



Trabajo Fin de Grado

La mediación como medida alternativa de solución
de conflictos con menores

Autor/es

María Alba Rodes Pina

Director/es

Dra. Dña. M^a Rosa Gutiérrez Sanz

Universidad de Derecho de Zaragoza
2016

ÍNDICE

- I. JUSTICIA PENAL DE MENORES EN ESPAÑA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN
 1. INFLUENCIA INTERNACIONAL EN LOS COMIENZOS Y EL DESARROLLO DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LA RESPONSABILIDAD DE MENORES INFRACTORES
 2. ORÍGENES EN ESPAÑA DE LA JUSTICIA PENAL ESPECIAL PARA LOS MENORES
 - 2.1. Edad Media
 - 2.2. Edad Moderna
 - 2.3. Normativa española preconstitucional
 - 2.4. Normativa española postconstitucional
- II. EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE MENORES Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL
- III. LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES
 1. PRINCIPIOS INSPIRADORES
 - 1.1. Carácter sancionador y principio de legalidad penal
 - 1.2. Primacía del interés del menor
 - 1.3. Escalas de edad en la aplicación del sistema de justicia penal juvenil
 - 1.4. Principio de especialidad
 - 1.5. Derechos y garantías del menor
 2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA JUVENIL
 - 2.1. Carácter sancionador y principio de legalidad penal
 - 2.2. Primacía del interés del menor
 - 2.3. Escalas de edad en la aplicación del sistema de justicia penal juvenil
 - 2.4. Principio de especialidad
 - 2.5. Derechos y garantías del menor
- IV. LA MEDIACION
 1. CONCEPTO

2. EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
3. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN
 - 3.1. Voluntariedad
 - 3.2. Confidencialidad
 - 3.3. Imparcialidad y neutralidad del mediador
 - 3.4. Flexibilidad
 - 3.5. Carácter personalísimo
 - 3.6. Defensa del interés del menor
 - 3.7. Profesionalidad
4. LA MEDIACIÓN CON MENORES INFRACTORES
 - 4.1. Fundamento de la mediación con menores
 - 4.2. Tipos de mediación penal con menores
 - A) Mediación prejudicial
 - B) Mediación judicial ligada a la ejecución de la pena impuesta al menor infractor en el proceso.
 - 4.3. Argumentos en contra de la mediación con menores.
 - A) Principio de legalidad.
 - B) Privatización de la justicia penal con menores.
 - C) La disminución de garantías que conlleva la mediación.
 - D) Otros argumentos en contra.
 - 4.4. Ventajas de la mediación con menores.
 - A) Desjudicialización.
 - B) Protagonismo de la víctima.
 - C) La responsabilización del menor infractor.
 - D) Todos son ganadores.
 - E) Ahorro de tiempo y dinero. Solución ágil y eficaz.
 - F) Evita la incertidumbre del resultado.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

Listado de abreviaturas utilizadas

Art. – Artículo

CC – Código Civil de 1889

CE- Constitución Española de 1978

CP – Código Penal de 1995

LORPM- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

LTTM – Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948,

UE- Unión europea

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se va a abordar el tema de la mediación como medida alternativa a la solución de conflictos con menores.

La razón por la que he elegido este tema es la consideración que debe darse a la manera de impartir justicia con menores, puesto que se encuentran en tránsito de su desarrollo y ello debe tenerse en cuenta a la hora de valorar las medidas que se les impongan, el procedimiento seguido para ello y además los fines que se persiguen. En este sentido la justicia que se imparta a menores no puede ser valorada de la misma manera que la impartida a adultos, y en este aspecto, no solo una regulación dispar es necesaria, sino también un tratamiento del conflicto con menores por mecanismos más flexibles y menos traumáticos para el menor. Sobre esta base se asienta la mediación cuyo principal fundamento en su utilización con menores es la reeducación del menor y su reinserción en la sociedad como una persona adulta responsable y consciente de sus actos.

La metodología seguida en este trabajo es exponer primero los orígenes o antecedentes de la justicia juvenil, es decir, cuando empieza a surgir un tratamiento diferenciado entre la justicia con adultos y con menores de edad, y su evolución hasta el día de hoy. A continuación se hace referencia al derecho internacional en materia de justicia con menores, debido a que es uno de los pilares sobre los que se sustenta. La mayor parte del trabajo está volcado en ley 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, vigente y la cual introduce la posibilidad de mediación penal en materia de menores. Con respecto y bajo los parámetros de esta ley, hablare de la mediación penal en menores contemplada, las fases en las que es posible, sus efectos, los principios que han inspirado la ley 5/2000, etcétera.

Finalmente, se presentan una serie de argumentos a favor y en contra de la mediación con menores, que permiten establecer una visión más completa del asunto, y unas conclusiones efectuadas al respecto.

I. JUSTICIA PENAL DE MENORES EN ESPAÑA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

1. INFLUENCIA INTERNACIONAL EN LOS COMIENZOS Y EL DESARROLLO DE UN TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LA RESPONSABILIDAD DE MENORES INFRACTORES

La consideración y el tratamiento diferenciado de los menores con respecto a los adultos es un tema relativamente reciente tanto en el plano del derecho español como en el derecho internacional. Las primeras referencias de tribunales de menores que encontramos en el ámbito internacional se remontan a principios del siglo XX con el Derecho comparado, el conocido movimiento surgido en Estados Unidos denominado <<Los Salvadores del Niño>>¹ y la creación en la ciudad de Chicago del *Children Court*, el primer tribunal específico de menores en 1889². Este hito sirvió de ejemplo al resto de los países del mundo, creando una conciencia prácticamente universal del tratamiento divisorio del enjuiciamiento y condena entre menores y mayores infractores, apostando por una justicia rehabilitadora que pudiera dar unas soluciones más apropiadas y acordes para controlar y reducir la delincuencia juvenil.

2. ORÍGENES EN ESPAÑA DE LA JUSTICIA PENAL ESPECIAL PARA LOS MENORES

2.1. Edad Media

Si echamos un vistazo atrás y estudiamos nuestra historia jurídica, podemos observar que en nuestro país, con anterioridad al hito estadounidense, ya habían surgido algunas figuras e instituciones que detonaban una preocupación por la protección del menor de edad con una tendencia a su rehabilitación en la sociedad que a su punibilidad.

A) El Curador de huérfanos

Conforme al Derecho histórico de España, la primera institución protectora de menores se instituyó en 1337 por el rey Pedro IV, el Ceremonioso, mediante el Privilegio de seis

¹ COY, E., y TORRENTE, G., << Intervención con menores infractores: su evolución en España>> en *Anales de psicología*, vol.13, nº1, 1997, pág. 41.

² MARTÍN OSTOS, J., <<Jurisdicción de menores: naturaleza y competencia>>, en *vLex*, pág. 6.

de marzo de 1337, por el que se creó el Curador de huérfanos, que posteriormente paso a denominarse el Padre de los huérfanos³. En líneas de algunos autores como Tomás Roca⁴, esta institución podría ser considerada como el primer Tribunal de Menores creado en España, concretamente, en la ciudad de Valencia. Los menores de los que se hacía cargo esta institución no eran únicamente huérfanos sino que además se encargaba de menores pobres, desamparados, de aquellos menores que hubieran cometido delitos de hurto, robo u otros, y en general, de aquéllos que, aun teniendo familia, el interés del menor no aconsejaba su instancia en el entorno familiar.

Las funciones del Curador o Padre de huérfanos eran las de, además de acoger y proteger a menores, proporcionarles la ayuda necesaria para que adquirieran una formación adecuada y un trabajo que los apartaran de los males que los acechaban tales como la indigencia o la delincuencia⁵.

El Curador era designado anualmente por la justicia civil de la ciudad de Valencia, a la que debía acudir inexcusablemente cada vez que surgía algún problema con alguno de los menores que tenía a su cargo, puesto que el curador no se hallaba investido de autoridad y por tanto, no podía solventar estos problemas por sí mismo.

El gran inconveniente de la falta de autoridad o jurisdicción propia del Curador, se solventó en el año 1407, a través de una disposición de 11 de marzo de 1407 del rey Martín I de Aragón, el Humano. En esta disposición se dotaba al Curador de la plena potestad sobre los menores y se le otorgaban facultades para juzgar en todos los pleitos penales de menores dependientes de la institución, con la consiguiente imposición de faltas o castigos.

La relevancia e impronta de esta institución se extendió a los reinos de Castilla, Navarra y Aragón⁶. No obstante, esta institución se debilitó tras los Decretos de Nueva Planta, al quedar derogados los fueros y el Derecho valencia, y posteriormente fue suprimida por la Real Orden de 11 de diciembre de 1793.

³ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores infractores en España y en los países de su entorno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 29 -33.

⁴ T .C .Roca. Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de menores en España. Consejo Superior de Protección de Menores. Madrid, 1968, pág.15.

⁵ SANCHÉZ VÁZQUEZ, V., y GUIJARRO GRANADOS, T., << Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España>>, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº84, 2002, págs. 121 – 138.

⁶ MARTÍN OSTOS, J, <<Jurisdicción de menores...>>, cit., págs. 2-3.

La importancia de esta institución reside en ser la primera manifestación de una jurisdicción especializada para menores y la finalidad de reformadora y de readaptación social del menor que tenía.

2.2. Edad Moderna

A) Los Toribios de Sevilla y los orígenes de la protección de menores

Toribio de Velasco⁷, un fraile franciscano, con el afán de proteger, educar y reformar a los menores, estableció en la ciudad de Sevilla en 1725, de manera particular, una casa de refugio para jóvenes desamparados y delincuentes, donde contaban con una escuela y un taller de educación y formación.

En este centro a los jóvenes con cierta pericia se les encomendaba la participación en el proceso para el enjuiciamiento de los indisciplinados, y de aquéllos que se incorporaban en el centro, así como la capacidad de formar parte de la ejecución de los acuerdos adoptados⁸. Esta función de juzgadores tenía como objetivo que los jóvenes juzgadores utilizaran y desarrollaran su empatía, además de hacerlos más sensibles y comprometidos con la idea de justicia.

