

El principio de oportunidad y la justicia restaurativa

Mediación, conciliación y reparación en la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor

Paz Francés Lecumberri

Universidad Pública de Navarra

Abstract

En este trabajo se pretenden abordar los diferentes momentos en los que la LORPM, a través del principio de oportunidad, permite la utilización de la mediación en el ámbito de menores como instrumento de resolución de conflictos del que se sirve la Justicia Restaurativa. Se expondrá qué entiende la LORPM por mediación y reparación, cuáles son las condiciones objetivas de derivación, cómo es el proceso de mediación, quién es el equipo mediador y cómo ha de ser el acuerdo de mediación. Igualmente se plantearán diferentes propuestas para optimizar el recurso de la mediación como forma de intervención en la justicia juvenil entendiendo que este es un instrumento adecuado para dar una solución razonablemente integrada en el contexto a los conflictos que puedan surgir.

Der vorliegende Beitrag bezweckt, eine Analyse der verschiedenen Zeitpunkte durchzuführen, in denen gemäß des Gesetzes über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Minderjährigen (Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor, im Folgenden LORPM) - auf das Opportunitätsprinzip stützend - den Rückgriff auf die Mediation als Instrument der Konfliktenlösung der Restorative Justice erlaubt wird. Hier werden die Bestimmung der Begriffe von Mediation und Wiedergutmachung gemäß LORPM, die objektiven Bedingungen der Ableitung, die Merkmale des Mediationsverfahrens, die Gestaltung des Mediationsgruppe sowie die Eigenschaften des Mediationsbeschlusses thematisiert. Darüber hinaus werden verschiedene Vorschläge zur Optimierung des Mechanismus der Mediation in der Jugendrechtspflege formuliert – ein Mechanismus, das sich als geeignetes Instrument zur angemessenen Lösung erweist.

This paper aims to address the different moments in which the LORPM, through the principle of opportunity, allows using mediation regarding minors as a way of conflict resolution which is used by Restorative Justice. It will be stated what concept of mediation and reparation includes the LORPM, which are the objective conditions of derivation, how the mediation process works, who forms the mediator team and how the mediation agreement must be. In addition, some proposals will be presented in order to optimize the use of mediation in the case of minor justice, considering it as an appropriate tool to offer a reasonable solution in the context of the conflicts that might rise.

Title: The principle of opportunity and Restorative Justice

Titel: Opportunitätsprinzip und Restorative Justice

Keywords: principle of opportunity, mediation, Restorative Justice, minor criminal liability.

Palabras clave: principio de oportunidad, mediación, Justicia Restaurativa, responsabilidad penal del menor.

Stichwörter: Opportunitätsprinzip, Mediation, Restorative Justice, strafrechtliche Verantwortlichkeit des Minderjährigen.

* El presente trabajo se enmarca en el contexto de los siguientes proyectos de investigación: "Problemas que plantea la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Propuestas de solución. Especial referencia a la situación de la Comunidad Foral de Navarra", 2008-2011, financiado por el Departamento de Educación del Gobierno de Navarra, investigadora principal: Inés Olaizola Nogales. "Repensando el Derecho Penal: complejidad social y seguridad como retos de un Derecho penal a la vez garantista y eficaz", (DER2010-16558, Ministerio de Ciencia e innovación, octubre 2010-septiembre 2013, investigador principal: Miguel Díaz y García Conlledo. "Tratamiento jurídico del menor. Especial atención al Derecho penal actual (complejidad, seguridad y garantías) y a la situación en Castilla y León (LE066A11-1), investigador principal: Miguel Díaz y García Conlledo.

Sumario

- 1. Marco teórico*
- 2. Aproximación conceptual*
 - 2.1. El principio de oportunidad*
 - 2.2. Justicia restaurativa*
 - 2.3. La mediación, conciliación y reparación*
- 3. La concreción del principio de oportunidad y los procesos de mediación, conciliación y reparación en la LORPM*
 - 3.1. El principio de oportunidad reglada en la LORPM*
 - a) En la fase de instrucción, -arts. 18, 19 y 27.4 LORPM-*
 - b) En la fase intermedia -art. 32 LORPM-*
 - c) En la fase de Audiencia -art. 36 LORPM-*
 - 3.2. Mediación, conciliación y reparación en la LORPM*
 - 3.2.1. El proceso de mediación en la fase de instrucción*
 - a) La derivación a mediación de un expediente sancionador*
 - b) Los presupuestos objetivos de derivación*
 - c) El proceso de mediación*
 - d) El equipo de mediación*
 - e) El acuerdo de mediación*
 - 3.2.2. El proceso de mediación tras la sentencia*
- 4. Conclusiones*
- 5. Bibliografía*

1. Marco teórico

Desde aproximadamente finales de los años 60 se han ido creando diferentes ámbitos de opinión entre los especialistas en Derecho Penal juvenil, y otros sectores relacionados con la defensa de los derechos de los menores, que han abogado por la búsqueda de vías alternativas al sistema de intervención penal con menores a través de instancias no oficiales y mecanismos informales. En este sentido, la convención sobre los derechos del niño de 1989² estableció en su art. 40.3 b que: “Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. Igualmente la Regla 11 de las reglas de Beijing de 1989³ para la administración de la justicia de menores hizo ya referencia a la posibilidad de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes para que los juzguen oficialmente, estando facultado el Fiscal y otros organismos para fallar dichos casos, sin necesidad de vista oficial y procurando facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación de las víctimas. Los motivos de tal planteamiento se han fundamentado, principalmente, en las consecuencias que la respuesta penal pudiera tener en los menores inmersos en un conflicto penal⁴ y, en concreto, en la estigmatización del menor por el propio proceso penal en atención al hecho de que todas las medidas o tratamientos que agrupan infractores producen un fenómeno de etiquetamiento que generalmente repercute negativamente en el menor y tiende a que el joven vuelva a cometer otras infracciones⁵. Infracciones que por otro lado se caracterizan, a diferencia de lo que se trasmite en los medios de comunicación, por ser infracciones bagatela, temporales y episódicas y de ahí la necesidad de alejar al menor de las instituciones penales⁶. Igualmente, las consecuencias negativas de la ejecución de la respuesta penal para el menor han sido uno de los motivos de peso para entender adecuado el alejamiento de éste del sistema penal. Además, el ya antiguo cuestionamiento de si somos libres de todos nuestros actos o más bien estamos condicionados

² Cabe también mencionar otros instrumentos internacionales como son: La Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueban las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio); Recomendación R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización; Recomendación R(87) 20, de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Al respecto, véase: MONTERO HERNANZ, «La justicia Restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», 2011, *La Ley* (7655), pp. 1542-1544.

³ La Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que se aprueban las Reglas mínimas para la administración de Justicia de Menores.

⁴ Entre otros GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6ª ed., 2007, p. 479.

⁵ HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal. La mediación penal y los sistemas de víctima-victimario*, 1998, p. 60.

⁶ HÖFFLER, *Graffiti-Prävention durch Wiedergutmachung*, 2008, p. 57.

por aquello que nos rodea en el ámbito de los menores y adolescentes tiene una importancia superior⁷. Su desarrollo y sus respuestas dependen por entero de su alrededor. Así, en ocasiones se advierte que la intervención sobre un menor que ha infringido una norma penal pasa o por una mera asistencia individualizada y puntual o, en otros casos, por una intervención casi integral de sus relaciones familiares y sociales. Esta intervención podría darse además desde otros ámbitos diferentes al penal justamente porque la respuesta penal se alejaría de estas necesidades en cuanto establece soluciones estandarizadas y tipificadas propias del sistema penal de adultos⁸. Sin embargo, los planteamientos exclusivamente de protección no han sido adoptados de manera pura como modelo de respuesta a la criminalidad juvenil y de menores en ninguno de los países de la Unión Europea así como en otros países de nuestro entorno jurídico-cultural más cercano⁹. De esta manera, la mayoría de los países europeos han optado por introducir al menor dentro del aparato de justicia penal entendido de igual forma que para un adulto, siendo que el legislador en estos países no ha conseguido en relación a los hechos de criminalidad de menores un marco realmente diferenciado del de los adultos. No ha elaborado un esquema propio y respuestas propias para el Derecho de menores. Más bien, donde parece estar la diferencia es en el plano meramente cuantitativo de la pena¹⁰. Sin embargo, aun siendo así, el legislador español¹¹, por lo general, no ha perdido la oportunidad de, por un lado, concretar un marco teórico de intervención y respuesta a la criminalidad de los menores más o menos adecuado a la edad del menor infractor y, por otro, de introducir en alguna medida dentro del propio proceso penal de menores, instrumentos como la mediación, la reparación, la restitución o el principio de oportunidad, propios de las políticas de protección a las que se hacía referencia con anterioridad.

Por lo que respecta a nuestra legislación de menores, la Ley 5/2000 predica una naturaleza sancionadora/educativa de la intervención tanto en lo que se refiere al procedimiento como a las medidas aplicables a los menores. La perspectiva educativa inspira toda la exposición de motivos de la ley y el superior interés del menor hace que la orientación preventivo especial y los principios de intervención mínima y de subsidiariedad presidan toda la normativa sobre la responsabilidad penal del menor, poniéndose énfasis en el superior interés del menor y en el

⁷ CERETI, *Come pensa il Tribunale per i Minorenni. Una ricerca sul giudicato penale a Milano dal 1934 al 1990*, 1996, p. 21.

⁸ HIGHTON/ÁLVAREZ/GREGORIO, *La mediación penal*, 1998, p. 60.

⁹ El que no se hayan adoptado formas puras de protección se debe fundamentalmente a criterios político criminales de los diferentes países. Es por tanto que entiendo que en absoluto queda cerrado el interrogante y la puerta acerca de la conveniencia de introducir al menor en el laberinto de la justicia penal en detrimento de la adopción exclusiva de modelos de intervención psico-educativos y psico-sociales.

¹⁰ LARIZZA, «Profili sostanziali Della sospensione del processo minorile nella prospettiva delle mediazione penale», en PICOTTI (ed): *La mediazione nel sistema penale minorile*, 1998, pp. 97 y 98. Aunque la afirmación debe ser matizada porque el trato diferente respecto de los adultos se puede observar en tres facetas diferenciadas. Siguiendo a SANZ HERMIDA, «Mediación en la justicia de menores», GONZALEZ CUELLAS SERRANO (dir.)/SANZ HERMIDA-ORTIZ PRADILLO (coord.), *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 160 se pueden dividir en la *diversion from crime*, la *diversion from prosecution* y la *diversion from custody*.

