicia Restaurativa más extendida en nuestro contexto. Es un nuevo modelo, una nueva vía que tiene su origen en el ámbito canadiense y norteamericano de los años setenta, y que sirve para acallar los sentimientos de malestar existentes en la población en relación con la efectividad del Derecho penal.

Segunda.- La mediación penal es una herramienta que permite promover la reparación material y emocional de la víctima, la responsabilización del infractor y la

participación y pacificación social, atendiendo a las necesidades de la víctima y favoreciendo la reinserción del infractor.

Tercera.- En España, la mediación penal únicamente se ha visto desarrollada en el ámbito juvenil, concretamente a través de la LO 5/2000, aunque la reciente reforma del CP de 1 de Julio ha previsto este mecanismo en su art. 84, en el instituto de la suspensión.

La razón de ser la podemos encontrar en que el Derecho penal de menores se caracteriza por ser mucho más flexible y prevalecer por encima de todo la formación y la inserción social del delincuente. Se tiende, por tanto, a una mayor utilización de salidas alternativas al proceso penal. Además, no podemos olvidar que toda la legislación penal de menores gravita entorno al principio del interés superior del menor, la finalidad no es sancionar sino conseguir la recuperación de éste.

Todas estas singularidades, ponen de relieve la especificidad del Derecho penal juvenil frente al Derecho penal de adultos, donde la instauración de este mecanismo de resolución de conflictos presenta mayores dificultades.

Cuarta.- La instauración de esta solución extrajudicial no ha estado exenta de críticas, no obstante, se trata de críticas salvables.

La mediación no sustituye a los Tribunales de Justicia. No podemos afirmar que la mediación supone una privatización de la justicia penal porque sigue correspondiendo al Estado, por un lado, definir y delimitar el marco de la mediación- sus límites objetivos, subjetivos y estructurales- y de otro, garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudieran ocurrir Además, la virtualidad de la mediación penal como mecanismo de resolución de conflictos no reside en su independencia del proceso, sino en su razonable integración en el mismo.

Asimismo, esta figura no supone una merca de los fines preventivos generales y preventivos especiales del Derecho penal. Al contrario, supone un complemento para una mayor eficacia preventiva, con lo que el sistema planteado queda legitimado desde una perspectiva político-criminal de los fines y funciones declarados por éste último.

Y, finalmente, el proceso de mediación no es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia.

Quinta.- La mediación penal juvenil es un proceso técnico que siempre ha de ser dirigido por profesionales denominados mediadores, y, en concreto, por miembros del

Equipo Técnico o de la Entidad Pública, que actuarán bajo los principios de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

La mediación penal se puede llevar a cabo en todas las fases procesales, distinguiéndose en ese caso entre mediación pre-sentencial y mediación pos-sentencial. En líneas generales ambos procesos son similares, existiendo pequeñas diferencias entre ellos.

La mediación pre-sentencial es la más frecuentemente utilizada y en ella podemos distinguir seis fases: fase de inicio; fase de recepción del caso, análisis de la documentación y citación del menor; fase de contacto con el menor; fase de contacto con la víctima; fase de encuentro; y fase de evaluación e informe.

Sexta.- Tras el análisis del estudio de CAPDIVILLA podemos concluir que se trata de una alternativa que ofrece altos porcentajes de éxito, explicándose los puntuales fracasos en factores como el entorno, o en los diagnósticos erróneos que hace que la medida merme su eficacia. Por otro lado, la entrada de la víctima hace disminuir la victimización secundaria y legitima el sistema de cara a la opinión pública.

Séptima.- Existe cierto recelo por parte de los abogados a incorporar esta figura, pues de acuerdo con la forma tradicional de ejercer la abogacía se tiende a pensar que el rol del abogado es estrictamente pleitista o litigador. Sin embargo, considero que la necesaria vinculación de los abogados con la mediación debería tratarse como un asunto de responsabilidad social, responsabilidad profesional, y como un asunto de interés y conveniencia personal.

Octava.- Lo anterior hace de la mediación penal juvenil una herramienta idónea para hacer frente a la delincuencia, no siendo ni un menor sistema de protección de la víctima, ni una forma de beneficiar al infractor, sino un nuevo modelo que hace frente a un aparato judicial desfasado.

10. BIBLIOGRAFÍA

A-

ALVAREZ RAMOS, "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", International E- Journal of Criminal, Nº 10, 1996

-B-

BAIXAULI GALLEGO, E Y OTROS. "La relación entre la mediación y la abogacía". Mediato-Mediación, Nº 4, 2013.

BERNAL SAMPER: *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 2ª ed., Colex, Madrid, 2002

BLANCO VARELA, "Responsabilidad Penal del Menor: Principios y medidas judiciales aplicables en el Derecho Penal Español", REJ, Nº8, 2008

BRUALLA SANTOS-FUNCIA, "Los derechos del niño: menores infractores. Algunas consideraciones." en *Aspectos jurídicos de la protección del menor*, Ed. Junta de Castilla y León, Castilla y León, 2001.