Tras la muerte de su fundador, este centro se desvió de los principios inspiradores y objetivos con los que fue creado, y se llenó de jóvenes peligrosos e incorregibles.

A pesar de lo expuesto, el ingreso en estos centros no era una opción que se tomará muy habitualmente, sino que suponía una excepción a la encarcelación de los menores infractores.

B) Las Casas de misericordia o de caridad

A excepción del caso de los Toribios, a partir del siglo XVII, los menores huérfanos y abandonados se internaban en hospicios, orfanatos o en las llamadas Casas misericordia o caridad. Estas instituciones eran muy diferentes a las anteriormente expuestas, por no decir claramente opuestas. Las razones que fundamentan esta oposición es el tratamiento que se les daba a los jóvenes en estas instituciones, donde prácticamente se

⁷ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 33 -36.

⁸ MARTÍN OSTOS, J., <<Jurisdicción de menores...>>, cit., págs. 2-3.

hallaban desatendidos, la disciplina era severa, el poder que ostentaban el personal de estos centros desmesurado y el trato a los jóvenes delincuentes era análogo sin tener en cuenta el ilícito cometido ni las circunstancias personales del menor. Por tanto, primaba un ambiente disciplinario y la preocupación por la educación, reinserción o habilitación del menor no eran abordadas con la asiduidad necesaria.

En esta etapa, se produjo un hecho que supuso un paso adelante en el derecho español en materia de menores, cuando Carlos IV ordenó la separación de los prisioneros con menos de dieciocho años en centros de reclusión diferentes de los previstos para mayores de dieciocho años. Esta medida tenía como objetivo que las conductas de los menores se vieran perjudicadas por las de los mayores, y permitir a su vez que estos menores dedicaran su tiempo en aprender un oficio y rehabilitarse para su futura inserción en la sociedad. Esta medida se fortaleció y consolidó con el Real Decreto de 14 de abril de 1834, que promulgó la Ordenanza General de Presidios⁹ y sentaba las bases de la separación que tenía que darse entre los presidiarios menores y mayores de dieciocho años¹⁰.

La determinación de la responsabilidad e imputabilidad del menor se basaba principalmente en dos elementos: la edad y el discernimiento. En este sentido tenemos que hablar de los Códigos Penales de 1822 y 1848¹¹. El primero de ellos, el de 1822, consideraba inimputables a los menores de siete años, mientras que los mayores de siete años y hasta los 12 eran sometidos a un examen de discernimiento. Posteriormente, el Código Penal de 1848, establecía la inimputabilidad en los menores de nueve años y a los mayores de esta edad sin discernimiento. Para ello, a los menores situados entre las edades de nueve y 15 años eran sometidos a exámenes de discernimiento en aras a determinar su responsabilidad jurídica¹². También es de tener en cuenta que, pese a no ser considerados menores de edad a los efectos del Código penal vigente en la época, los individuos que tuvieran una edad comprendida entre los 15 y 18 años veían su responsabilidad atenuada en función de su capacidad de discernimiento.

2.3. Normativa española preconstitucional

⁹ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 27.

¹⁰ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 33 -36.

¹¹ SANCHÉZ VÁZQUEZ, et al., << Apuntes para una historia... >>, cit., págs. 121- 138.

¹² COY, E., et al., << Intervención con menores...>> cit., págs. 39-42.

En el contexto de la normativa española precedente a la promulgación de la Constitución española de 1978, nos encontramos con la proclamación de dos leyes de gran importancia en materia de una justicia juvenil especializada y separada de la de los considerados adultos. Concretamente, estas leyes son: la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918 y Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

A) La Ley de Bases de 2 de agosto de 1918

Esta ley promulgada por Real Decreto de 25 de noviembre de 1918¹³, supuso uno de los acontecimientos más importantes en derecho histórico español, debido a que fue la base de la constitución de los primeros tribunales para niños en España¹⁴. Con base en este nuevo modelo de justicia juvenil, los menores recibían un tratamiento acorde con su edad mediante la imposición de sanciones atenuadas y se les libraba de las penas, reservadas éstas únicamente al ámbito de los adultos infractores. Se establecía con ello, por primera vez en España, una jurisdicción especializada reconocida oficialmente para los menores¹⁵.

No obstante, debemos hacer alusión que en este contexto estaba en vigor el Código Penal de 1870 que declaraba la mayoría de edad a partir de los 15 años, que posteriormente con la promulgación del Código Penal de 8 de septiembre de 1928 pasaría a ser de 16 años en adelante¹⁶. Este Código Penal de 1928 también se caracterizó por abolir el examen de capacidad de discernimiento que se venía utilizando para la determinación de la responsabilidad e imputabilidad de los menores.

Además, el proceso adolecía de insuficiencias en las garantías jurisdiccionales para los menores, entre otras causas, porque la defensa técnica del menor no estaba contemplada ni tampoco la intervención del Ministerio Fiscal en el interés del menor, sino que la defensa del menor se llevaba a cabo o bien por el propio menor o por el tribunal que entrara a conocer del asunto. Todo ello, muestra que aun suponiendo un importante avance en materia de menores, se trataba aún de una regulación deficiente, por cuanto un menor de 15 años no tiene ni el conocimiento ni la capacidad de elaborar y presentar

¹³ MARTÍN OSTOS, J, <<Jurisdicción de menores...>>, cit., págs. 4-5.

¹⁴ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 36 -39.

¹⁵ SANCHEZ VÁZQUEZ, et al., << Apuntes para una historia... >>, cit., págs. 121-138.

¹⁶ COY, E., et al., << Intervención con menores...>>, cit., págs. 39-42.

una defensa adecuada que tutele con eficiencia sus intereses, ni el propio juzgador de un proceso jurisdiccional puede asumir la defensa de una de las partes del proceso.

B) La Ley de 1948

La Ley de Tribunales de Menores, junto con su Reglamento, aprobados por Decreto de 11 de junio de 1948¹⁷, es una de las normas más importantes por ser precursora del pensamiento correccional y positivista. Uno de sus aspectos esenciales es la consideración que ésta disponía sobre los menores de edad, al establecer que el menor infractor no era responsable de sus actos, por tanto, se le consideraba exento de responsabilidad penal hasta los dieciséis años, dado que el Código Penal vigente en ese momento era el de 1944, y éste establecía la mayoría de edad en los dieciséis años¹⁸.

Así mismo, el 2 de julio de 1948, entro en vigor el Texto Refundido de la legislación sobre protección de menores¹⁹.

Estos tribunales seguían adoleciendo de deficiencias en cuanto a las garantías procesales que ostentaban los menores. Estas insuficiencias eran, entre otras:

- La falta de publicidad, las sesiones de los Tribunales de menores no eran públicas
- Se trataba de un procedimiento inquisitivo. Seguía sin darse la oportuna defensa jurídica al menor, por cuanto no estaba previsto que el menor fuera asistido de abogado ni que el Ministerio Fiscal velara por los intereses y la protección del menor en su defensa, y el tribunal era el responsable de llevar a cabo tanto la investigación, como el conocimiento de los hechos y la resolución o fallo.
- Era un proceso no contradictorio, en el que acusación, defensa y decisión concurrían en la figura del juzgador, sin darse siquiera audiencia al menor.
- No se atendía al principio de legalidad ni al de tipicidad, dado que se castigaban hecho o conductas que simplemente se estimaran como irregulares, sin que fueran constitutivas de infracción y sin estar recogidas en ningún texto legal.
- Falta de motivación de las resoluciones judicial. Esta ley no establecía la obligación de los juzgadores de fundamentar sus resoluciones y esto, entre otras

¹⁷ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 39-42.

¹⁸ SANCHEZ VÁZQUEZ, et al., << Apuntes para una historia... >>, cit., págs. 121-138.

¹⁹ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., pág. 48.

cosas, dificultaba notoriamente la reclamación en vía de recurso contra las mismas.

Esta falta de elementos esenciales en todo proceso jurídico considerado legítimo nos lleva a cuestionarnos sobre el tipo de justicia que se vino impartiendo durante la vigencia de la LTTM. A pesar de que se estableció un tratamiento diferenciado entre menores y adultos, que cuando menos, esto supuso un avance importante en el desarrollo de la jurisdicción en materia de menores, no resulto del todo suficiente ni equilibrado el tratamiento que se les proporciono a éstos, por cuanto, un proceso que no obedezca como mínimo a los principios de legalidad, tipicidad, contradicción, publicidad y motivación en las resoluciones, no puede ser considerado un proceso justo. Por tanto, el procedimiento judicial seguido bajo el rigor de la LTTM podría tildarse o calificarse como arbitrario.

2.4. Normativa española postconstitucional

El momento cumbre en nuestro derecho histórico²⁰, tanto para el ámbito de menores- que es el que nos atañe-, como en un plano general para el derecho español, es la promulgación de la Carta Magna de 1978. A raíz de esta promulgación comenzaría a cuestionarse la trayectoria jurídica española que venía siguiéndose y planteándose un nuevo modelo que implicaría una ardua reforma normativa acorde con los valores y principios consagrados en la Constitución española de 1978²¹.

Uno primeros pasos en este periodo reformista lo dio la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²², que creó dos órganos jurisdiccionales claves para la tutela y el enjuiciamiento de menores en el sistema judicial español. Estos fueron, la creación de los Juzgados de Menores, situados en las capitales de provincia y que se encargaban de las causas atribuidas por la legislación penar de menores; y la creación de un Juzgado Central de Menores, con sede en la capital de España (Madrid) y competencia en todo el territorio nacional, que tenía atribuido el conocimiento de las conductas tipificadas como delitos y faltas cometidos por menores de edad.

²⁰ MARTÍN OSTOS, J, <<Jurisdicción de menores... >>, cit., págs. 15-22.

²¹ SANCHEZ VÁZQUEZ, et al., <<Apuntes para una historia... >>, cit., págs. 121-138.

²² GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 42-51.