¹¹ Y como veremos más adelante, no solo el español ya que en general "existe un consenso a nivel internacional de la necesidad de introducir en las legislaciones penales de menores mecanismos desjudicializadores". Así GARCIA-PÉREZ, «La mediación en el sistema español de justicia penal de menores», *Rev. Crim.*, (53), núm. 2, 2011, p. 75.

objetivo educador final de las medidas¹². El mayor problema que se plantea en torno al principio educativo es la falta de acuerdo¹³ por parte de la doctrina y el problema de otorgar una definición al concepto, lo cual podría suponer una atrofia del mismo¹⁴. En lo que ahora nos ocupa, simplemente se quiere apuntar que el principio educativo como carácter esencial del sistema penal de menores implica y significa la necesidad de emplear instrumentos y parámetros socio-pedagógicos a la hora de exigir responsabilidad al menor infractor¹⁵. Es decir, las sanciones y su ejecución han de estar inspiradas y orientadas por este principio y estas consecuencias que acabamos de señalar. Es esta interpretación y este apremiante requerimiento de la ley el que hará que el principio de oportunidad y los instrumentos alternativos de la resolución de los conflictos en el ámbito penal de menores tenga una excepcional importancia. En la misma línea la LORPM establece el principio de flexibilidad referida tanto al procedimiento como a la medida a imponer.

En concreto la LORPM apuesta decididamente por el principio de oportunidad reglada¹⁶, estableciendo diferentes momentos, que veremos más adelante, en los que el expediente sancionador del menor quedará sobreesido (arts. 18, 19, 27.4, 32 y 36 LORPM). Además, a través de este principio de oportunidad, conjuntamente con los de flexibilidad e intervención mínima, se da acogida a la posible intervención de un proceso conciliatorio, de mediación o de reparación¹⁷ (arts. 19 y 50.1 LORPM), lo que en última instancia es el estudio objeto de este trabajo.

2. Aproximación conceptual

2.1. El principio de oportunidad

El principio de oportunidad se puede definir como “la facultad que al titular de la acción penal le asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”¹⁸. En la

¹² Si bien hay que advertir que las diferentes reformas operadas en la LO 5/2000, un total de nada más y nada menos que cinco modificaciones (LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003, 8/2006), han desvirtuado algunos de los principios inspiradores de la ley y de la faceta educativa de la misma. Estas reformas han provocado, sin duda, una prevalencia de los parámetros preventivo generales de la ley y de la faceta sancionadora de la norma que en una primera redacción de la misma se excluían directamente o se matizaban.

¹³ CRUZ MÁRQUEZ, *El principio educativo*, 2006, p. 23.

¹⁴ CRUZ MÁRQUEZ, *El principio educativo*, 2006, p. 25.

¹⁵ CRUZ MÁRQUEZ, *El principio educativo*, 2006, p. 29.

¹⁶ CALLEJO CARRIÓN, «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, 2005, núm. 5, p. 1204; SUANZES PÉREZ, «La justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores», *El proceso en el Siglo XXI*, 2006, p. 142.

¹⁷ CALLEJO CARRIÓN, *La Ley*, (5), 2005, p. 1205, concreta algunos de los motivos por los cuales en derecho comparado se acude al principio de oportunidad, los cuales se adecuan a la perfección a la EM de la LORPM y al principio del superior interés del menor. Éstos son: la escasa lesión social producida mediante la comisión del delito y la falta de interés en su persecución; el estímulo a la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y obtener la rehabilitación del delincuente.

¹⁸ GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados», *Poder Judicial*, 1986, núm. Esp II, p. 34.

actualidad parece que la discusión de si el principio de oportunidad es o no contrario al principio de legalidad aparentemente está superada¹⁹. Sin embargo no son pocos los autores que han mantenido y algunos que todavía mantienen su incompatibilidad o su inconveniencia en relación a los principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho²⁰. Los argumentos que principalmente se han esgrimido en la oposición a la introducción de márgenes de oportunidad son aquellos en torno al principio de legalidad, a la idea de la administración de justicia como función atribuida exclusivamente a los órganos jurisdiccionales y al principio de igualdad, siendo el primero respecto del que más se ha debatido. Por el contrario, los defensores del principio de oportunidad han ofrecido algunas de las ventajas o justificaciones para su introducción entre las que cabe destacar: las razones de interés social o utilidad pública (concretadas en la escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución); estimular la pronta reparación de la víctima, evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal o favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas²¹.

Pero en toda esta discusión, como advierte CONDE PUMPIDO²², la conexión entre el principio de oportunidad y el ejercicio de la acción penal se ha presentado fundamentalmente, más que como un choque frontal entre oportunidad *versus* legalidad, como una contraposición entre oportunidad y principio de “obligatoriedad” del ejercicio de la acción penal del Ministerio Fiscal recogido en el art 105 de la LECrim²³.

¹⁹ CONDE PUMPIDO, «El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español», *La reforma del proceso penal*, 1989, p. 293. Avala esta postura la recomendación del Consejo de Europa, R nº 87 de 17 septiembre de 1987.

²⁰ DELGADO BARRIO, «El principio de oportunidad en el Proceso Penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», *La reforma del proceso penal*, 1989, p. 312; RUIZ VADILLO, *El principio de oportunidad reglada. La reforma del proceso penal*, 1989, p. 391; QUERALT, «La mediación en España y perspectivas internacionales», en REINA ALFARO (coord.), *Victimología y Victimodogmática. Una aproximación al estudio de la Víctima en el proceso penal*, 2003, pp. 191-242 quien entiende que el principio de oportunidad quiebra al de legalidad dando lugar a una alta discrecionalidad.

²¹ Consideran que el principio de legalidad y el principio de oportunidad no son principios contradictorios e incompatibles: CONDE PUMPIDO, en *La reforma del proceso penal*, 1989, 291-302; ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en AA.VV., *El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, 2006, pp. 115-135; ARMENTA DEU, «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Poder Judicial*, 2006, p. 187, la acepta siempre y cuando se parta inexcusablemente del principio de legalidad en su aspecto procesal, ya sea para considerar al primero (el principio de oportunidad) excepción al segundo, ya para entender aquél incluido en éste; GORDILLO SANTANA, «Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal», *REDUR*, (4), 2006, p. 104.

²² CONDE PUMPIDO, *La reforma del proceso penal*, 1989, pp. 291-302.

²³ Artículo 105 LECrim: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad”.

Es decir, si bien las cuestiones anteriormente planteadas han suscitado un importante debate, el mismo se ha focalizado principalmente en la cuestión de la eventual incompatibilidad entre el principio de oportunidad y la obligatoriedad del impulso de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal. En este sentido entendemos, como así lo hace gran parte de la doctrina²⁴, que el imperativo de ningún modo es absoluto. Este ha de entenderse en el sentido de que si el Fiscal estima “procedente” el ejercicio de la acción, deberá impulsar la acción penal pero en el juicio esta procedencia se deberá ejercitar en atención a la valoración de los elementos y circunstancias.

El principio de oportunidad que se recoge en la LORPM es una oportunidad reglada, es decir, una oportunidad limitada por la ley²⁵. Se trata de una oportunidad cuyos supuestos son determinados legalmente y que fija las condiciones que deben darse para que su uso sea legítimo. Así el Fiscal queda limitado en la decisión de abstenerse a acusar a diferencia de lo que caracteriza a la oportunidad libre²⁶. Por tanto, lejos de este debate desarrollado en el derecho de adultos, en la legislación de menores la introducción del principio de oportunidad reglada no sólo no es aplaudida por la mayoría abrumadora de la doctrina²⁷, sino que, además, el legislador considera que la oportunidad y la flexibilidad son principios fundamentales del proceso de menores en *pro* de la faceta educativa de la intervención en menores y del superior interés del propio menor. De este modo, y al unísono de las pretensiones de la ley, la introducción de estos márgenes de oportunidad considero que además optimizarán los principios generales de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal. Como veremos posteriormente con exhaustividad, la LORPM ha establecido diferentes momentos en los que el proceso podrá quedar sobreseído (arts. 17, 18, 19, 32 y 36 LORPM).

De la misma manera que en el Estado español, en Estados como el alemán o el italiano la oportunidad en el proceso de menores es uno de los estandartes de la regulación penal del menor. Así, por ejemplo, el principio de oportunidad en la *Jugendgerichtsgesetz*²⁸ viene recogido

²⁴ CONDE PUMPIDO, *La reforma del proceso penal*, 1989, p. 302; PEDRAZ PENALVA, «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», *La reforma del proceso penal*, 1989, p. 364: “ni siquiera los más rígidos intérpretes de este artículo han soslayado la concesión de un cierto margen al Ministerio Fiscal a la hora de decidir el ejercicio de la acción penal en el supuesto concreto”.

²⁵ Véase, entre otros: LANZAROTE MARTÍNEZ, «La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva», *RMF*, (3), 1996, p. 174.

²⁶ CONDE PUMPIDO, *La reforma del proceso penal*, 1989, p. 290, quien a su vez, en la p. 292, manifiesta que la introducción de la oportunidad simple deviene por razones de derecho material mientras que la segunda se fundamenta en motivos de política criminal.

²⁷ CALLEJA CARRIÓN, *La Ley*, (5), 2005, p. 1204; MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA, «Responsabilidad penal de los menores en: cuadernos de la Guardia Civil», *CSP*, 2009, p. 40, p. 69 y s.

²⁸ Aparte de las posibilidades de sobreseimiento de la JGG, fuera de ésta existen otras previsiones para el mismo, entre otras: el sobreseimiento provisional según el parágrafo 2 StPO (esto es el sobreseimiento por falta de prueba de autoría o directamente por inocencia), sobreseimiento del 153 b-e, 154, 154 a-c (supuestos como por ejemplo la bagatela), sobreseimiento por vía de la revocación de la acusación según el 156 StPO conforme al cual la fiscalía puede revocar su acusación hasta que se abra la vista. En este caso se puede terminar el proceso conforme al 170 párrafo 2 o con las posibilidades que tiene la fiscalía antes de acusar; sobreseimiento del 203 StPO después de la acusación por parte de la fiscalía, el tribunal comprueba si el asunto ha de ir a vista o no.

en los §§ 45-47 de la ley. En este sentido el § 45 prevé el supuesto en el que el Fiscal prescinde de la persecución sin el consentimiento del juez cuando se cumplen los requisitos del § 153 de la StPO, es decir, cuando el procedimiento tiene por objeto un delito menos grave. En estos casos el Fiscal tiene que prescindir de la persecución cuando ya se ha hecho o se está aplicando una medida educativa (*Erziehungsmaßregeln*) de mediación-reparación y cuando no ve que sea necesaria ni la participación de un juez ni la acusación. El § 47 por su parte prevé el sobreseimiento del proceso por el Juez cuándo: 1. Existen los presupuestos del 153 StPO; 2. Cuando se ha hecho o empezado a hacer una medida educativa en el sentido del § 45.2 que hace prescindible una sentencia; 3. Cuando al menor que ha reconocido los hechos se impone una de las medidas del § 45 Abs 3 satz 1-; 4. cuando el acusado por falta de madurez no es responsable penalmente.