-C-

CAPDEVILLA, Y OTROS. (Prognosis reincidencia). *Una Investigación Propia. La reincidencia en el delito en la justicia de menores*. Año 2005

CASTILLEJO MANZANARES, "Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios", LL, Madrid, 2010

CASTILLEJO MANZANARES, R. "La Mediación en el proceso penal de menores", RDPP. 2013

CRUZ MARQUEZ, "La mediación en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Conciliación y reparación del daño", REPC, Extremadura, 2005

CRUZ PARRA, *La Mediación penal. Problemática y soluciones*. Ed, Autopublicaciónlibros.com, Granada, 2013.

-D-

DIAZ- MAROTO Y VILLAREJO Y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008

DE URBANO CASTRILLO, "Los Equipos Técnicos en la Ley Penal del Menor", RJCM, Nº9, 2001

DIAZ MARTÍNEZ, *La Instrucción en el proceso penal de menores*, Ed. Colex, Madrid, 2003

DOLZ LAGO, "El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas", en *La Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de Menor*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, Madrid, 2000.

-F-

FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, LL, Madrid 2005

FERNÁNDEZ MOLINA. *Entre la educación y el castigo. Análisis de la Justicia de menores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-G-

GALAIN PALERMO, "¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin, Ed. Redur 3, 2005

GARCÍA MEDINA, "Menor conflictivo: Importancia del diagnóstico" en *Derecho Penal y Psicología del menor*, Ed. Comares, Granada, 2007

GARCÍA MOSQUERA, M, *Comentarios a la Ley Penal del Menor (Conforme a las reformas introducidas por la LO 8/2006)*, Iustel, Madrid, 2007

GILLERMO PORTELA, "Características de la mediación", en *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

GÍMENEZ-SALINAS COLOMER, E, "La mediación en el Sistema de Justicia Juvenil: una visión desde el derecho comparado", CIVC, Nº 10, 1996

GONZÁLEZ TASCÓN, "Aproximación a los diferentes modelos de intervención con los menores desde la perspectiva del Derecho comparado", CPC, Nº96, 2008.

GONZALEZ ORTEGA, "Incidencia de la mediación en el ámbito de la Jurisdicción penal de menores: aspectos jurídicos y psicosociales", y "Respuestas tradicionales y alternativas. La función mediadora en la justicia penal", PorticoLegal.com, 2008

GORDILLO SANTANA, "La justicia restaurativa y la mediación penal", Ed. Iustel, Madrid, 2007

-H-

HERNÁNDEZ GARCÍA, "La mediación pre-penal: una posible solución ante la despenalización de las faltas", CCPP, 2014

HERRERA MORENO "Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación", RDPC, Nº 6

HIRSHC HANS, "La reparación del daño en el marco del derecho penal material", en de los Delitos y de las Víctimas, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. 1992

-M-

MAPELLI CAFFARENA, Y OTROS. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores". Junta de Andalucía. Conserjería de Justicia y Administración Pública. Instituto andaluz de Administración Pública. Sevilla. 2002

MAYORGA FERNÁNDEZ Y OTROS, *Los menores en un Estado de Derecho*, Ed. Dykinson, Málaga, 2009.

-O-

ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la LO 5/2000*, de 12 de Enero, Ed. Bosch, 2007.

-P-

PAREDES CASTAÑÓN, "El principio del interés del menor" en " Derecho penal: una visión crítica", RDPYC, Nº 10, 2013.

PASCUAL RODRÍGUEZ, "La mediación penal de adultos: un estudio sobre la experiencia piloto en el Juzgado nº 20 de Madrid, PJ, 2010

PASCUAL RODRÍGUEZ, "La mediación en el Sistema Penal", Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2011.

PERI RIERA, "El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previstos por la Ley Orgánica 5/2000", RJLL, 2001

-R-

RAVELLAT BALLESTÉ, "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", Ed. Educatio Siglo XXI, Nº 2, Barcelona, 2012.

RIOS PASCUAL Y OTROS, "La mediación penal y penitenciaria: Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano", Ed. Colex, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ DELGADO, "La reparación como la tercera vía en el Derecho Penal", Ed. ICPP, Nº 10, 2013.

S-

SOLA RECHE Y OTROS, *Derecho penal y psicología del menor*, Ed. Comares, Granada, 2007.

SOLETO MUÑOZ, "Sujetos intervinientes en el proceso penal de menores" en *Proceso Penal de Menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

-V-

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, "Presunción de inocencia, mediación y conformidad. Algunas observaciones críticas sobre los programas españoles de mediación penal en adultos", en *CUERDA ANAU, Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal, Semblanzas y estudios con motivo del Setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador*. Vives Antón, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

VILLAGRASA ALCAIDE, C. "Nuevos retos y oportunidades para la abogacía a través de la mediación", *Abogacía*. Nº7. 2011

VILLEGAS FERNÁNDEZ, "Qué es el principio de intervención mínima, RIPj, Nº 23, 2009.

-Q-

QUERALT JIMÉNEZ, "Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de la Reparación", en *ADPCP*, 1997.