El fenómeno renovador de la CE se manifestó en tema de los menores de edad a través de diversas manifestaciones trascendentales contenidas en el texto constitucional. Entre ellas, las más notorias y relevantes, fueron:

- El art. 12 de la CE establecía la mayoría de edad en los dieciocho años, y suponía la unificación en todos los sectores del ordenamiento jurídico español de la mayoría de edad.
- El principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos., reconocidos en el art.9.3 de la CE.
- La igualdad ante la ley, tipificada en el art. 14 de la CE.
- El reconocimiento de las garantías procesales en el art. 24 de la CE. La tutela judicial efectiva conlleva inherentemente el “[...] derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”
- La especial protección a los niños, contenida en los arts. 39 y 20 de la CE.

A) La Ley 4/1992

Sin embargo, no fue hasta después de trece años desde la promulgación de la Constitución, que el Tribunal Constitucional decidiera²³ declarar inconstitucional el artículo 15 de la LTTM²⁴, por considerar que el proceso de menores como proceso penal, debía ajustarse a las garantías constitucionales reconocidas en el art. 24 de la CE. Esta declaración de inconstitucionalidad supuso que posteriormente, y dado las lagunas legales que esta declaración había provocado, se promulgara la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de

²³ Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional.

²⁴ CASTILLEJO MANZANERES, R., y TORRADO TARRÍO, C., *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, LA LEY, Madrid, 2003, págs. 399-400.

Menores²⁵, que modifiqué sólo parcialmente la LTTM, dejando el resto de su articulado en vigor.

Los elementos novedosos y reformistas que dio la Ley 4/1992²⁶ al ordenamiento jurídico fueron:

- Los principios y garantías constitucionales que recogía y conformaban el nuevo periodo legislativo que empezaba a emerger en España.
- La separación de las fases de enjuiciamiento y de instrucción en el proceso. El enjuiciamiento se llevaba a cabo por el juez mientras que la instrucción estaba bajo la organización del Ministerio Fiscal.
- Nuevas funciones asignadas al Ministerio Fiscal, responsable de velar por los derechos y garantías de las partes y del proceso, además de la facultad de iniciar y concluir el proceso.
- Reconocimiento expreso de la asistencia letrada
- Se incorpora, por primera vez en el entramado legislativo, la teoría de la justicia reparadora²⁷
- Se consolidan los medios para recurrir las resoluciones judiciales.
- Prevalencia de las medidas sancionadoras con carácter educativos sobre las correccionales: amonestación, internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana, libertad vigilada, acogimiento por otra persona o grupo familiar, privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un centro de carácter terapéutico, ingreso en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado²⁸.
- Facultad de adoptar medidas cautelares en interés del menor
- La participación en el proceso de equipos técnicos interdisciplinares que dictaran informes valorativos de las circunstancias psicológicas, familiares y sociales del menor.

²⁵ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 44-48.

²⁶ COY, E., et al., << Intervención con menores...>>, cit., págs. 42-46.

²⁷ Supone el compromiso del infractor de realizar todas aquellas actividades orientadas a enmendar el daño causado a la víctima. La justicia reparadora se prevé para delitos de escasa gravedad y puede conllevar al fin de la tramitación de las actuaciones o sobreseimiento del proceso.

²⁸ Art.17 de la Ley 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

- Se consagra el principio de publicidad en las sesiones del proceso, salvo cuando el interés del menor lo desaconseje.

El art.9 de la Ley 4/1992, determinaba que la competencia de los juzgados de menores compendia a los hechos tipificados como delitos o faltas en las disposiciones legales realizados por los mayores de doce años y menores de la edad que estuviera fijada conforme a el Código penal vigente en aquella época, que era de dieciséis años²⁹. Hasta la aprobación del Código penal de 1995 por la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, no se impuso la mayoría de edad penal en los dieciocho años, tal y como se establece en su art. 19 “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”³⁰ Esta disposición legal del CP conllevó inevitablemente a la proclamación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que introdujo la mediación como alternativa a la vía judicial y como medio eficaz de la resolución de conflictos preferido a la judicialización del proceso con menores, e intentando establecer una conciencia sobre la significación de la reparación del daño causado y la conciliación entre la víctima y el joven infractor³¹.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE MENORES Y SU REPERCUSIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La adhesión de España a la Comunidad Europea en 1985³² fue un hecho decisivo en el devenir del sistema jurídico español, puesto que, como estado miembro de la Unión Europea tenía que adaptar su normativa conforme al derecho de la Unión Europea. Esta adaptación suponía la adopción de las medidas necesarias para la aplicación de las resoluciones comunitarias dictadas en materia de derecho penal de menores.

Asimismo, la acogida del Derecho internacional en materia de menores tuvo acogida en España mediante su suscripción a diversos Tratados y Convenios, como pueden ser, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil en

²⁹ COY, E., et al., << Intervención con menores...>>, cit., págs. 42-46.

³⁰ MARTÍN OSTOS, J, <<Jurisdicción de menores...>>, cit., págs. 17- 19.

³¹ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 402-420.

³² Acta de Adhesión de España a la Comunidad Europea firmada el 12 de junio de 1985.

1990; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad en 1990; la Convención de los Derechos del niño de 1990; y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia a menores de 1985, también conocidas como <<Reglas de Beijing>>.

La consideración de estas disposiciones legales internacionales es trascendental para el devenir normativo de España desde su ratificación y unión a los diversos tratados a los que se acoge y que le vinculan. Una de las manifestaciones de este respeto y adecuación al derecho internacional se nos muestra en la LORPM, que además de ajustarse a la CE también se elabora teniendo en cuenta su sintonía y armonía con el derecho internacional.

III. LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE MENORES

1. PRINCIPIOS INSPIRADORES

Nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con la normativa internacional, se halla impregnado de un conjunto de principios que permiten establecer un tratamiento diferenciado al proceso con menores respecto del seguido con los adultos³³.

Si acudimos a la exposición de motivos de la LORPM, en el motivo II.6 se nos muestra expresamente los principios base que han servido de pauta en la elaboración de esta norma, textualmente se determina que “[...]la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y

³³ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 402-420.

control judicial de esta ejecución.” A continuación, se añade que “[...] en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor³⁴”. Y este párrafo está íntimamente relacionado con el segundo en el que se sostiene que “Sin embargo, la Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios, dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentos y testimonios relevantes de la causa principal³⁵”.

A continuación, vamos a profundizar en cada uno de los principios consagrados en la Exposición de motivos de la presente ley.

1.1. Carácter sancionador y principio de legalidad penal

El carácter sancionador y la determinación de la responsabilidad tienen que estar inexcusablemente unidos al principio constitucional de legalidad³⁶, es decir, los menores de edad únicamente podrán ser sometidos al proceso y declarados responsables cuando hayan realizado una acción u omisión típica³⁷. Tiene que darse una garantía de ley previa al hecho de que se trate, como establece el art.25.1 CE. Por tanto, el sistema de justicia juvenil se pone en marcha cuando el hecho cometido por un menor está tipificado como falta o delito en el CP³⁸.

1.2. Primacía del interés del menor

El interés del menor se trata de un principio general del derecho que debe regir toda interpretación o resolución que afecte a un menor³⁹. Nos encontramos con un concepto jurídico indeterminado, por cuanto, es una noción abstracta que se conforma con la evaluación y valoración de una suma de valores que hacen más recomendable tomar una decisión antes que otra. Consiste en proteger los derechos fundamentales de las personas menores de edad que, por virtud de la ley, tienen capacidad jurídica pero no

³⁴ Motivo II.7 de la Exposición de motivos de la LO 5/2000, de Responsabilidad penal de menores

³⁵ Motivo II.8 de la Exposición de motivos de la LO 5/2000, de Responsabilidad penal de menores

³⁶ ANARTE BORRALLO, E., *Tendencia de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada)*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 104-108.

³⁷ Art. 1.1 LORPM.

³⁸ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 402-420.

³⁹ ANARTE BORRALLO, E., *Tendencia de la justicia penal...*, cit., págs. 104-151.

poseen capacidad de obrar. Al hallarse intrínsecamente unido el interés del menor y la personalidad, se puede argumentar que uno de los derechos fundamentales de los menores de edad que hay que proteger privilegiadamente es el libre y correcto desarrollo de su personalidad conjugando aspectos de diversa índole, tanto en el plano social como en el personal⁴⁰.

Por tanto, el interés del menor se tiene que entender como aquello que le beneficia, considerando este beneficio es un sentido amplio a todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y contribuya al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo integral.

Así, en aras a la protección del menor y su interés encontramos una serie de adaptaciones procesales al proceso de menores como por ejemplo la atención que deben prestar el Ministerio Fiscal, el juez y el letrado del menor no sólo a los hechos probados y a la valoración jurídica que se haya realizado de los mismos, sino además y de forma específica a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, que se pongan de manifiesto por el Equipo Técnico. Concretamente, es este Equipo Técnico el encargado de valorar el interés superior del menor a través de criterios técnicos y no meramente formalistas.

Asimismo, cuando se den las circunstancias establecidas por la propia ley y basándose en el interés superior del menor, el Ministerio Fiscal, de conformidad con el principio de oportunidad, podrá valorar si resulta conveniente no incoar expediente a un menor o solicitar el sobreseimiento del expediente incoado a un menor.

1.3. Escalas de edad en la aplicación del sistema de justicia penal juvenil

El ámbito de aplicación de la LORPM⁴¹ se circunscribe a los mayores de 14 años y a los menores de 18 cuando cometan una infracción tipificada en el CP⁴². Esta delimitación de la edad en la aplicación de esta ley lleva a hacerse la pregunta de ¿qué ocurre con los menores de 14 años que realicen acciones tipificadas o calificadas como faltas o delitos? Cuando la infracción haya sido cometida por un menor de catorce años la responsabilidad penal no será establecida por la LORPM, puesto que escapa a su ámbito

⁴⁰ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., pág. 56.

⁴¹ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 402-422.