En Italia se recoge la oportunidad en el R.D.R 448/88 en varios momentos. Por un lado, las normas que regulan el proceso penal de menores consideran la sentencia de “no ha lugar” por la irrelevancia del hecho (art. 27). Así, será el Ministerio Público quien solicite al juez que dicte esta sentencia siempre que la consecución del procedimiento perjudique además al menor. En segundo lugar se prevé la suspensión del proceso por parte del juez (art. 28) cuando oídas las partes y evaluado el menor, así lo considere. Esta suspensión en ningún caso durará más de tres años y además el juez puede impartir prescripciones directas de reparar las consecuencias derivadas del delito y para promover la conciliación del menor con la persona perjudicada por el delito.

El principio de oportunidad es por tanto un importante utensilio en la justicia de menores y uno de los principios básicos no solo de la LORPM sino también de otras leyes penales para menores de países con una concepción similar del Derecho penal.

En la LORPM el principio de oportunidad se encuentra al servicio de otros tales como el de intervención mínima, la prevención especial y el superior interés del menor, y es clave en la introducción de respuestas de *diversion* en el proceso de menores. Sin embargo, con la modificación del art. 25 LORPM²⁹, relativa a la acusación particular por la LO 15/2006 en mi

²⁹ El art. 25 LORPM dice que “podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta Ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes: a. Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento; b. Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley; c. Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; d. Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; e. Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos; f. Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento; g. Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor; h. Participar en las vistas o audiencias que se celebren; i. Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta Ley.

opinión el manejo de la oportunidad ha quedado mermado y muy limitado. Las cuestiones problemáticas que al respecto se plantean se verán más adelante pero simplemente quisiera adelantar ahora que con las posibilidades que tiene la acusación particular, las cuales se recogen en los arts. 4 y 25 de la LORPM³⁰, el superior interés del menor queda relegado a los intereses de la misma porque, *de facto*, el legislador español en materia de menores ha optado por un modelo y respuesta al delito muy similar al de adultos. Por tanto habrá situaciones en las que el Ministerio Fiscal valore la necesidad de utilizar la oportunidad, en cualquiera de las instancias que la ley posibilita en atención a los principios rectores de la ley, pero que por el impulso ilimitado que la acusación particular puede hacer, la dirección del Ministerio Fiscal no tenga ninguna fuerza y por ende tampoco sus disposiciones como garante del superior interés del menor.

2.1. Justicia restaurativa

Un acercamiento completo y justo al complejo concepto de la Justicia Restaurativa llevaría mucho más espacio del que dispongo en estas páginas³¹. Por tanto, aun a riesgo de ser excesivamente sintética, trataré de plasmar las ideas fundamentales de este modelo para posteriormente relacionarlo con la justicia penal en el ámbito de menores. El modelo restaurativo nace como reacción por parte de un buen número de sectores, de naturaleza muy heterogénea³², a la insatisfacción del modelo clásico de respuesta al delito, a las reales consecuencias de la pena privativa de libertad, al abandono de la víctima en el proceso penal y a la creciente complejidad y conflictividad social. Ésta se caracteriza, especialmente, por el cambio en el punto de observación del fenómeno criminal³³, que ahora pasará a ser el conflicto sufrido entre las partes implicadas con motivo del fenómeno delictivo³⁴. Un conflicto que, como cualquier otro, lejos de ser eludido o negado, es una realidad intersubjetiva que ha de intentar ser gestionada de la mejor de las maneras³⁵.

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses”.

³⁰ Por si no había quedado claro se precisa además en el último apartado del art. 25 LORPM que “la acusación particular puede intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses”.

³¹ Esta cuestión la abordé más exhaustivamente en un trabajo anterior. Véase al respecto: FRANCÉS LECUMBERRI/SANTOS ITOIZ, «La mediación penal: ¿Un modelo de justicia restaurativa en el sistema de justicia penal? », *Nuevo Foro Penal*, (75), 2010, pp. 53-93.

³² Entre los sectores que han planteado un modelo de justicia restaurativa se encuentran las tendencias abolicionistas, las asociaciones de víctimas o las asociaciones en defensa de los derechos de las personas presas.

³³ PERONI / GIALUZ, *La giustizia penale consensuale, concordati, mediazione e conciliazione*, 2004, p. 107.

³⁴ El delito, por tanto, será una forma de conflicto que se deberá abordar a través de instrumentos adecuados para su resolución. No existe una definición indiscutible del concepto de conflicto; así los distintos estudiosos del conflicto y su resolución han planteado diferentes definiciones, entre las cuales nos es de interés destacar la de REDORTA, *Como analizar los conflictos: la tipología del conflicto como herramienta de mediación*, 2004, quien define el conflicto como “la coincidencia de, por lo menos, dos metas distintas o incompatibles dentro del ámbito de las relaciones personales o sociales”.

³⁵ SARRADO SOLDEVILLA, «La mediación en uno de sus ámbitos de aplicación: La justicia penal juvenil catalana» *Edu. Soc.*, (8), 1998, p. 101.

Esta concepción es lo que ha dado lugar a que se entienda que la Justicia Restaurativa ha supuesto un cambio de paradigma en la concepción del fenómeno delictivo.

Es difícil ofrecer un concepto cerrado de qué significa Justicia Restaurativa³⁶. La resolución adoptada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC)³⁷ en su punto tercero afirma que por Justicia Restaurativa se entiende “aquel procedimiento por el cual la víctima y el reo, u otro individuo o miembro de la comunidad lesionada por un delito, participan activamente de manera conjunta en la resolución de las cuestiones relativas al ilícito penal, generalmente con la ayuda de un facilitador”. Se trata, por tanto, de un modelo de justicia que participa en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictivo, tanto para el reo, como para la víctima y la sociedad, al fin de promover la reparación del daño causado, la reconciliación entre las partes y el reforzamiento de la comunidad³⁸.

³⁶ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, 2003, p. 44.

³⁷ Resolución 2000/14.

³⁸ Otra definición de Justicia Restaurativa que es de interés destacar es la que hacen RÍOS MARTIN/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ SEGOVIA BERNABÉ/GALLEGO DÍAZ/CABRERA /JIMÉNEZ ARBELO, Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ, 2008, www.icasal.com/pdf/.../Inf%20MedPenal%20Estatad%20CGPJ.doc. Que la definen como “la filosofía y el método de resolver los conflictos penales que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.” Otra las podemos encontrar en ROXIN, citado por GALAIN PALERMO, «¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? especial consideración a la posición de Claus Roxin», *REDUR*, (3), 2005, p. 202; se puede consultar en:

http://www.google.es/search?hl=es&rlz=1W1GGLL_es&&sa=X&ei=js0qTZHeJYqb8QOf1WjAg&ved=0CByQB SgA&q=%C2%BFLA+REPARACI%C3%93N+DEL+DA%C3%91O+COMO+ERCERA+VIA+PUNITIVA%3F+GALAIN+PALERMO&spell=1 ROXIN elabora su concepto de Justicia Restaurativa desde la perspectiva puramente jurídico-dogmática al insistir en que es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como una “tercera vía” del derecho penal. “Así como la medida sustituye o complementa la pena, en aquellos casos en los cuales esta última, en razón del principio de culpabilidad, no se puede justificar o sólo limitadamente, la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna. Por su parte VARONA MARTÍNEZ, *La mediación reparadora*, 1998, p. 77, considera que la justicia restaurativa se dirige hacia el otorgamiento de una importancia mayor a la víctima de la que tiene actualmente, cuestión que determina el nacimiento del concepto de Justicia Restaurativa enfocada como un proceso por el que todas las partes implicadas participan en la resolución del conflicto, que se configura colectivamente, determinando sus implicaciones a futuro, con el objetivo de reparar material, social y emocionalmente a la víctima, reintegrar al infractor dentro de la comunidad para prevenir la reincidencia y promover recursos dentro de la comunidad para la prevención del delito y para el manejo de los problemas. MANZANARES SAMANIEGO, *Mediación, reparación y conciliación en derecho penal*, 2007, pp. 16 y ss.; no da una definición sino que pretende descubrir su sentido al decir que “la justicia restaurativa, reparadora o reparativa pretende sustituir el Derecho Penal, o al menos la punición, por una reparación en la que, de un lado, la víctima (y también la comunidad) desempeñaría el papel central en la respuesta al delito y en la pacificación social, mientras que, de otro, se prescindiría en mayor o menor grado de la retribución como eje de una justicia con síntomas de agotamiento”. GORDILLO SANTANA, *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, 2007, p. 60, define, siguiendo a diversos autores, el concepto de Justicia Restaurativa alegando que “se trata de un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”. Para este autor, siguiendo a ASHWORTH,

El modelo que plantea la Justicia Restaurativa es el mismo en adultos y en menores. Sin embargo, si bien tiene cabida en ambos³⁹, también es cierto que en el ámbito de menores y jóvenes, los modelos de Justicia Restaurativa, con cualquiera de las técnicas que sea acogida⁴⁰, podría tener un papel muy importante. Cosa distinta es que en la práctica lo que se está haciendo en los Juzgados de Menores en el Estado Español sea o no cercano a la filosofía de la Justicia Restaurativa⁴¹. Este modelo resulta especialmente idóneo por su planteamiento en el proceso de menores, sobretodo, como veremos después, en lo relacionado con la responsabilización del menor a través de respuestas pacíficas. De los principios y filosofía de la LORPM (al menos en origen) se deriva que sea ésta responsabilización lo que se pretende utilizando los medios más adecuados para ello. Igualmente la EM de la LORPM requiere que la intervención en menores tenga componentes psicoeducativos. Para ello se prescinde de cuestiones de prevención general para atender a las necesidades preventivo especiales para del menor. Pero además, en este sentido, la responsabilidad en el ámbito de menores no tiene por qué significar recurrir al instrumento punitivo, al ámbito penal o, si ya se ha hecho, al castigo en sentido estricto⁴², y esto tiene una gran importancia. En este sentido la mediación y reparación en menores está relacionada en mayor o menor medida con la doble naturaleza, penal y educativa, de la ley⁴³. Los procesos conciliatorios, de mediación o reparación son una importante herramienta para la responsabilización del menor respecto del daño causado, ya implique éste una víctima concreta, la sociedad o respecto de su propia conducta no querida⁴⁴. Estos procesos tienen un gran potencial educativo⁴⁵ y el valor pedagógico de la mediación con menores puede ir (en algunas

“en esta definición se recogen tres notas esenciales: la idea de proceso, la noción de partes y la existencia de acuerdos restauradores”.

³⁹ Aún sabiendo que en España en el ámbito penal de adultos los mecanismos de justicia restaurativa a través de la mediación no están previstos en la ley.

⁴⁰ Las prácticas principales de Justicia Restaurativa son: la mediación, las conferencias comunitarias, los círculos de paz, la restitución y servicios comunitarios, círculos de apoyo y conciliación postjudicial. En la LORPM se recogen la mediación, la reparación del daño y la conciliación postjudicial.

⁴¹ En este sentido se expresaba VARONA en las Jornadas sobre justicia Restaurativa celebradas los días 3, 4 y 5 de noviembre de 2010 en la Universidad Pública de Navarra.

⁴² Entre otros EXTEBARRIA ZARRABEITIA, «Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores y de su reforma en materia de terrorismo», *ICADE*, (53), 2001, p. 91.

⁴³ TAMARIT SUMALLA, «La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor», en TAMARIT/COLOMER/ GONZÁLEZ CUSSAC/ALTAVA LAVAL (Coords), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 55 quien advierte que es el interés del menor más que el de la víctima lo que hizo al legislador prever estos mecanismos.; También CRUZ MÁRQUEZ, «La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *RECP*, (7), 2005, pp. 1 y s.

⁴⁴ NOGUERAS, «La mediación en el ámbito penal juvenil: educar en la convivencia», *RIS*, (18), 2001 (Ejemplar dedicado a: La nueva ley penal del menor y la intervención socioeducativa), p. 51.

⁴⁵ SCARDACCIONE/ BALDRY / SCALI, *La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, 1998, pp. 25-28, p. 30; MAZZUCCATO, *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, 1998, p. 124 habla de efectos educativos y responsabilizantes y de cómo a través de la mediación caen los perjuicios en detrimento de la empatía; ÁLVAREZ RAMOS, «Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores», *Zerbitzuan*, (39), 2001, p. 27; LUGNANO, *La mediazione penale*, 2003, p. 67; CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 13; SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, 2010, p. 161; CASTILLEJO MANZANARES, «La mediación en el proceso de menores», *RDP*, (32), 2011, p. 11.

ocasiones) incluso más allá de la resolución del conflicto⁴⁶. Si se mantiene que la mediación penal entre adultos reporta un espacio para la reflexión, para el diálogo y para una positiva asunción de las responsabilidades⁴⁷, cuanto más no tendrá que decirse del ámbito juvenil. Cuando este escenario se traslada a un marco en el que la edad del sujeto responsable es de entre 14 a 18 años, las posibilidades son inmensas⁴⁸. En este sentido, ofrecer al menor la posibilidad de responsabilizarse de sus actos y poder realizar un esfuerzo en la reconstrucción de lo realizado tiene un gran valor pedagógico que encaja a la perfección con los objetivos del proceso penal de menores. Se parte de la idea de que trabajando la responsabilidad de los actos realizados por el menor se actúa directamente sobre la capacidad del adolescente o joven de reflexionar sobre sus acciones. El encuentro con la otra parte en el conflicto además puede reportar nuevos elementos que le permitan modificar su perspectiva de los hechos, producir en su caso herramientas para generar cambios en su actitud y en definitiva un cambio en la orientación de su conducta si esto fuese necesario. Para el menor la opción de adoptar conciencia de que la persona con la que se ha generado el conflicto se trata de una víctima real (independientemente de que sea una persona física, jurídica o la sociedad la indirectamente perjudicada) a quien se le ha causado un daño también es muy importante, posibilita un estímulo al cambio para el menor⁴⁹. La elaboración cognitiva de este en el proceso le proporciona nuevos elementos que le permiten modificar sus actitudes negativas para con los demás y en definitiva su conducta⁵⁰ generándose un espacio idóneo para el análisis conjunto de los hechos producidos⁵¹.

Es muy importante tener en cuenta que en la mayor parte de los casos los menores realizan o se ven implicados en conductas típicas de manera esporádica. Por tanto las afirmaciones que se acaban de realizar sobre la necesidad de cambios de actitud o modificación de la conducta serán necesarias tan solo en algunos supuestos, y en unos más que en otros. Si no se considera de este modo el planteamiento se estará generando un problema ficticio con el menor por el hecho de

⁴⁶ PERONI / GIALUZ, *La mediazione nel sistema penale minorile*, 1998, p. 112.

⁴⁷ Así también: NOGUERAS, *RIS*, núm. 18, 2001, p. 51; TAMARIT SUMALLA, en TAMARIT/COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/ALTAVA LAVAL (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 57; POZUELO PÉREZ, «Art. 19 Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores», en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJÓO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, 2008, p. 215. Sobre el enfoque educativo de la mediación cuando en la misma participan menores inmigrantes véase: DEL CAMPO SORRIBAS/VILÀ BAÑOS/MARTÍN BARBERÁN/VINUESA CASAS, «La mediación con jóvenes inmigrantes en el ámbito de la justicia penal juvenil: un enfoque educativo», *RIE*, (24), núm. 1, 2006, pp. 35-50.

⁴⁸ GIMENO VIDAL, *RIS*, (8), 1998, p. 8 advierte que los jóvenes que llegan a la justicia después de haber cometido un acto delictivo generalmente no son demasiado conscientes de las consecuencias de sus actos. Saben que algo han hecho mal pero no sitúan el hecho con claridad en relación al otro, a quien ha sufrido el daño. Todo el proceso de mediación, con sus diferentes etapas, ayuda al joven a tomar conciencia de sus actos, a comprender su actuación y sobre todo a ver las consecuencias que ha causado.

⁴⁹ LARIZZA, *La mediazione nel sistema penale minorile*, 1998, p. 112.

⁵⁰ LAMARCA PÉREZ, «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en ORTS BERENGUER, Enrique (eds.), *Estudios Jurídicos: libro homenaje en memoria del profesor José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. II, 1997, p. 138; ÁLVAREZ RAMOS, *Zerbitzuan*, 2001, p. 27.

⁵¹ CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 20.

que ha cometido un hecho típico que en realidad no existe⁵².

Con todo esto que se acaba de exponer y retomando por otro lado la idea que anteriormente se planteaba, que no se puede caer en la tentación de identificar, sin más, responsabilidad y responsabilización con castigo se plantean en el escenario actual dos paradojas. La primera en relación con la opción del legislador de no optar por instrumentos de respuesta para menores lejos del Derecho penal, cuyo contenido es muy difícil alejarlo de la idea de castigo ya que el Derecho penal intrínsecamente tiene una dosis de brutalidad. La segunda surge si se atienden a las progresivas modificaciones que ha sufrido la LORPM siempre tendentes a su endurecimiento. Pero sin embargo, a pesar de esto, y siendo consciente de ello, me ratifico en lo dicho anteriormente: la LORPM en su planteamiento expuesto en la EM no vincula responsabilización con castigo. Es justamente por ello que, siguiendo esta lógica y la que marcan las líneas internacionales de respuesta a los menores que cometen infracciones tipificadas como penales, esta idea ha de ser mantenida. Es en este sentido y por supuesto siempre en la medida que la ley deje espacios para su interpretación, que la filosofía de quien aplica el derecho ha de basarse en esta premisa. En este contexto, la mediación resultará, como se viene diciendo hasta el momento, idónea para cumplir con este parámetro marcado por la LORPM. Lejos de interpretaciones moralizantes lo que los procesos de mediación aportarán será una solución más cotidiana, más apta, más razonable y más congruente con el desarrollo del menor y con la gestión de sus propios conflictos. Que el menor sea capaz de comprender el hecho delictivo como comportamiento que genera un daño, independientemente de a quién lesione, y a su vez como un conflicto, supondrá en clara coordinación con su edad cognitiva. El hecho de que se vea como un problema real comprensible que ha de afrontar, y no como una respuesta abstracta que es posible no haga más que estigmatizarlo, es muy importante.

Entre algunos de los aspectos destacados por una serie de estudios⁵³ en relación a los beneficios que aportan los procesos restaurativos en los menores, en clave de una mayor eficacia en la prevención y tratamiento de la delincuencia juvenil de la mediación se encuentran los siguientes ámbitos contribuyentes a⁵⁴: la atención individualizada al menor, la identificación e intervención temprana si fuere necesario, personal especializado para el entrenamiento de los jóvenes, el entrenamiento en habilidades sociales, la focalización y afrontamiento de la conducta infractora y

⁵² En este sentido es muy simbólica la película de Roman Polanski: *Un Dios salvaje* (2011). Igualmente CASTILLEJO MANZANARES, *RDP*, 2011, p. 10 advierte, desde mi punto de vista muy acertadamente que “ lo extraño hoy en día no es la transgresión, sino su ausencia, que nos ha de llevar a entender que el delito en los jóvenes no puede continuar siendo entendido sistemáticamente como síntoma de desviación, sino como el hecho social que es, sustituyendo un mecanismo a través del cual el adolescente o el joven se pone a prueba a si mismo en relación con los demás y con el contexto normativo”

⁵³ SANTIBÁÑEZ GRUBER/ELICEGUI GONZÁLEZ, «La mediación en la justicia de menores. Primer año de la LO 5/2000. La experiencia de Bizkaia» en ECHANO BASALDÚA (Coord), *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José María Lidón*, 2002, p. 194.

⁵⁴ Por su parte OSTENDORF, *Nomoskommentar*, 8ª ed., 2009, p. 282, dice que básicamente se pueden formular tres fines de la mediación en menores: 1. una menor respuesta penal siguiendo la prohibición del exceso; 2. una prevención mejor por una superación del conflicto más rápida y una menor estigmatización; 3. descarga de la justicia.

sus consecuencias, la evaluación de la conducta de manera crítica, planificación y compromiso de conductas alternativas, la evitación del castigo como estrategia de intervención.

Pero no sólo los beneficios serán tangibles desde una perspectiva “en positivo”. Los procesos de mediación son muy interesantes también desde el punto de vista de la eliminación de lo negativo de un procedimiento judicial en sentido estricto. Como antes se decía uno de los argumentos más fuertes para apartar al menor de la justicia penal tradicional es que las consecuencias de un proceso formal contra un menor provoca negativos efectos estigmatizantes⁵⁵. Así, un proceso de mediación evitaría los efectos estigmatizantes conexos a las soluciones clásicas de respuesta al delito⁵⁶.