⁴² Art.1 LORPM

de aplicación. Por ello, para determinar la responsabilidad penal de estos sujetos tendremos que acudir a lo que dispongan las normas sobre protección de menores del CC y a las demás disposiciones que se encuentren vigentes en el momento de la comisión de la infracción. En estas circunstancias, el Ministerio Fiscal como agente tutelar de los derechos fundamentales de los menores, informara a la Entidad Pública de Protección de Menores del territorio correspondiente de cuantas situaciones tenga conocimiento, para que ésta valore la situación del menor infractor y adopte las medidas legalmente previstas en consideración con sus circunstancias.

En cuanto a los menores que están dentro del ámbito de aplicación de la LORPM, esto es, entre los 14 y 18 años, existe una separación en dos tramos de edad con el objeto de graduar las consecuencias jurídicas derivadas de las infracciones cometidas. Estos tramos son, en primer lugar, los comprendidos entre los catorce y los dieciséis años, y por otro lado, los menores situados entre las edades de dieciséis y dieciocho años. Este último tramo contiene un grado de agravación en las consecuencias jurídicas más alto que el primero, en atención, a la edad y a otros elementos que justifican un tratamiento diferenciado como pueden ser el grado de violencia, intimidación o peligro para las personas.

1.4. Principio de especialidad

El principio de especialidad responde al objetivo de la adopción de un régimen integral para menores infractores⁴³. Esto conlleva establecer un completo sistema especializado caracterizado además de por normas y procedimientos diferentes a los de adultos, por la composición del proceso por operadores jurídicos con una formación especializada en materia de menores, y la asistencia a lo largo del proceso por personal especializado, que asesore sobre la situación real del menor y las medidas más aconsejables para su educación y rehabilitación social.

Las causas de que se requiera una justicia especializada, flexible y dispar para juzgar a las personas menores de dieciocho años de edad, es el reconocimiento de hallarnos con personas que se encuentran en pleno proceso de formación para la vida adulta. Este proceso de formación requiere que carecen de una plena evolución intelectual,

⁴³ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 57-58.

emocional y moral, por tanto, se considera que la recuperación o reeducación de los sujetos menores de edad es proporcionalmente mayor a la de los infractores adultos.

El principio de especialidad es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho en materia de menores, y esto se evidencia en la impronta que tiene en diversos instrumentos internacionales. Brevemente me permito hacer mención a algunos de ellos, por considerarlos de suma relevancia en el orden jurisdiccional internacional y nacional español, y en como sientan las bases de una justicia para los menores de edad acorde con su completo desarrollo. En primer lugar, la Observación General N° 10 del Comité de Derechos del Niño (Párrafo 92/93) dictamina que un sistema amplio de justicia de niños y adolescentes requiere, a su vez, de la implementación de unidades especializadas en los diversos órganos u organismos que entren en contacto directa o indirecto con menores, tales como la policía, la judicatura, el sistema judicial, la fiscalía, y por supuesto, también la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada. Por otro lado, y en la misma línea, las conocidas <<Reglas de Beijing>> hacen mención al principio de especialidad en los elementos que deben regir una justicia penal eficaz, justa y humanitaria con los menores. Entre estos elementos se impone la necesidad de que se seleccione a los magistrados, jueces, fiscales y defensores de menores, valorando los conocimientos, cualidades y experiencia que éstos posean respecto a menores y delincuencia juvenil.

A modo de conclusión y concreción, el principio de especialidad entraña⁴⁴:

- Que los órganos intervinientes en procesos con menores tengan la capacidad y competencia específica para actuar con diligencia en los delitos cometidos por menores de edad. Por tanto, se les exige una formación específica en materia de menores.
- Que el procedimiento se adapte a las necesidades del menor relacionadas con su desarrollo como persona y siempre en su interés, previendo incluso estándares más exigentes en comparación con los vigentes para las personas adultas.
- Que los establecimientos donde se ejecuten las penas a impuestas a menores de edad, sean diferentes de los destinados a los mayores de edad. Asimismo, a las

⁴⁴ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

autoridades administrativas de estos centros especializados deberán contar con la adecuada formación y especialización para su tratamiento con menores.

- Que las consecuencias jurídicas derivadas del delito sean diferentes de las contempladas en el régimen penal de adultos.
- Que se favorezca e incentive la adopción de medidas alternativas al proceso penal. En este sentido, tal y como se sostiene por la organización supranacional UNICEF: <<El sistema de justicia penal para adolescentes debe contemplar un gran abanico de opciones que posibiliten una vía diferente de la del proceso penal y/o la suspensión del mismo una vez iniciado. Ejemplos de estos mecanismos son la mediación penal, la conciliación o la imposición de determinadas obligaciones a la persona imputada –asistir a un establecimiento educativo o capacitarse en determinado oficio– o la compensación a las víctimas a cambio de la extinción de la acción penal⁴⁵>>.

1.5. Derechos y garantías del menor

La LORPM reconoce los mismos derechos y garantías que a los adultos a los menores sometidos a un proceso penal juvenil, de conformidad con la CE y el resto del ordenamiento jurídico, particularmente en consideración de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁴⁶ y en todas aquellas normas relativas a la protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España⁴⁷.

Muy especialmente, hay que tener en consideración una reciente Directiva de la Unión Europea⁴⁸ adoptada por el Consejo el 21 de abril de 2016, por la que se refuerzan los

⁴⁵ Adolescentes en el sistema penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, 2008, pág. 31.

⁴⁶ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., y NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS.P., <<El menor infractor y las claves para su tratamiento rehabilitador>> en *Dereito* Vol.21, nº2, págs. 36- 38.

⁴⁷ Art. 1.3 LORPM

⁴⁸ La adopción final de la Directiva es consecuencia de un acuerdo político alcanzado entre los dos legisladores de la Unión Europea en diciembre de 2015 y de la posterior aprobación del Parlamento Europeo el 9 de marzo de 2016. Una vez publicada en el Diario Oficial de la UE, los Estados miembros dispondrán de un plazo de tres años para incorporar a su Derecho interno las disposiciones de la Directiva. Dinamarca, el Reino Unido e Irlanda han decidido no participar en esta Directiva y no estarán vinculados por ella.

derechos del menor en los procesos penales. Esta Directiva establece un conjunto de garantías procesales para los menores de 18 años que son considerados sospechosos o están acusados de haber cometido un hecho constitutivo de delito. Entre las disposiciones a tener en cuenta y los derechos en ella reconocidos nos encontramos con: el derecho a la información, es decir, a que los menores sean notificados de su condición de sospechosos o encausados en un proceso penal, y se les advierta de sus derechos y de los aspectos generales del proceso; derecho del menor a que el titular de la patria potestad sea informado; derecho a la asistencia letrada ; derecho a una evaluación individual, en la que se valorara especialmente, la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, además de cualquier vulnerabilidad específica que pudiera tener el menor ; el derecho a un reconocimiento médico; las limitaciones de la privación de libertad del menor, para que ésta se dé durante el menor tiempo posible; la tramitación rápida y diligente de los asuntos; el derecho a la protección de la vida privada; el derecho a que el menor esté acompañado por el titular de la patria potestad durante el proceso; el derecho del menor a estar presente y a participar en su propio juicio, etcétera.

2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA JUSTICIA JUVENIL

El principio de legalidad es el que rige con carácter general el sistema procesal penal y exige el inicio de un proceso penal cuando existan indicios de la comisión del delito, sin que el Ministerio Fiscal pueda solicitar el sobreseimiento ni el Juez autorizarlo hasta que estos indicios desaparezcan⁴⁹. No obstante, en determinados supuestos, a pesar de existir indicios suficientes para apreciar que se ha cometido un delito, se posibilita desistir en la incoación de un proceso o la terminación anticipada de un proceso que ya se está tramitando. Esto es lo que se conoce como el principio de oportunidad⁵⁰. Es un principio que atiende a razones de política criminal y conlleva un análisis del caso concreto, donde se valora el beneficio que puede acarrear para el imputado, para la víctima y para la sociedad en su conjunto, la no incoación de un proceso o su sobreseimiento⁵¹.

⁴⁹ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 63-74.

⁵⁰ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 59-74.

⁵¹ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 402-420.

El papel que juega el principio de oportunidad en el proceso penal con menores se manifiesta en la discrecionalidad que se les reconoce al Ministerio Fiscal y al Juez para que en interés del menor, decidan el tratamiento que darle a la cuestión litigiosa. En esta discrecionalidad y discernimiento en el proceder de una manera u otra, los órganos judiciales se encuentran asistidos del Equipo Técnico. No obstante, no hay que olvidar que esta discrecionalidad que ostentan el Ministerio Fiscal y el juez no es absoluta, pues debe ajustarse a las condiciones que se establecen en torno al principio de oportunidad en la propia ley⁵². Estas condiciones se fundamentan en la levedad de la infracción, la ausencia o intimidación en las personas, la reincidencia o la corrección en el ámbito educativo o familiar, entre otras.

Las manifestaciones que encontramos en la LORPM del principio de oportunidad son: el desistimiento de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, el sobreseimiento del expediente de reforma, la conformidad en el proceso penal de menores, la conformidad en el escrito de alegaciones del letrado del menor, la conformidad en la fase de audiencia, la suspensión condicional de la ejecución del fallo de la sentencia y la sustitución de las medidas impuestas al menor.

IV. LA MEDIACIÓN

1. CONCEPTO

La mediación puede ser definida como un mecanismo alternativo a la solución de conflictos a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial como mediador entre las partes de una controversia para que éstas lleguen a un acercamiento y acuerdo respecto a la situación litigiosa⁵³.

En palabras de la doctora en Derecho, abogada y mediadora, Helena Soletto Muñoz: << [...] la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad en las partes: son las partes las que llegan a un

⁵² Arts. 18 y 19 LORPM.

⁵³ DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., <<La mediación en la resolución de conflictos>>, en *Educar* 32, 2003, pág. 126.

acuerdo, libremente y auxiliado por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial>>⁵⁴.

2. EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La práctica de la mediación como método autocompositivo de solución de conflictos interpartes comienza a darse en el contexto de los conflictos de carácter disponible⁵⁵, es decir, aquéllos en los que las partes tienen disponibilidad sobre el objeto del proceso y por ello, no resulta obligatorio que las partes acudan a los tribunales para solventar los conflictos que se hayan producido. La facultad de disponibilidad sobre el objeto jurídico controvertido es lo que lleva a las partes a poder negociar, transigir o incluso renunciar a sus pretensiones.

Ulteriormente, se produjo una ampliación del ámbito de aplicación de la mediación, incluyéndose la mediación en la solución de conflictos matrimoniales. Supuso un avance por cuanto puesto los conflictos matrimoniales no son puramente dispositivos sino que una parte de ellos reviste carácter imperativo. Con ello se permitía dar una solución y cobertura a los intereses de las partes a través del acuerdo adoptado en mediación y su posterior aprobación jurisdiccional.

El siguiente adelanto que se pretendió alcanzar fue la intervención del proceso mediador en la solución de conflictos de carácter penal, sin embargo, todavía sigue sin haberse establecido una normativa que regule la mediación en procesos penales. En los procesos penales optar por la mediación como medio de resolución de conflictos es un tema controvertido por diversas razones. En primer lugar, el objeto del proceso es indisponible por las partes, por tanto, nos hallamos ante procesos de naturaleza imperativa donde entra en juego el *ius puniendi* que ostenta el Estado. En segundo lugar, tendríamos que analizar y determinar en qué partes del proceso penal podría ser de utilizar la mediación. A este respecto y conforme a la doctrina que existe al respecto, parece ser que la mediación no está del todo apartada de los procesos penales, sino que tiene cabida en relación con la ejecución de las penas impuestas⁵⁶.

⁵⁴ HELENA SOLETO MUÑOZ, <<La mediación: método de resolución de alternativa de conflictos en el proceso civil español>> Revista Electrónica de Derecho Procesal – REDP. Volumen III, pág. 67.

⁵⁵ BELLOSO MARTÍN, N., <<Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal>>, en *Arcos*, Revista electrónica de Derecho Procesal, vol. V, pág. 5.

⁵⁶ Ver arts. 80 a 88 CP, relativo a las posibilidades de la mediación en la fase de ejecución del proceso penal.

No obstante, en lo referente a menores, la situación es diferente debido a la capacidad educadora que se le reconoce a la mediación y ello se ha visto plasmado en la regulación de la LORPM⁵⁷. En ella la mediación está permitida y juega un papel esencial en la solución de conflictos con menores, sin embargo, debe ajustarse a las prescripciones que la propia ley establece.

3. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

3.1. Voluntariedad.

Las partes son las que deciden libremente someterse a un procedimiento de mediación como método alternativo a la solución del conflicto, y pueden desistir libre y unilateralmente, sin ningún tipo de consecuencias o perjuicios para ninguna parte, en cualquier momento o fase del procedimiento mediador, para que el asunto se sustancie por la vía judicial⁵⁸.

3.2. Confidencial.

El principio de confidencialidad supone que todas las manifestaciones efectuadas durante el procedimiento mediador son reservadas y confidenciales⁵⁹, y no podrán utilizarse fuera de la mediación ni ser alegadas en otro proceso o en el juicio que corresponda de no haber resultado la mediación. En este sentido, rige sobre el mediador la exigencia de secreto profesional.

3.3. Imparcialidad y neutralidad del mediador.

El mediador tiene que tener una posición imparcial y neutra con respecto a las partes. Esto se entiende en que éste no puede influenciar ni decantarse por ninguna de las partes, ni tampoco puede realizar ninguna intervención en la que proponga soluciones o acuerdos a alcanzar⁶⁰.

3.4. Flexibilidad.

⁵⁷ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., et al., <<El menor infractor y las claves... >>, cit., págs. 36-39.

⁵⁸ DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., <<La mediación...>>, cit., pág. 126.

⁵⁹ BELLOSO MARTÍN, N., <<Anotaciones sobre alternativas...>>, cit., pág. 5.

⁶⁰ BELLOSO MARTÍN, N., <<Anotaciones sobre alternativas...>>, cit., pág. 5.

El proceso de mediación requiere una adaptación concreta a cada supuesto⁶¹. Por tanto, no se puede establecer un procedimiento riguroso de la forma de tramitar o decidir cómo llevar a cabo la mediación sino que el diálogo y desarrollo del mismo depende del caso concreto⁶². En la mediación se tienen que valorar las características personales de cada una de las partes⁶³.

3.5. Carácter personalísimo.

El carácter personal de la mediación consiste en la personación de cada uno de los intervinientes en las sesiones de mediación que se lleven a cabo, sin que quepa la representación o la mediación por intermediarios.

3.6. Defensa del interés del menor.

Una de las características principales de la mediación, es que siempre que en el asunto controvertido haya un menor al que pueda afectar directa o indirectamente el tratamiento que se le dé al hecho ilícito, las medidas o decisiones tomadas al efecto tienen que tener en cuenta siempre el interés del menor.

3.7. Profesionalización.

La profesionalización hace referencia a que el mediador debe tener una formación específica en mediación⁶⁴, pero además, tratándose de mediación con menores, también tiene que poseer la suficiente formación en materia de menores. Esta formación específica en menores también es necesaria para los abogados que asistan a las partes.

4. LA MEDIACIÓN CON MENORES INFRACTORES

4.1. Fundamento de la mediación con menores

El fundamento principal de la incorporación de la mediación con menores infractores en el marco de la responsabilidad penal por hechos considerados delictivos responde a las exigencias del principio de oportunidad reglada⁶⁵, cuyo objetivo fundamental es el

⁶¹ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., et al., <<El menor infractor y las claves... >>, cit., págs. 43-44.

⁶² ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., págs. 88-89.

⁶³ DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., <<La mediación...>>, cit., pág. 131.

⁶⁴ DE LA CUESTA, J.L. y BLANCO, I., <<El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España>> en *ReAIDP / e-RIAPL*, 2006, págs. 8-10.

⁶⁵ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 63-74.

respeto al interés del menor y la introducción de la justicia restaurativa⁶⁶ como método para que tanto el menor infractor como la víctima puedan enfrentar el daño perpetrado por el delito⁶⁷. De modo que, en la mediación uno de los objetivos primordiales es tratar de conciliar el interés del menor con la protección de la víctima.

4.2. Tipos de mediación penal con menores

Conforme a la regulación de la LORPM, podemos distinguir dos clases de mediación para la resolución de conflictos delictivos con menores:

A) Mediación prejudicial.

a) Contenido

La mediación prejudicial se regula en el artículo 19 LORPM y consiste en la posibilidad de que la víctima y el menor infractor puedan establecer un acuerdo para la reparación del daño causado por el hecho delictivo al comienzo de un proceso penal con menores⁶⁸. Por tanto, para que esta mediación produzca efectos tiene que darse antes de la apertura de la fase de juicio oral.

b) Efectos

En el supuesto de que como resultado de la mediación se llegue a un acuerdo, el fiscal acordará la terminación de la instrucción y solicitará al juez de menores el sobreseimiento del proceso, una vez los compromisos asumidos por el menor en ese acuerdo hayan sido efectivamente cumplidos o su incumplimiento sea por causa ajena al menor. La falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas en el acuerdo supondrá que el fiscal continúe con la tramitación del expediente⁶⁹. El juez al que le haya sido solicitado el sobreseimiento tendrá que comprobar que la conciliación entre el menor

⁶⁶ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 292-296.

⁶⁷ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., pág. 66.

⁶⁸ DÍAZ CAPPÀ, J., <<Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación>>, págs. 26-34.

⁶⁹ SANZ HERMIDA, Ágata M^a., “La mediación en la justicia de menores”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, págs.155-174.

infractor y la víctima efectivamente se haya producido, y que los compromisos del acuerdo hayan sido cumplidos en los términos convenidos⁷⁰.

c) El papel del equipo técnico

La intervención del equipo técnico en la mediación es el elemento esencial en el desarrollo y trascendencia de la misma⁷¹. Es imprescindible el informe elaborado por lo equipo técnico sobre la conciliación y el cumplimiento de los compromisos asumidos.

d) Presupuestos objetivos para que el acuerdo alcanzado tenga eficacia

En primer lugar hay que hacer referencia a que estos presupuestos son necesarios para que el acuerdo alcanzado en mediación sea válido para producir efectos suspensivos en cuando al sobreseimiento del expediente por parte del Ministerio Fiscal y del proceso por parte del juez de menores correspondiente. Sin embargo, la concurrencia de estos requisitos no es preceptiva para llevar a cabo la mediación en sí misma.

Concretamente estos requisitos objetivos⁷² son:

- Que la gravedad de la conducta delictiva del menor infractor tiene que ser leve. Específicamente, el hecho delictivo cometido por el menor debe constituir un hecho tipificado como delito menos grave o falta⁷³.
- Que en la comisión del hecho delictivo no haya mediado violencia o intimidación grave.
- La voluntad manifiesta del menor por solucionar el conflicto⁷⁴. Por cuanto esta manifestación pudiera considerarse un condicionante de carácter abstracto y de difícil determinación, la ley prevé cuándo se puede entender que el menor tiene una voluntad activa y comprometida con la solución del conflicto que ha causado. Estas manifestaciones de la existencia de esta voluntad son: la existencia de una conciliación entre el menor y la víctima⁷⁵, el compromiso de reparación del daño causado a la víctima por parte del menor infractor o de

⁷⁰ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 294-296.

⁷¹ DE LA CUESTA, J.L. et al. , <<El enjuiciamiento de menores...>>, cit., págs. 11-13.

⁷² Art. 19.1 LORPM

⁷³ La calificación de la gravedad de los delitos debe hacerse conforme al Código Penal. En concreto, deben observarse los arts. 13, 33.2, 33.3 y 33.4 CP.

⁷⁴ DÍAZ CAPPÀ, J., *Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación*, págs. 26-34.