También para la víctima, sea menor o no, la mediación tendrá un importante efecto satisfactorio⁵⁷. Cabe traer aquí todas las ventajas o peculiaridades que para ésta tiene la Justicia Restaurativa y su proceso⁵⁸. Pero es que además pueden resultar especialmente importantes los procesos de mediación o reparación en el ámbito de menores cuando todas las partes implicadas son menores. En este contexto un proceso de mediación entre iguales puede tener mayores componentes pedagógicos. La progresiva ampliación de ámbitos de resolución de conflictos entre y por iguales en escuelas e institutos se ha hecho más evidente que nunca en los últimos años. Cuando los conflictos se producen entre menores, entre iguales, la manera de aprender a solucionarlos conjuntamente y ofreciendo una respuesta pacífica al mismo puede llegar a sentar importantes bases (o al menos guías) en la posterior resolución de problemas o complicaciones en la vida cotidiana. Los conflictos, siendo sucesos normales en el desarrollo de los jóvenes son, a su vez, progreso para ellos y es por ello que parece especialmente interesante, y me atrevo a decir que incluso necesario, encontrar una solución cotidiana integrada razonablemente en el contexto de los conflictos penalmente relevantes⁵⁹, tanto para el menor que infringe como para el que en

⁵⁵ Así también: NOGUERAS MARTÍN, *RIS*, 2001, p. 53 y s, en concreto habla de la atención, escucha, información para ella, crea un espacio de reparación y de desdramatización; TAMARIT SUMALLA, en TAMARIT/COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/ALTAVA LAVAL (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 57; POZUELO PÉREZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJÓO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, 2008, p. 215.

⁵⁶ GIOSTRA, *Il processo penale minorile*, 2009, 118.

⁵⁷ GONZÁLEZ CANO, «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores», *Tribunales de Justicia*, 2000, pp. 7, 828. TAMARIT SUMALLA, en TAMARIT/COLOMER/ GONZÁLEZ CUSSAC/ALTAVA LAVAL (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 57; CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, pp. 1 y s.; POZUELO PÉREZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJÓO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, 2008, p. 215. SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 161.

⁵⁸ Pueden ser muchos los reportes hacia la víctima, entre otros: una indemnización, atención psicológica, disculpas, tranquilidad, reconocimiento de los hechos por parte del infractor, recuperar los objetos, recuperar la amistad, evitar el juicio, ser escuchada... Así se presenta en el trabajo de RÍOS MARTÍN/MARTÍNEZ ESCAMILLA/SEGOVIA BERNABÉ/GALLEGO DÍAZ/CABRERA /JIMÉNEZ ARBELO, Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ, 2008, www.icasal.com/pdf/.../Inf%20MedPenal%20Estatatal%20CGPJ.doc

⁵⁹ En este sentido WALTER, *Wiedergutmachung und strafrechtspraxis*, 1993, p. 231, quien plantea como positivo que las medidas de la JGG se conviertan en mecanismos de socialización y de ejemplo de resolución de conflictos pacíficos.

su caso sufra la infracción. No obstante, ni que decir tiene que nunca se podrá instrumentalizar a la víctima por los fines educativos del menor en el proceso de mediación⁶⁰.

En cuanto a los eventuales beneficios para la sociedad que pudiera tener el modelo de Justicia Restaurativa, se evidencia cómo la disposición del menor para asumir su responsabilidad ante la víctima y reparar lo convenido en el proceso de mediación y/o conciliación le confiere a la figura un interesante aspecto simbólico que redundará en sentido positivo en la convivencia social⁶¹. Recordemos la importancia que la LORPM da a la comunidad, a la sociedad en su conjunto, por lo que esta consecuencia es de especial relevancia, en la cual, además, la sociedad podría participar de manera activa⁶².

En conclusión, entiendo que el modelo de Justicia Restaurativa es el mismo en adultos que en menores y jóvenes, ahora bien, se encuentra un mayor o especial valor de la misma en la justicia de menores y jóvenes por tres cuestiones fundamentales. En primer lugar el valor pedagógico, dentro de un proceso de aprendizaje constante del menor, que otorga la Justicia Restaurativa a través de cualquiera de sus instrumentos. En segundo lugar el valor en la pacificación de las relaciones entre iguales y la asunción de este modelo como forma pacífica de resolución de conflictos y de responsabilización activa. Por último se trata de un sistema que puede ser perfectamente integrado y normalizado dentro del desarrollo del menor. Lo que parece evidente es que la introducción de modelos de Justicia Restaurativa se insertan en los procesos de menores pensando mayormente en el menor infractor que en la víctima del suceso en atención a los principios que rigen el proceso penal de menores⁶³.

2.2. La mediación, conciliación y reparación

Una vez concretado el concepto de Justicia Restaurativa interesa adentrarse en tres figuras concretas de las que este modelo se sirve: la mediación, la conciliación y la reparación por ser las que prevé la LORPM⁶⁴. Al igual que sucede con el concepto de Justicia Restaurativa, no existe una unánime definición de mediación⁶⁵, siendo que puede presentar múltiples modalidades en

⁶⁰ LUGNANO, *La mediazione penale*, 2003, p. 25.

⁶¹ CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 6.

⁶² VÁZQUEZ GONZÁLEZ, *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, 2003, 294.

⁶³ Así en los países de nuestro entorno jurídico más cercano. Con referencia a Italia: MAZZUCCATO, *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, 1998, p. 139, quien desarrolla los dos principios informadores más importantes del proceso de menores: el principio de mínima ofensividad y el principio de desestigmatización.

⁶⁴ Ya se he dicho que la justicia restaurativa se sirve de muchos otros instrumentos.

⁶⁵ Así HERNÁNDEZ GARCÍA/ORTUÑO MUÑOZ, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documentos de trabajo*, (11), 2007, pp. 61 y ss., consideran que “los postulados de la mediación posibilitan identificar su filosofía fundacional, pero no permiten, sin embargo, institucionalizar un modelo unitario de desarrollo aplicable a cualquier país o sociedad con indiferencia del sistema social y político donde debe operar”. Observa además importantes diferencias entre el modelo restaurativo originario, de raíz anglosajón, y los modelos desarrollados en los países continentales europeos. Una interesante compilación de las experiencias de la jurisdicción del *common law* en: GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 2007, pp. 261 y ss. Del mismo modo MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, 2003, 339s, advierte que el término mediación no es unívoco y se pueden de hecho enmarcar al menos tres conceptos

contextos normativos diversos⁶⁶. El Consejo de Europa en la Recomendación (99) 19 en tema de mediación penal define la mediación como “el procedimiento que permite a la víctima y al reo el participar activamente, consintiendo libremente, por la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)”. En breve, se puede exponer que un proceso de mediación consiste en un procedimiento alternativo de la resolución de conflictos, realizado con la intervención de un tercero, el mediador, entre personas o grupos que consienten libremente dicho proceso y a quienes corresponde la decisión final. Así, la mediación penal se concreta en la modalidad de intervención de un tercero mediador sobre situaciones de conflicto que han dado lugar a la intervención judicial de carácter penal. Es un proceso fundamentalmente destinado a crear relaciones nuevas o restaurar relaciones perturbadas entre las partes empleando como herramienta el diálogo y la comunicación y por supuesto todas las cualidades expuestas para la Justicia Restaurativa son trasladables. No hay mediación sin mediador, sin esa “tercera persona”, la cual se exige tenga una formación y un código deontológico propio de la profesión⁶⁷. Los principios fundamentales de la mediación, sea penal o de cualquier tipo, son los que siguen⁶⁸:

-Voluntariedad. Es necesario que las partes acudan de manera voluntaria a la mediación y voluntariamente permanezcan en ella. Es importante distinguir la voluntariedad de la motivación. La motivación es individual, concreta y personal, no interesa al mediador determinar lo que motiva la aceptación del proceso, cuestión que más tarde, iniciada la intervención, se trabajará dentro de los intereses y las posiciones de las partes. Lo que importa es que dicha motivación no implique presión u obligatoriedad.

-Confidencialidad. Si bien para que el acuerdo de mediación pueda tener una posterior trascendencia jurídica frente al menor infractor en el caso de que éste sea positivo, o en todo caso se haya hecho una reparación del daño, ha de ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Juez el acuerdo o acta de mediación. Sin embargo, esto no significa que se tenga que informar de todo el proceso de mediación, sino sólo del resultado y de que éste cumple con los requisitos exigidos por la ley. Por lo demás, todo aquello que sea contado y se desarrolle en el proceso de mediación será confidencial.

-Objetividad, imparcialidad y equidistancia del mediador. El mediador debe ser objetivo y no puede enjuiciar ni valorar las actitudes de las partes (tanto respecto a los intereses en el conflicto como a sus posiciones).

diversos de mediación. La mediación puede ser considerada, dice, en primer lugar, como una mera técnica de intervención social en la que un tercero neutral, tiende a promover la superación del conflicto existente entre dos individuos a través del encuentro y la confrontación. En segundo lugar, la mediación emerge en su función de modalidad de solución de los conflictos que se introduce en el proceso penal, en la perspectiva más amplia de la justicia reparativa; en tercer lugar, la mediación se presenta como un nuevo acercamiento a las dimensiones sociales que consiente prescindir completamente de la respuesta judicial en relación a conflictos interpersonales e intergrupales.

⁶⁶ LUGNANO, *La mediazione penale*, 2003, p. 25.

⁶⁷ DI CIO, «Mediazione penale: strumenti nuovi con una mentalità antica?», *Dignitas*, (6), 2004, pp. 66. Sin embargo en España no hay una regulación del Estatuto del mediador ni tampoco un registro de mediadores.

⁶⁸ Se sigue la clasificación del Prof. Redorta, REDORTA, *Como analizar los conflictos*, 2004. Véase también, entre otros: BELLOSO MARTÍN, «El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia», *CEFD*, (20), 2010, p. 9 y s.; CASTILLEJO MANZANARES, *RDP*, 2011, p. 15 y s.

-Comunicación y diálogo. Son las herramientas básicas de la mediación. Se consiguen gracias a técnicas de mediación que deben ser conocidas por todo mediador.

-Privacidad. La mediación no puede ser un proceso público, más bien al contrario, requiere de una exquisita privacidad para las partes, quienes serán las únicas participantes del proceso de mediación.

-Libertad y la seguridad. Las partes deben sentirse libres a la hora de dar sus opiniones y mostrar sus sentimientos y seguras de que ello sirve para el proceso.

Por su parte la conciliación como metodología de resolución de conflictos sociales incide al igual que la mediación en aspectos no sólo legales, sino además en las relaciones personales de los implicados, sobre todo en aquellos supuestos en los que es necesario mantener por las partes una relación posterior⁶⁹. La conciliación está prevista en las leyes y se realiza ante el juez. El tercero actuante es autoridad referencial para las partes, y trata de propiciar un acuerdo o transacción entre ellas. Siguiendo a ORTUÑO⁷⁰ se destaca cómo son tres las cuestiones más reveladoras de la diferencia entre un proceso de mediación y de conciliación. Son las relativas al procedimiento, al rol de tercero interviniente y a la proyección pública o no del procedimiento. Estas diferencias, que ahora expresaremos, establecen claras distancias entre las figuras de la mediación y de la conciliación que, nos interesan para alegar la inadecuación de la alternatividad terminológica que la LORPM establece. En cuanto al procedimiento en la conciliación hay que destacar que es el juez quien impone las reglas mientras que en la mediación pura es el mediador quien pacta las reglas con las partes. En cuanto a la función del tercero interviniente en la conciliación el tercero es quien propicia el acuerdo entre las partes, que es de tipo transaccional, mientras que en un proceso de mediación pura el tercero es quien facilita la comunicación para que las partes lleguen a una solución. Por otro lado, en la conciliación es el tercero quien ejecutará de forma coactiva el acuerdo y en la mediación no interviene en la fase ejecutiva. En cuanto al factor diferenciador de la proyección pública, en la conciliación la publicidad es atenuada mientras que en la mediación lo que prima es la confidencialidad, el secreto, la intimidad.

La reparación, última de las figuras que se recoge en la LORPM, sería no ya tanto un método como una concreción de lo adoptado en alguno de los procesos anteriores. A una reparación se puede llegar a través de una mediación como de una conciliación e igualmente es un instrumento para la Justicia Restaurativa. La LORPM, en concreto, dice en el art. 19.3 que “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”. Especialmente idónea es la reparación para asuntos donde la víctima no quiere participar activamente en un proceso de mediación pero sí quiere ser reparada, o en asuntos con delitos sin víctima o con víctima colectiva donde puede existir una reparación simbólica.

⁶⁹ MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale*, 2004, p. 6.

⁷⁰ ORTUÑO MUÑOZ en el proyecto de directiva Europea sobre la mediación.

3. La concreción del principio de oportunidad y los procesos de mediación, conciliación y reparación en la LORPM

3.1. El principio de oportunidad reglada en la LORPM

Para una mejor exposición de este apartado diferenciaré los momentos en los que se introduce el principio de oportunidad en la LORPM, según se encuentre el expediente sancionador en fase de instrucción, intermedia o de audiencia. Daré un trato especial al supuesto de la suspensión y la sustitución.

a) En la fase de instrucción, -arts. 18, 19 y 27.4 LORPM-

El primer momento en el que la LORPM acude al principio de oportunidad en clara relación con el de intervención mínima es en el art. 17. Éste establece que cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, habrá de resolver sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento del art. 18, que ahora estudiaremos, o sobre la incoación del expediente. Por tanto es el primer momento en el que se puede atender a las circunstancias y a la situación del menor y en base a ello terminar en este momento con el procedimiento. Pero el artículo 17 no tiene sentido sin el artículo 18.

El artículo 18 LORPM, relativo al desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, establece que el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas. Será en tal caso cuando el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la LORPM, relativo al régimen de menores de 14 años⁷¹. En este caso, igualmente el Ministerio Fiscal, comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

Sin embargo, la ley excepciona el supuesto de que conste en el expediente del menor que ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. En este caso, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley. En este caso, se establece la conveniencia de la continuación del expediente por parte del equipo técnico, una vez éste reciba el expediente del menor. Será entonces, una vez recibido, cuando el equipo técnico entienda la inconveniencia de tal tramitación y cuando el Ministerio Fiscal deberá acordar o no el desistimiento.

El artículo 19 LORPM prevé el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima⁷². La ley establece que el Ministerio Fiscal también podrá desistir de la continuación del expediente, siempre atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y

⁷¹ La circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, no obstante matiza que el testimonio sólo deberá remitirse en los supuestos que de lo actuado se deriven indicios para pensar que el menor pueda encontrarse en una situación de riesgo o desamparo que precise medidas de protección.

⁷² Este artículo será analizado en profundidad en el punto 3.2.1 de este trabajo.

del menor (y de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos) y a si, además, el menor se ha conciliado con la víctima, hubiese 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. En todo caso, el desistimiento en la continuación del expediente sólo y exclusivamente será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

Por tanto el art. 19 prevé otra opción de desistimiento, que a diferencia del art. 18 está condicionado a que haya existido una conciliación o reparación con la víctima. Además, en el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometida, o cuando uno 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.

Por último se encuentra el artículo 27.4 posibilitando al equipo técnico a proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por algunos de los siguientes motivos: haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.

En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

b) En la fase intermedia -art. 32 LORPM-

El artículo 32 prevé la posibilidad de una sentencia de conformidad. En este sentido, si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras «e» a «ñ» del apartado 1 del artículo 7⁷³, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite.

En el caso de que el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad. También cabe la posibilidad de que cuando la persona o personas contra

⁷³ Art.7 LORPM “e. Tratamiento ambulatorio; f. Asistencia a un centro de día; g. Permanencia de fin de semana. h. Libertad vigilada; i. La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez; j. Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; k. Prestaciones en beneficio de la comunidad; l. Realización de tareas socio-educativas; m. Amonestación; n. Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; ñ. Inhabilitación absoluta.”

quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustancie sólo el trámite de la audiencia en lo relativo a este último extremo.

c) En la fase de Audiencia -art. 36 LORPM-

El artículo 36, por su parte, recoge los supuestos de conformidad del menor y establece seguidamente su procedimiento. De este modo prevé que será el secretario judicial quien informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

Si el menor estuviere conforme con los hechos, pero sin embargo no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

Por último al igual que se recoge en el CP para adultos, la LORPM prevé supuestos de suspensión y sustitución de las medidas. Simplemente haremos referencia a la existencia de estas posibilidades si bien hemos de decir, al igual que parte de la doctrina, que no consideramos que estas alternativas sean fruto del principio de oportunidad o al menos no ha de entenderse así ya que el principio de oportunidad ha de servir para que pueda decidirse sobre un hecho que presenta caracteres de delito y sobre su presunto autor sin necesidad de juicio, y en sentido puro, sin necesidad de instrucción, pues ha de operar primordialmente desde el origen⁷⁴. Es por esto que la suspensión y la sustitución no se pueden entender como instituciones derivadas del principio de oportunidad de la ley⁷⁵, sino que responden a decisiones de política criminal, son más bien instrumentos de desinstitucionalización⁷⁶.

Brevemente, he de decir que respecto de la suspensión dice la LORPM que el Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de

⁷⁴ ORTIZ ÚRCULO, *El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, 2006, p. 128.

⁷⁵ Igualmente GARCIA INGELMO, «El fiscal y el principio de oportunidad en la ley 5/2000», *EJME*, VI-2000, p. 429.

⁷⁶ SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p.161.

duración, por un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquélla sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Las condiciones a las que estará sometida la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia dictada por el Juez de Menores serán las siguientes: 1. No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión. 2. Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.

En cuanto a la sustitución de las medidas el art. 51 dice que durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquéllas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida.

Mención especial merece el supuesto del art. 51.³⁷⁷ que determina que la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, siempre a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Por tanto son varios los momentos en que la LORPM prevé la finalización del expediente sancionador del menor en atención a los iniciales requerimientos filosóficos de la misma. Otra cosa es que posteriormente, en la práctica, estos instrumentos se utilicen o no. Sin embargo, como antes mencionaba, la previsión de que la acusación particular pueda participar en todas las fases del procedimiento del menor, en las conformidades, haciendo escrito de alegaciones, interviniendo en la fase de audiencia... puede provocar que siendo que el equipo técnico y la Fiscalía consideren conveniente el finalizar con el expediente sancionador del menor, en algunos de los momentos que la ley prevé, esto sea simplemente imposible porque existe una acusación particular que desea continuar adelante con el proceso y hasta la sentencia. Parece que el único supuesto en que la ley limita la continuación del proceso por parte del perjudicado es en el caso del desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo o familiar, en cuyo caso se continuará con el desistimiento sin perjuicio de las acciones civiles correspondientes que al perjudicado le asistan en la jurisdicción civil (art. 4 LORPM).

⁷⁷ Se profundizará sobre este precepto en el punto 3.2.2.

Podrá por tanto la acusación particular oponerse a la derivación de un expediente según el art. 19 y también al sobreseimiento del asunto⁷⁸.

3.2. Mediación, conciliación y reparación en la LORPM

En la regulación penal de menores de países de nuestro entorno jurídico más cercano, tales como Alemania o Italia, se han introducido igualmente las figuras de la mediación, reparación y conciliación si bien de forma un tanto diversa y de manera indirecta en el segundo de los países. De este modo, la legislación alemana⁷⁹ en materia de menores (*Jugendstrafrecht*) prevé tres tipos de respuesta penal para el menor infractor. La primera, las llamadas medidas educativas (*Erziehungsmaßnahmen*) §§ 9-12 JG. Las segundas son las llamadas medidas correctoras (*Zuchtmittel*), y por último se encuentran las penas para menores en sentido estricto (*Jugendstrafe*). Es dentro de las medidas educativas y correctoras donde está la previsión de las figuras de la compensación y la reparación del daño como respuesta al hecho y no como una alternativa a la medida como se configura en la LORPM. La mediación se ha equiparado a una medida educativa⁸⁰. Así el § 10.7 establece que el juez le puede imponer al menor el intentar conseguir una conciliación con el perjudicado (*Täter-opfer-Ausgleich*) y el § 15, dentro de las medidas correctoras, establece una serie de imposiciones (*Auflagen*) y establece que el juez puede imponer: “(1) 1. Según sus posibilidades, reparar el daño que ha hecho”. En todo caso dice el mismo precepto que en todas las *Auflagen* el juez no puede pedir un esfuerzo excesivo al menor⁸¹. Pero hay además otra posibilidad y es que habiendo existido de manera voluntaria por el menor esta reparación o habiéndose dado un proceso de mediación a través de la oportunidad brindada por el § 45 JGG, se sobreseerá el asunto.

En Italia la mediación se recoge de manera más o menos indirecta en los artículos 27 en relación con el artículo y 28 del D.P.R. 448/88. Conforme al art. 27 la mediación será parámetro de valoración para considerar si el Ministerio Fiscal ha de continuar o no con el expediente sancionador del menor en relación directa con el art. 9 de la misma ley en el que se exige al Juez y al Fiscal que para la determinación de las medidas a imponer al menor se deberá atender a las características del hecho y del menor y sus circunstancias⁸². Esta posibilidad es la que se ha planteado en Italia en diferentes proyectos de mediación en el ámbito de menores entre los que

⁷⁸ En contra MUÑOZ OYA, «La mediación en el Proceso penal de menores», en BENÍTEZ ORTÚZAR / CRUZ BLANCA (Dir.), *El Derecho Penal de menores a debate*, 2010.