⁷⁵ La conciliación supone el reconocimiento del daño causado por parte del menor, la correspondiente disculpa por parte del infractor a la víctima y la aceptación por parte de la víctima de esas disculpas. Esta matización de lo que ha de entenderse por conciliación entre la víctima y el menor infractor se recoge en el art. 19.1 LORPM.

realizar la actividad educativa valorada por el equipo técnico⁷⁶. Respecto al compromiso de reparación necesario hacer unas matizaciones: en primer lugar, el sobreseimiento del expediente sólo podrá acordarse cuando el compromiso de reparación asumido por el menor sea efectivamente llevado a cabo o, en el caso de no ser esto posible que del incumplimiento no se derive culpa por parte del menor infractor; en segundo lugar, la reparación del daño causado no es equiparable a la responsabilidad civil derivada del delito⁷⁷ que corresponda, por tanto, la reparación del daño ocasionado en ningún caso exime de responsabilidad civil por el delito cometido.

B) Mediación judicial ligada a la ejecución de la pena impuesta al menor infractor en el proceso.

a) Contenido y efectos

La mediación también puede producirse tras el proceso judicial penal y una vez recaída sentencia en donde se imponga alguna medida al menor infractor. Es lo que se conoce como mediación judicial, y supone llevar a cabo la conciliación sobre los efectos de la sentencia dictada⁷⁸, pudiendo llegar a dejar sin efecto la medida impuesta en el proceso. La regulación de la mediación judicial se recoge en el artículo 51 LORPM.

b) Cese de las medidas impuestas en la sentencia por conciliación

Hay que atender especialmente al motivo que puede suponer que la conciliación tenga una eficacia extintiva. En este sentido, se valora la reparación de la víctima por parte del menor en relación con el tiempo que lleva cumpliéndose la medida impuesta, y que de ello, se infiera que se ha constatado el suficiente reproche a la acción delictiva cometida por el menor⁷⁹.

En cuanto al procedimiento seguido para la determinación del cese de la medida impuesta en sentencia, es el Ministerio Fiscal o el letrado del menor el que propone al

⁷⁶ SANZ HERMIDA, <<La mediación en la justicia de menores>>, en GONZÁLEZ- CUELLAR (dtor.), *Mediación: un método...*, cit., págs. 155-174.

⁷⁷ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., pág. 79.

⁷⁸ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 416-420.

⁷⁹ DÍAZ CAPPA, J., *Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación*, págs. 23-34.

juez que valore la conciliación y los efectos que pueda desplegar la misma⁸⁰. La decisión del juez al respecto se lleva a cabo previa audiencia del equipo técnico y representación de la entidad pública de protección o reforma de menores⁸¹. La decisión del juez no es discrecional sino que tiene que ajustarse a los criterios que se establecen en el artículo 51.3 LORPM.

c) Limitación objetiva

La peculiaridad del cese de la medida impuesta es que no existe ninguna limitación objetiva, es decir, puede ser aplicable para toda clase de ilícitos penales tanto para delitos graves, menos graves o faltas, al contrario de lo que sucede para la validez del acuerdo prejudicial de mediación en donde se tienen que respetar los requisitos de tratarse de un delito menos grave y además no haberse dado intimidación o violencia.

d) Requisitos

La eventualidad de aprobar la conciliación post processus por parte del juez se condiciona a que la valoración que lleve a cabo se ajuste a la verificación de la existencia de unos presupuestos objetivos⁸². Estos presupuestos son:

- Que haya existido una conciliación entre la víctima y el menor infractor. Es imprescindible que se constate que el conflicto producido por el delito ha quedado zanjado y por ello, la persistencia de la medida impuesta en la sentencia se haya desnaturalizado la finalidad de la misma.
- Que se haya cumplido durante cierto tiempo la medida impuesta. Se tiene que evaluar que el tiempo de cumplimiento haya sido el suficiente para considerar que se han dado los resultados para estimar que se ha cumplido la finalidad de prevención y reeducación que conlleva. Asimismo, el juez debe apreciar si en atención al hecho producido considera que ha mediado el suficiente reproche por el acto delictivo.
- Que se haya oído al equipo técnico y a la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores sobre la conciliación y el tiempo de condena consumado.

⁸⁰ BELLOSO MARTÍN, N., << Anotaciones sobre alternativas...>>, cit., pág. 5.

⁸¹ SANZ HERMIDA, <<La mediación en la justicia de menores>>, en GONZÁLEZ- CUELLAR (dtor.), *Mediación: un método...*, cit., págs. 155-174.

⁸² CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 416-420.

4.3. Argumentos en contra de la mediación con menores

En contra de la mediación penal se han empleado diversos argumentos que se van a exponer a continuación e intentar rebatir de la mejor forma posible.

A) Principio de legalidad

El principio de legalidad versa sobre la indisponibilidad de los derechos e intereses protegidos por las normas y la imperatividad en cuanto a su observancia⁸³. Esto conlleva que el procedimiento penal se repunte como necesario y se excluya la posibilidad de que se pueda llevar a cabo cualquier acto de disposición o acuerdo en relación con el conflicto que haya originado el hecho delictivo. En el contexto penal y con la aplicación del principio de legalidad en sentido estricto, la mediación no resulta posible⁸⁴.

No obstante, como se ha apuntado con anterioridad en este trabajo, el principio de oportunidad permite que, en determinadas circunstancias, el principio de legalidad se flexibilice a favor de un interés superior que se trata de proteger⁸⁵. Esta flexibilidad del principio de legalidad la encontramos en materia de menores en la LORPM, por cuanto, de forma reglada y bajo el condicionamiento a una serie de requisitos, se establece la posibilidad de acudir a la mediación para solucionar conflictos de carácter penal en menores.

B) Privatización de la justicia penal con menores

En torno a los críticos de la mediación penal juvenil, otro de los argumentos que se ha esgrimido ha sido el de que ésta supone que las partes del conflicto dispongan de la facultad de determinar la responsabilidad penal de los menores y de la resolución conforme a sus parámetros del conflicto.

En este sentido tenemos que observar las características esenciales que reviste el Derecho Penal:

- Es un derecho que pertenece al ámbito del Derecho Público.

⁸³ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., págs. 60-62.

⁸⁴ DÍAZ CAPPA, J., *Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación*, pág. 4.

⁸⁵ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., pág. 72.

- Tiene por función la protección de los bienes jurídicos determinados por la normativa de carácter penal.
- La titularidad del Derecho penal la ostenta el Estado.
- El Estado para la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal detenta el ius puniendi⁸⁶.

Con base a esto la mediación penal en adultos sería difícilmente discutible por el carácter público que detenta el Derecho Penal⁸⁷. Sin embargo, en materia de menores, el procedimiento y sistema en la responsabilidad penal es diferente al de adultos, por la función primordial educativa en la que se sostiene⁸⁸. No podemos olvidar tampoco que la mediación penal con menores no es un criterio de aplicación general, sino que es una posibilidad que se halla expresamente regulada en la propia legislación y responde a un intereses superiores a proteger : el interés del menor y la restauración del daño causado a la víctima. En ningún caso se persigue eximir de responsabilidad penal al menor infractor sino al contrario, a través de la mediación se consigue establecer una responsabilidad en el menor de mayor envergadura que la que se establece a través del proceso penal dado que el menor se encuentra más cercano a las consecuencias de su mala conducta⁸⁹. Asimismo, tampoco se pretende por medio de la mediación penal desnaturalizar el carácter público del hecho delictivo del menor dotando a la víctima de la disponibilidad del derecho penal sino que el móvil que actúa en la mediación responde a un criterio relacionado con justicia restaurativa y el interés superior del menor⁹⁰.

En definitiva, la mediación penal con menores no lesiona el ius puniendi dado que el ámbito sobre el que se actúa es el personal, es decir, se articula en torno al daño causando a la víctima y la responsabilización y restauración de ese daño por parte del infractor. En ningún caso, la mediación entra a la dimensión social del delito o la responsabilidad penal del delito encuadrado en un ámbito colectivo. Y por otra parte, la LORPM no establece una sustitución del proceso penal por la mediación sino que únicamente introduce la facultad u oportunidad de recurrir a ésta en diversas fases

⁸⁶ Poder o facultad que ostenta el Estado para sancionar conductas reputadas como ilícitas.

⁸⁷ DE LA CUESTA, J.L. et al. , <<El enjuiciamiento de menores...>>, cit., págs. 10-11.

⁸⁸ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.), *La mediación...*, cit., págs. 382 – 385.

⁸⁹ HINOJAL LÓPEZ, S., Los menores ante la mediación, pág. 8.

⁹⁰ SANZ HERMIDA, <<La mediación en la justicia de menores>>, en GONZÁLEZ- CUELLAR (dctor.), *Mediación: un método...*, cit., págs.155-174

procedimentales. Por tanto, se respetan plenamente las garantías de aplicación del Derecho Penal.

En esta línea, RÍOS MARTÍN y otros señalan que <<El proceso de mediación 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 garantizar el cumplimiento de las garantías procesales, evitando eventuales abusos que pudiesen 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 que la reparación, la responsabilización del daño, y la petición de perdón –disculpas-, no se realice únicamente en el ámbito privado, sino también en el público, con la trascendencia social que permiten las salas de la administración de justicia. La mediación, por tanto, no vienen a suplir el sistema de justicia penal existente, sino a complementarlo, humanizarlo y racionalizarlo. En último extremo sirve para acallar los sentimientos de venganza de la víctimas en la petición de un incremento punitivo del Estado que nada aporta a la pacificación y a la convivencia social⁹¹>>.

C) La disminución de garantías que conlleva la mediación

Uno de los asuntos más controvertidos en cuando a la mediación penal se suscita en el ámbito de los derechos y garantías que el proceso ofrece frente a esta solución alternativa de conflictos⁹², al entenderse que esos derechos y garantías resultan indispensables para la salvaguarda tanto de la víctima como del imputado⁹³. De esta manera, resulta cuando menos necesario que la normativa que regule la mediación recoja una serie de derechos y garantías para las partes del conflicto de carácter análogo a los reconocidos en el proceso judicial⁹⁴.

En relación con el derecho de defensa, su salvaguarda se manifiesta en el derecho tanto de la víctima como del menor infractor de ser asistidos por un abogado, y en el caso de

⁹¹ RÍOS MARTÍN, J.C. /PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther/BIBIANO GUILLÉN, Alfonso/ SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Colex. Madrid, 2008, pág. 45.