⁷⁹ Los resultados en Alemania de la aplicación de las opciones de recompensa infractor-víctima muestran que ésta tiene una cuota de éxito que alcanza el 80%. Además la disposición para la compensación de los jóvenes acusados es muy alta siendo de un 92% (más alta que en los acusados adultos) y también la disposición para la compensación de los perjudicados es notablemente alta: de un 73% cuando son menores o jóvenes y de un 63% cuando se trata de adultos. Datos extraídos de: OSTENDORF, *Nomoskommentar*, 8ª ed., 2009, p. 108, n.18.

⁸⁰ PICCOTI (Coord.), *La mediazione nel sistema penal minorile*, 1998, p. 120.

⁸¹ Por otro lado el mismo precepto establece una serie de limitaciones de tal modo que el § 15 (2) JG recoge que “El juez sólo debe imponer el pago de dinero cuando: 1. El menor ha cometido un delito leve y se supone el dinero de los medios de los que dispone 2. Si se le quiere quitar al menor de lo que ha generado con la comisión del delito o el pago para cometer el delito”.

⁸² PATANÉ, «Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione», en MESITZ (coord.), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, 2004, pp. 30-35.

cabe destacar los de Torino y Milán⁸³. El art. 28 sí prevé expresamente la reparación del daño, pero exclusivamente en sede de suspensión porque la mediación no es más que una parte de la condición para la suspensión⁸⁴. Por tanto cabe la mediación con la parte ofendida en la doble modalidad de la reparación de las consecuencias del delito y de la reconciliación con la parte ofendida en la idea de tratarse de un proyecto educativo del menor inmerso en un proceso penal⁸⁵.

La LORPM, por su parte, recoge las instituciones de la mediación y reparación si bien ha optado por un modelo de mediación propio⁸⁶ y confuso⁸⁷. La ley ofrece un concepto normativo de conciliación y de reparación. Lo primero que he de señalar de la regulación de este ámbito por la LORPM es que ésta parece confundir los términos de mediación, conciliación y reparación, siendo que los conceptos de mediación y conciliación se utilizan indistintamente aun siendo, como hemos visto antes, conceptos diferentes. Para la ley se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas y la reparación será el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar efectivamente determinadas acciones en beneficio de estos últimos o de la comunidad. Sin embargo, sin duda, el modelo en el que estaba pensando el legislador cuando recogió este precepto en la ley era en el de mediación.

Al margen de esta discusión terminológica, el procedimiento de mediación y reparación en la LORPM está previsto de dos formas en la LORPM dependiendo del momento procesal en que se desarrolle la mediación. En fase de instrucción se atenderá a lo dispuesto en el art. 19 LORPM (con un ulterior desarrollo más extenso en el art. 5 RPM) y tras la sentencia al art. 51.3 LORPM.

3.2.1. El proceso de mediación en la fase de instrucción

a) La derivación a mediación de un expediente sancionador

Dos son las posibilidades de iniciación de un proceso de mediación en fase de instrucción. La primera surge con la solicitud del Ministerio Fiscal al equipo técnico para que informe de la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada. La segunda depende de la iniciativa del equipo técnico, quien en su proceso de evaluación observa las posibilidades en atención al art. 27 LORPM.

En cuanto a la primera de las posibilidades dice el art. 5 RPM que “si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al

⁸³ Véase al respecto: AA.VV., *La mediazione penale in ambito minorile*, 1999.

⁸⁴ MAZZUCATO, *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi.*, 1998, p. 146.

⁸⁵ CERETTI/DI CIO/MANNOZZA, *Il coraggio di mediare*, 2001, pp. 331-333.

⁸⁶ Habla de interpretación auténtica LANDROVE DÍAZ, *Derecho Penal de Menores*, 2001, p. 288.

⁸⁷ TAMARIT SUMALLA, en TAMARIT/COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/ALTAVA LAVAL (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 64, dice que los excesos lingüísticos de la ley favorecen al confusionismo en esta materia.

de la víctima". Por tanto, será el Ministerio Fiscal quien tome la decisión para que posteriormente ésta sea valorada por el equipo técnico y en su caso este órgano comience con el proceso de mediación. Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor. Será el equipo técnico quien expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 LORPM, y oirá a sus representantes legales. De este modo, si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales. Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 LORPM.

En cuanto a la segunda de las posibilidades se encuentra aquella por la que incoado el expediente de reforma, se solicita al equipo técnico el informe del art. 27 de la ley en el que informará si considera conveniente en interés del menor, el que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, dice la propia ley, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo⁸⁸, lo cual se entiende para agilizar los trámites de una pronta finalización del expediente sancionador para el menor pero que, sin embargo, su no realización puede debilitar la comprobación de la capacidad de culpabilidad del menor⁸⁹. Así que, no considerándose posible un proceso de mediación o una vez finalizada la misma con resultado negativo, el equipo técnico, entiendo, deberá retomar la labor de realizar el mencionado informe, si bien la ley no dice nada al respecto. Quisiera también advertir de las grandes posibilidades que los letrados tienen como promotores de la iniciación de un proceso de mediación. El art. 5 RPM, que ya se ha mencionado anteriormente, dice que "si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor (...) solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima". Por tanto no solo el Ministerio Fiscal o el equipo técnico son quienes pueden proponer el inicio de una respuesta extrajudicial sino que también lo puede hacer el letrado del menor. La LORPM no dice qué letrado, por lo que podrá ser el letrado de cualquiera de las partes implicadas, sea de la víctima o del menor infractor⁹⁰. Me parece especialmente importante esta posibilidad porque en la práctica cotidiana son los letrados quienes más conocen a sus clientes, su situación, sus pretensiones, sus necesidades... En este sentido la previsión de poder solicitar una solución extrajudicial es especialmente destacable.

⁸⁸ Art. 27.1 LORPM "Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley".

⁸⁹ CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 8.

⁹⁰ En un primer momento del tenor literal del texto se podría deducir que se refiere al letrado del menor. Pero sin embargo, en mi opinión este extremo no queda claro y restringir con esta interpretación esta posibilidad de solicitud sólo al letrado del menor infractor me parece un error.

b) Los presupuestos objetivos de derivación

Texto En mi opinión no parece que, del tenor literal de la ley, exista ningún tipo de limitación para el acceso a un proceso de mediación. Esta perspectiva quizás un tanto aperturista (como absolutamente minoritaria) de la interpretación de la ley entiendo es conforme tanto con el tenor literal del precepto como con la filosofía de la Justicia Restaurativa y la institución de la mediación como instrumento para la resolución de conflictos.

Así por un lado, y a mi entender, las limitaciones que el legislador impone está en la posibilidad de desistimiento de la continuación del expediente para el Ministerio Fiscal, en tanto que el art. 19 establece que sólo podrá desistir de la continuación del expediente cuando el hecho delictivo sea menos grave⁹¹ o falta, siendo que a su vez ofrece una serie de parámetros relevantes a atender para tomar la decisión de desistir o no, como la gravedad y circunstancias de los hechos, la concurrencia de violencia e intimidación, las circunstancias del menor... Pero esto, según el tenor del artículo, no vincula a la derivación a mediación. La imposibilidad de desistir del expediente considero no cambia en nada la posibilidad de derivar o no a mediación un asunto. Es cierto que la total mayoría de los autores vinculan de manera irremediable la imposibilidad para sobreseer el asunto por el Ministerio Fiscal con la posibilidad de que el equipo técnico pueda hacer una mediación⁹². Pero estas limitaciones no son para el acceso a mediación que conforme al art. 27

⁹¹ El art. 13 CP dispone que: 1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave; 2. Son delito menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave; 3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

El art. 33 CP establece por su parte el catálogo de penas determinando que: 3. Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años. b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años. c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años. e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años. f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años. g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años. i) La multa de más de dos meses. j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía. k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días// Son penas leves: a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año. b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año. c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses. d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses. f) La multa de 10 días a dos meses. g) La localización permanente. h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

⁹² Tal vez, la cuestión sea que ni siquiera se hace este planteamiento. Así mantienen la imposibilidad de derivar a mediación por su vinculación al posible sobreseimiento, entre otros: TAMARIT SUMALLA, en TAMARIT/COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC/ALTAVA LAVAL (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes*, 2002, p. 62; POZUELO PÉREZ, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO/FEIJÓO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, 2008, p. 277; MUÑOZ OYA, en BENÍTEZ ORTÚZAR/CRUZ BLANCA (dirs.), *El Derecho Penal de menores a debate*, 2010, p. 202; ; SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 167; BELLOSO MARTÍN, *CEFD*, 2010, p. 11; GARCÍA PÉREZ, *Rev. Crim.*,

podrá acordarse por el equipo técnico cuando lo considere conveniente en interés del menor. Y lo entiendo así porque, en primer lugar, como se decía, el legislador no impide expresamente esta posibilidad, sí para el desistimiento pero no para la actividad mediadora o reparadora, y en segundo lugar porque parece interesante proporcionar un acceso libre a la mediación por parte del menor y eliminar criterios restrictivos basados en reticencias de carácter defensivo⁹³. No se pueden confundir instituciones diferentes como son la del sobreseimiento y la de la actividad mediadora. En este sentido, entendiéndolo, como se entiende en este trabajo, que siendo la mediación un instrumento para la resolución pacífica de los conflictos sociales esta debería optimizarse al máximo. Otra cosa es que el asunto continúe y sea aún con todo de obligado impulso para el Ministerio Fiscal. Y otra cosa es, también, que habiendo existido una reparación ésta no sea tenida en cuenta a la hora de determinar una medida concreta y no sea útil a la hora de una posible conformidad, también con la víctima en algunos de los momentos que el principio de oportunidad antes desarrollado permita, de una suspensión o sustitución de la medida⁹⁴ en sentencia. Incluso se podría utilizar de forma analógica la atenuante analógica de la reparación del daño prevista en el CP en el mismo sentido que se utiliza en los proyectos de mediación de adultos.

Se propone, en este sentido, adoptar de alguna manera el modelo italiano que como se ha visto tiene en cuenta el ejercicio de la mediación y de la reparación para la toma de determinadas soluciones. Pero es que además en un sentido similar se mostraron los Jueces de los Tribunales de Menores en el 21º Congreso de Jueces de Menores en Göttingen en septiembre de 1986⁹⁵ (21. *Deutscher Jugendgerichtstag*), quienes expresaron que “la posibilidad de extender la mediación a los delitos graves cometidos por menores aumentaría si la mediación no viniese propuesta sólo como alternativa en el sentido de los §§ 45 y 47 JGG, sino como acto que el imputado elige libremente antes de la decisión del juez y que será después valorado al final de la sentencia”.