⁹² CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.) *La mediación...*, cit., págs. 232.

⁹³ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., págs. 89-90.

⁹⁴ ANARTE BORRALLA, E., *Tendencia de la justicia penal...*, cit., págs. 104- 151.

que fuera necesario, de un traductor o intérprete⁹⁵. No obstante, en el caso del abogado sus funciones se reservan para antes del comienzo y después de la celebración de las sesiones de mediación, pues éste no puede formar parte de ellas, puesto que únicamente se componen de la presencia de las partes, del mediador y, del intérprete en caso de que sea preceptiva su asistencia para el dialogo entre las partes. En este sentido, el asesoramiento jurídico del abogado sobre los derechos que asisten a cada parte antes de la celebración del juicio y la información posterior de las consecuencias jurídicas de la decisión o el acuerdo alcanzado, resultan de especial trascendencia para entender suficientemente amparado el derecho de defensa⁹⁶.

Respecto a la presunción de inocencia⁹⁷, que resulta ser también una de las cuestiones más criticadas de la mediación, en primer lugar en la mediación el derecho de presunción de inocencia queda garantizado dado que no se trata de un procedimiento de culpabilización sino meramente de reparación del daño ocasionado a la víctima del delito⁹⁸. En este sentido debemos entender que ambas partes se someten libre y voluntariamente al procedimiento mediador, es decir, nadie las obliga por ningún medio. En el supuesto de que se considere que a través de la responsabilización del menor infractor por los hechos cometidos éste ha reconocido su culpa, se defiende la postura de que este reconocimiento se ha hecho libremente sin que haya mediado ningún tipo de coacción, intimidación o promesa. La presunción de inocencia se manifiesta principalmente en el desistimiento del procedimiento mediador en cuando el infractor tenga dudas sobre su culpabilidad, abriéndose el correspondiente proceso para juzgar la situación litigiosa⁹⁹. No obstante, pese a que se parte de la culpabilidad del infractor bajo la constatación de hechos objetivos, dado que en caso contrario resultaría inocua la mediación, ésta no está encaminada a sustituir a la función de los órganos jurisdiccionales sino que su fundamento está en la reparación del daño causado. Asimismo la protección de la presunción de inocencia se proyecta en el principio de confidencialidad que rige la mediación. En atención a esto, cualquier delito o hecho controvertido adicional al tema que se trata en la mediación, no podrá ser alegado ni denunciado posteriormente ante la justicia, por cuanto, toda la información y el

⁹⁵ CUADRADO SALINAS, C., <<La mediación ¿una alternativa real al proceso penal?>> en *Revista electrónica de ciencia y criminología*, núm. 17-01, págs. 19-25, 2015.

⁹⁶ BASANTA DOPICO, J.L., La mediación en el ámbito penal juvenil, págs. 9-19.

⁹⁷ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.) *La mediación...*, cit., págs. 233-244.

⁹⁸ GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores...*, cit., pág. 78.

⁹⁹ ANARTE BORRALLO, E., *Tendencia de la justicia penal...*, cit., págs. 104-108.

contenido de la mediación es confidencial. Además, en relación con esto, el mediador no podrá participar como testigo por lo acontecido en las sesiones de mediación.

D) Otros argumentos en contra

Además de los anteriormente expuestos, los críticos de la mediación esgrimen otros argumentos tales como la falta de seguridad jurídica, la falta de garantías sobre la imparcialidad de la persona o institución mediadora, o la escasa eficacia del acuerdo que se alcanza en la mediación, debido a la carencia de poderes coercitivos del mediador para exigir su cumplimiento.

4.4. Ventajas de la mediación con menores

El proceso jurisdiccional adolece de la capacidad para dar una respuesta satisfactoria a las necesidades o pretensiones tanto de las víctimas e infractores del conflicto como de la sociedad¹⁰⁰.

A continuación, se muestran las ventajas que ofrece la mediación con respecto al proceso jurisdiccional.

A) Desjudicialización

España es un país que presenta una clara tendencia a la judicialización¹⁰¹ en todos los ámbitos de la vida del ser humano, y este factor de excesiva reglamentación y requerimiento de la solución de conflicto por la vía judicial lleva a que los tribunales estén colapsados y desbordados de trabajo. Este desbordamiento de trabajo supone que nos encontremos con una justicia lenta en la solución de conflictos, lo que supone en muchos casos, una prolongación del sufrimiento de la víctima y menores garantías de reeducación del menor infractor por su conducta delictiva¹⁰².

Frente a esto, el recurso a la mediación con menores en la solución de conflictos reduce considerablemente la carga de trabajo que aborda a los órganos judiciales y se promueve la agilización de la justicia, además de disminuir los costes que los procesos

¹⁰⁰ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., págs. 57-81.

¹⁰¹ SANZ HERMIDA, <<La mediación en la justicia de menores>>, en GONZÁLEZ- CUELLAR (dtor.), *Mediación: un método...*, cit., pág. 158.

¹⁰² ANARTE BORRALLA, E., *Tendencia de la justicia penal...*, cit., págs. 135-140.

jurisdiccionales conllevan para el Estado y la oportunidad del sistema de justicia de centrarse en otros conflictos.

B) Protagonismo de la víctima.

Una de las ventajas de la mediación en la justicia juvenil con respecto al proceso es que, mientras en el proceso la víctima parece estar olvidada o desplazada, en la mediación se le brinda la oportunidad de ser escuchada y tenida en cuenta, y esto facilita que se pueda reparar el daño que se le ha causado¹⁰³. A pesar de las reformas que se han llevado a cabo en torno a la posición de la víctima en el proceso penal, éstas no han resultado suficientes, ni mucho menos efectivas para reparar el daño ocasionado a la víctima¹⁰⁴. En este sentido hay que tener en cuenta y comprender que el daño que se le ha causado a la víctima no sólo hace referencia al hecho de sufrir la acción ilícita sino que además conlleva un conjunto de daños psíquicos, morales y sociales a los que el proceso no establece una adecuada reparación. El juzgador en el proceso se ve condicionado por los imperativos de la ley, y aun en contra de su criterio personal, debe establecer una sanción basándose en las normas reguladoras de los ilícitos perpetrados, sin tener el margen de apreciación oportuno para la valoración, análisis y determinación de los daños personales que hubiera podido padecer la víctima. Desde esa posición, se puede argumentar que existe una desatención institucional con relación a las necesidades de la víctima debido a que efectivamente la víctima quiere que ese hecho delictivo sea castigado, pero ello supone una parte parcial de sus pretensiones. Además de esto, la víctima necesita cubrir unas necesidades de carácter psicológico sobre el delito, precisa de ser escuchada y de recibir un apoyo emocional que la lleve a sentirse arropada y segura, necesita saber los motivos que han llevado al infractor a causarle ese perjuicio, y requiere de una efectiva reparación en los destrozos psicológicos que la acción del infractor le haya podido infligir.

Por lo anteriormente expuesto, la mediación es la medida más adecuada para la reconstrucción de la víctima y para que pueda establecerse un ambiente donde ella pueda expresarse y encontrar respuesta a todos los interrogantes de la comisión del ilícito¹⁰⁵, y a través de este proceso de diálogo, comprensión y búsqueda de soluciones, se facilita que la víctima no se estanque en el dolor y la incertidumbre y pueda pasar

¹⁰³ DE LA CUESTA, J.L. et al. , <<El enjuiciamiento de menores...>>, cit., págs. 12-20.

¹⁰⁴ CUADRADO SALINAS, C., <<La mediación...>>, cit., págs. 1-25, 2015.

¹⁰⁵ BASANTA DOPICO, J.L., La mediación en el ámbito penal juvenil, págs. 3-4.

página y seguir con su vida¹⁰⁶. Por tanto, la creencia de que el conflicto no ha quedado resuelto o el surgir de sentimientos de venganza se ven mitigados con el recurso a la mediación en vez de al proceso jurisdiccional.

C) La responsabilización del menor infractor.

Es importante tener en cuenta que los adolescentes no son del todo conscientes del alcance que pueden tener sus acciones y cuando se trata de la realización de una conducta maliciosa o delictiva, pese a ser conscientes de que han actuado mal, suelen tener una perspectiva incompleta o parcial de sus propias acciones¹⁰⁷. Por tanto, resulta necesario que se establezca un contacto con la víctima, en aras a que el joven infractor amplíe su campo de visión y sea completamente consciente y responsable del daño o perjuicio que su acción o acciones han causado. Este encuentro de la víctima con el menor infractor favorece el desarrollo de la empatía en éste y además el hecho de hacerse responsable de sus actos es un elemento fundamental es la reeducación de su conducta¹⁰⁸. La presencia de la víctima en el proceso, da la oportunidad al menor infractor de reparar el daño que ha causado, le enfrenta directamente con sus actos, le enseña las consecuencias que éstos tienen y cómo perjudican a los demás, y de este modo se obtiene una experiencia y conciencia en el menor que le va a llevar a alcanzar una mayor madurez y responsabilidad consigo mismo y con la sociedad en su conjunto. Por tanto, esto lleva la consecuencia de que se logre evitar la reincidencia delictiva del menor. En este aspecto, la mediación ofrece al menor infractor un papel elemental en su educación al adquirir la capacidad de responsabilizarse de sus actuaciones, al obtener la posibilidad de desarrollar sentimientos de empatía, arrepentimiento y reflexión y ofrecerle una amplitud de la perspectiva de la repercusión que tiene su conducta con el resto de la sociedad¹⁰⁹.

Frente a esto, nos encontramos que el proceso penal para el menor le supone un agravio por diversos motivos a los que debemos hacer referencia. En primer lugar, existe un exceso de violencia institucional¹¹⁰, pues el internamiento de los jóvenes infractores

¹⁰⁶ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., págs. 57-60.

¹⁰⁷ HINOJAL LÓPEZ, S., *Los menores ante la mediación*, págs. 14- 19.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., et al., <<El menor infractor y las claves... >>, cit., págs. 36-44.

¹⁰⁹ CASTILLEJO MANZANERES, en TORRADO TARRÍO (coord.) *La mediación*, págs. 375- 393.

¹¹⁰ <<Se entiende por violencia institucional las diferentes formas de violencia practicadas por las instituciones del Estado, sus órganos y agentes en función del mantenimiento de la ley y el orden, esto es del control social. En este concepto se incluye la violencia en los lugares de reclusión de niños, niñas y adolescentes ya sea con el propósito de protección o por estar en conflicto con la ley penal>>. La

sigue siendo una práctica habitual que supone un sufrimiento personal del menor por su privación de libertad y no favorece en la educación del mismo. En segundo lugar, el proceso penal no propicia que el menor infractor se responsabilice de sus actos sino que únicamente los castiga, por tanto, nos encontramos con una solución puramente externa, se castiga al menor por el acto ilícito pero este no lo interioriza ni adquiere un compromiso de responsabilidad frente a su conducta. En tercer lugar, la falta de comunicación directa con la víctima también dificulta que el joven infractor desarrolle sentimientos de empatía sobre el daño perpetrado, y por tanto, su arrepentimiento es mínimo cuando no nulo. En definitiva, tanto para la víctima como para el menor infractor el proceso judicial no resulta la mejor alternativa para la solución del conflicto planteado.

D) Todos son ganadores.

En la mediación no hay una parte que gane y otra que pierda, sino que ambas partes son las que logran su propia victoria. Esta victoria se sostiene en la voluntariedad en la que se basa la solución de conflictos a través de la mediación. De esta manera, el acuerdo que se adopta es el que las partes en conflicto han decidido después de haber valorado los intereses y posturas de cada parte¹¹¹. Por tanto, la mediación permite obtener la satisfacción de ambas partes del conflicto y se facilita el cumplimiento voluntario del acuerdo alcanzado al ser las partes las que lo han acordado.

E) Ahorro de tiempo y dinero. Solución ágil y eficaz.

La mediación permite un ahorro de tiempo, por cuanto ofrece una solución más rápida a los conflictos, además de suponer un coste económico notoriamente menor al que supondría la solución de conflictos por la vía judicial, y asimismo evidencia una reducción del desgaste emocional que los conflictos llevan aparejado.

La excesiva duración del proceso judicial lleva aparejada una mayor reacción social contra el delincuente y la pena acaba siendo concebida más como un castigo retributivo que como una tendencia educativa y resocializadora¹¹². Por ello, una duración tan prologada, además conllevar un mayor sufrimiento para la víctima por el hecho

violencia contra niños, niñas y adolescentes. *Informe de América Latina en el marco del Estudio Mundial de las Naciones Unidas. 2006.*

¹¹¹ DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., <<La mediación...>>, cit., págs. 129- 134.

¹¹² ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., págs. 72-73, 82-83.

delictivo, también implica mayores desventajas en la reeducación del menor infractor por cuanto se dificulta su responsabilización sobre sus actos y el florecimiento de una conducta empática.

En contraposición al proceso penal, la mediación ofrece soluciones más rápidas, eficaces, flexibles y adaptadas al caso concreto que se plantee.

F) Evita la incertidumbre del resultado.

En relación con los puntos anteriores, y para concluir en la exposición de ventajas que la mediación proporciona a la resolución de conflictos con menores infractores, se hace alusión al resultado o acuerdo alcanzado por las partes¹¹³. Al ser las partes las que consensuada y libremente adoptan el acuerdo, y bajo un lapso de tiempo considerablemente reducido, se evita que exista una incertidumbre en cuanto a el tratamiento definitivo que se le va a dar a la cuestión litigiosa. Son las partes las que deciden y por tanto, son las partes las que acuerdan ese resultado que mejor se adapte a sus intereses y necesidades. Como se ha apuntado con anterioridad, que el acuerdo sea adoptado por las partes también facilita la ejecución del mismo por las mismas, además de la satisfacción en cuanto a la reparación del daño.

¹¹³ ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal...*, cit., págs. 88-89.

CONCLUSIONES

La mediación ha demostrado en abundantes casos ser una medida de solución de conflictos eficaz y con una labor educadora y rehabilitadora en menores infractores mucho más eficiente que el proceso penal.

El sistema de mediación ofrece ventajas no solo para la víctima y el menor infractor, sino para la sociedad en su conjunto. Al menor infractor le ofrece la posibilidad de reparar el daño que su conducta ilícita ha causado, responsabilizarse de ella y adquirir unas aptitudes y capacidades de empatía y desarrollo personal que mediante el proceso no sería capaz de obtener. En cuanto a la víctima, el proceso judicial no satisface sus necesidades sino que en los muchos casos se ven obviadas por una estricta aplicación de la ley sin tener en cuenta la dimensión subjetiva o las consecuencias morales y psicológicas que han tenido lugar en la víctima como consecuencia del hecho delictivo. Por tanto, en este sentido se produce lo que se ha denominado <<victimización secundaria>> pues la víctima sufre al infractor pero también sufre al Estado. Asimismo, la mediación supone un avance para la sociedad, debido a que al responsabilizarse de sus actos y adquirir el infractor una buena conducta cívica, se soluciona en buena medida el tema de la reincidencia delictiva y a la larga supone una mejora considerable en la seguridad jurídica. Igualmente, el tratamiento ofrecido a las partes en la resolución personal de sus problemas lleva a un aumento de la confianza en la justicia.

No obstante, no debe partirse de una generalidad de la mediación en sentido absoluto para que resulte de aplicación a todos los casos controvertidos. Considero que debe hacerse un análisis pormenorizado de cada caso concreto, y en relación con el perfil psicológico de las partes del conflicto.

BILIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

- Libros y colecciones :

CASTILLEJO MANZANERES, R., y TORRADO TARRÍO, C., *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*, LA LEY, Madrid, 2003, págs. 233-422.

GONZALÉZ PILADO, E., *Mediación con menores infractores en España y en los países de su entorno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 29-78.

ELOY FERREIRÓS MARCOS, C., *La mediación en el derecho penal de menores*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 27-90.

ANARTE BORRALLA, E., *Tendencia de la justicia penal de menores (una perspectiva comparada)*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 104-151.

RÍOS MARTÍN, J.C. /PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther/BIBIANO GUILLÉN, Alfonso/ SEGOVIA BERNABÉ, José Luis. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Colex. Madrid, 2008, pág. 45.

SANZ HERMIDA, Ágata M^a. <<La mediación en la justicia de menores>>, en *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*. González-Cuellar Serrano (Director), Colex, Madrid, 2010, págs. 155-174.

- Ponencias

HINOJAL LÓPEZ, S., Los menores ante la mediación, págs. 8-19 (disponible en <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/12/mediacion-menores-por-silvia-hinojal.pdf>).

DÍAZ CAPPÀ, J., Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación, págs. 4-36 (disponible en http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf).

- Revistas :

SANCHÉZ VÁZQUEZ, V., y GUIJARRO GRANADOS, T., << Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España>>, en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº84, 2002, págs. 121-138 (disponible en <http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/view/15820/15679>).

MARTÍN OSTOS, J., <<Jurisdicción de menores: naturaleza y competencia>>, en *vLex*, págs. 2- 22 (disponible es <http://app.vlex.com/#ES/vid/279208>).

COY, E., y TORRENTE, G., << Intervención con menores infractores: su evolución en España>> en *Anales de psicología*, vol.13, nº1,1997, págs. 39-46 (disponible en http://www.um.es/analesps/v13/v13_1/04-13-1.pdf).

BELLOSO MARTÍN, N., << Anotaciones sobre alternativas al sistema punitivo: la mediación penal>>, en *Arcos*, Revista electrónica de Derecho Procesal, vol. V, pág.5 (disponible en <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/anotaciones-sobre-alternativas-al-sistema-punitivo-la-mediacion-penal>).

CUADRADO SALINAS, C., <<La mediación ¿una alternativa real al proceso penal?>> en *Revista electrónica de ciencia y criminología*, núm. 17-01, 2015, págs. 1-25 (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-01.pdf>).

DE ARMAS HERNÁNDEZ, M., <<La mediación en la resolución de conflictos>>, en *Educar* 32, 2003, págs. 126- 134 (disponible en <http://educar.uab.cat/article/view/v32-de-armas>).

HELENA SOLETO MUÑOZ, <<La mediación: método de resolución de alternativa de conflictos en el proceso civil español>>, en *Arcos*, Revista Electrónica de Derecho Procesal – REDP. Volumen III, pág. 67 (disponible en <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/la-mediacion-metodo-de-resolucion-alternativa-de-conflictos-en-el-proceso-civil-espanol>).

DE LA CUESTA, J.L. y BLANCO. I., <<El enjuiciamiento de menores y jóvenes infractores en España>> en *ReAIDP / e-RIAPL*, 2006, A-03, págs. 8-20 (disponible en <http://www.penal.org/sites/default/files/files/MenoresJLCIB.pdf>).

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, S., y NÚÑEZ-CORTES CONTRERAS.P., <<El menor infractor y las claves para su tratamiento rehabilitador>> en *Dereito* Vol.21, nº2, págs. 36-44

(Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/837/812>).

- Comunicación de un psicólogo del Equipo Técnico de la jurisdicción provincial de menores. Sección de menores de Fiscalía y Juzgado de Menores.

BASANTA DOPICO, J.L., La mediación en el ámbito penal juvenil, págs. 3- 19.

- Legislación:

Constitución Española, 1978.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Convención sobre los Derechos del niño de 1990.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. A.G. res. 40/33, anexo, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 207, ONU Doc. A/40/53 (1985).

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990.

Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño. La Convención sobre los derechos del niño. Observación General No.10: Los derechos del niño en la justicia de niños, niñas y adolescentes.

DIRECTIVA (UE) 2016/... DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de...
relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los
procesos penales.

- Comunicación

Mediación penal de menores: La experiencia desde la APDHA hacia una justicia
restaurativa” Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Delegación de Córdoba
(disponible en <http://www.apdha.org/media/mediacionmenores120307.pdf>).