En este mismo sentido, se propone aquí esta interpretación absolutamente amplia en la que simplemente se plantea la necesidad de diferenciar correctamente y con todas sus consecuencias dos instituciones diferentes: la mediación y reparación por un lado, y el desistimiento por otro, y que ambas se desvinculen porque no son inherentes la una a la otra. Hacer la interpretación de otra manera (como en la práctica de los Juzgados de Menores se está haciendo hasta el momento) además de dejar fuera una gran cantidad de asuntos susceptibles de ser mediables⁹⁶, es el resultado de vincular a mi entender por inercia e incorrectamente dos instituciones diferentes.

2011, p. 80. quien critica esta limitación; CASTILLEJO MANZANARES, *RDP*, 2011, p.20. Igualmente la Circular 1/2000 de la FGE. No queda clara, sin embargo, la postura de LANDROVE DÍAZ, *Derecho Penal de menores*, 2001, p. 288.

⁹³ CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, pp. 21 y 22.

⁹⁴ En un sentido parecido; SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 170.

⁹⁵ PICCOTI (coord.), *La mediazione nel sistema penal minorile*, 1998, p. 129.

⁹⁶ Ejemplos: delitos sin violencia ni intimidación como pueden ser el delito de robo en casa habitada, el tráfico de drogas, los delitos contra la intimidad que conforme a la clasificación del CP son delitos graves.

De esta manera habrá asuntos en los cuales se de una mediación y posteriormente haya un sobreseimiento⁹⁷ y otros en los que la realización de la mediación no llevará aparejado el sobreseimiento del asunto pero si que el acuerdo de mediación podrá dar lugar a que este se pueda utilizar en el sentido expresado anteriormente.

c) El proceso de mediación

En todo caso, sea cual sea la forma de iniciación o derivación a mediación conforme se ha expuesto, la LORPM dice que será el equipo técnico quien se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia del mismo. Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado siempre por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente. Así, para el caso en que la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, dice la LORPM que el equipo técnico citará a ambos, víctima e infractor, a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, permite la ley la posibilidad de que la conciliación y la reparación también puedan llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos. De otro modo, no siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, el primero propondrá a este último la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Es igualmente el equipo técnico el encargado de proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 donde se prevé la conciliación, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento.

⁹⁷ Para el sobreseimiento sí que habrá de atenderse a los criterios expuestos por el art. 19 LORPM y en este sentido la doctrina está dividida entre muy diferentes posturas. Por un lado hay opiniones que consideran que la gravedad del asunto, la existencia de violencia o intimidación podrán ser criterios orientativos pero no preceptivos para sobreseer el asunto ni tampoco para derivar un asunto a mediación. Así ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores*, 2001, p. 525. Otros consideran que el art. 19 exige la no concurrencia de violencia o intimidación si no solo de que se trate de una falta o delito menos grave: es partidario de esta opción DOLZ LAGO, *La nueva responsabilidad penal del menor*, 2000, p. 126 con la que personalmente estaría de acuerdo como ya he expuesto antes no para no derivar a mediación si no para en su caso sobreseer el expediente. Y por último hay otros autores que consideran que es necesario de que se trate de delitos menos graves o faltas sin violencia o intimidación graves. Así SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO (coord.), *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 168.

La crítica más aguda que desde mi punto de vista se puede hacer a las previsiones de la LORPM y del RPM en relación al proceso de mediación es su rigidez. Considero que el legislador en un acto de querer dar pautas generales para el desarrollo de un proceso de mediación se ha ingerido demasiado en la regulación del mismo de manera que, al menos formalmente, limita las posibilidades de actuación del equipo mediador. Otra cosa serán los protocolos internos que en la práctica adopten los diferentes equipos de los Juzgados de menores o aquellos externos. La mediación, ante todo, es un procedimiento flexible y que ha de adecuarse a las partes y al conflicto que se deba mediar. Estandarizar de una forma exhaustiva un proceso de mediación considero que no hace sino limitar o incluso eliminar una de sus mayores virtudes como es la flexibilidad de actuar, muy al contrario que lo que ofrece un proceso penal ordinario.

De las prescripciones de la ley se me antojan varias dudas, como por ejemplo ¿es necesario llamar siempre a la víctima en primer lugar?; ¿o sólo en los casos en los que se entienda así conveniente?; ¿no hay una entrevista personal sólo con el menor infractor?; ¿a éste se le hace una propuesta cerrada una vez se ha hablado con la víctima? Es probable que en determinadas mediaciones, para evitar la doble victimización de la víctima sea conveniente hablar con la víctima en primer lugar...en otras es posible que lo conveniente sea justamente el contrario. Se me ocurre también que tal vez el planteamiento de hacer una propuesta cerrada al menor sobre los extremos de la reparación pueda limitar el *iter* de la mediación, en otras cierre por completo la puerta para un eventual diálogo y por el contrario en otros supuestos habrá causas que hagan que el mediador deba ser más directivo y hacerlo de esta manera. Son estas preguntas, entre otras, que se pueden plantear a la que creo es la crítica más importante que se puede hacer al precepto en relación a la forma de realizar el proceso de mediación, su excesiva rigidez independientemente, como digo, de que en la práctica de los diferentes Juzgados de Menores dependiendo de los protocolos que se adopten tal vez la rigidez no sea tan clara.

d) El equipo de mediación

Texto En principio, será el equipo técnico quien realice las labores de mediación en el ámbito de la justicia penal de menores. Así lo dice expresamente el art. 19. 3 LORPM, sin embargo a mi entender el art. 5 RPM hace que esto no quede tan claro siendo que las funciones que desarrolla pueden ser compatibles con que sea un equipo de mediación independiente al equipo técnico quien realice las labores de mediación cumpliéndose, no obstante, todas las exigencias que establece el Reglamento que desarrolla la LORPM⁹⁸. Las ventajas de una interpretación flexible de la norma son muchas y de enorme calado.

Para comprenderlas tal vez sea necesario hacer una primera aproximación sucinta a la figura del mediador y volver nuevamente a los principios del proceso de mediación que antes se han expuesto. La figura del mediador es la que pone la característica más importante al instrumento

⁹⁸ Consideran que es el equipo técnico quien debe realizar las labores de mediación por imperativo legal BELLOSO MARTÍN, *CEFD*, 2010, p. 9 y s; SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 163.

de la mediación como método de resolución de conflicto. Su lenguaje⁹⁹, su situación entre las partes siempre equidistante pero volcándose plenamente con ambas, su forma de ayudar a resolver el conflicto existente entre las partes, será decisivo a la hora de conseguir el objetivo buscado por las partes. Es éste tercero mediador quien les ayudará a resolver su conflicto. El mediador triangula la controversia relanzando la posibilidad de salir de una situación en la cual ningún cambio puede ser propuesto de dentro porque la comunicación está bloqueada¹⁰⁰. El papel del mediador es, por tanto, fundamental ya que será quien, con unas técnicas concretas y regido por unos concretos principios será puente de ayuda a las partes para resolver su conflicto¹⁰¹.

Por otro lado, como ya se dijo anteriormente en toda mediación es necesario que se respeten unos determinados principios. Sin ellos podría llegarse a un acuerdo que finalizara el conflicto pero, o no se podría llamar "mediación" a la forma de intervención, o la resolución podría estar viciada, por lo que no se podría confiar en que el conflicto estuviese realmente solucionado, pudiendo ser que el propio proceso fuese germen para un futuro conflicto. Es labor del mediador asegurarse antes y durante el proceso que estos principios se respetan. Se dijo también que los principios de la mediación son la voluntariedad, confidencialidad, objetividad, comunicación y diálogo, privacidad, libertad, seguridad y sinceridad. Y por otro lado según el artículo 27 LORPM nos encontramos con que el equipo técnico depende funcionalmente del Ministerio Fiscal. El equipo técnico es al mismo tiempo quien propone la intervención socio-educativa sobre el menor y quien si lo considera conveniente propondrá la actividad conciliadora y reparadora del art. 19 con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. Por último además, en su informe, podrá proponer la conveniencia de la continuación de la tramitación del expediente o no.

Conocidos, por tanto, los principios que rigen la mediación y las funciones del equipo técnico cabe preguntarse: ¿Es posible que el equipo técnico con sus funciones concretas otorgadas por la LORPM cumpla las labores de mediación conforme a estos principios? ¿Cuál es la posibilidad alternativa?¹⁰²

En mi opinión considero que siendo las funciones del equipo técnico las que son y siendo éste dependiente del Ministerio Fiscal, algunos de los principios de la mediación mencionados

⁹⁹ BRUNELLI, *Dignitas*, 2003, pp. 67 y s., diferenciando el lenguaje del juez del lenguaje del mediador. Así, mientras el juez es aquél que "dice el derecho", decide y tiene la última palabra sobre la base de la ley, el lenguaje del mediador, en vez, no juzga sino que es aquél que surge de situarse entre las partes.

¹⁰⁰ MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale*, 2004, 42.

¹⁰¹ Una expresión parecida utiliza LENZI, «Poetica della mediazione», en FODDAI (coord.), *Lo spazio della mediazione*, 2003, p. 48, quien considera que con su ayuda se puede construir un puente o hacer un camino, un paseo que antes no existía.

¹⁰² Los apuntes que se hacen ahora son referidos prácticamente en su totalidad a las complicaciones que surgen con el hecho de que sea el equipo técnico el órgano mediador en el Juzgado de menores en la fase de instrucción. Esto no significa que las soluciones que se plantean posteriormente no sean adecuadas para la opción del art. 51.3 LORPM donde se recoge la mediación después de la sentencia.

quedarán importantemente afectados¹⁰³. Así, la confidencialidad, la objetividad, la privacidad, la libertad y especialmente la seguridad pueden verse mermados por encontrarse las funciones del Equipo técnico, sino en choque frontal, sí en una situación complicada con respecto a los principios y exigencias que se requieren de la figura del mediador. Difícilmente se puede garantizar la confidencialidad de la mediación si dependiendo de cómo se desarrolle ésta pueda tener influencia en una posterior toma de decisión del equipo técnico. No ya en el propio proceso penal si no en el ámbito estricto de actuación del Equipo técnico, por ejemplo a la hora de proponer una medida y no otra. Igualmente puede resultar complicado que el menor implicado en un expediente de reforma cuente libremente cuestiones necesarias para que se resuelva el conflicto existente entre las partes, si éstas le pueden repercutir negativamente. Y a la inversa, puede ser que un menor asuma determinadas responsabilidades que no le corresponden para terminar “más rápido” con un asunto que si dedicase sus esfuerzos y energías en defender su inocencia.

Por otro lado hay que tener en cuenta que la Recomendación (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en materia penal, ofrece una serie de pautas a tener en cuenta en la aplicación de los procedimientos de mediación penal. Los principales son: consentimiento de las partes, confidencialidad de las conversaciones que ocurren durante el proceso, garantías legales y asistenciales de las partes, voluntad de las partes, que el mediador sea neutral y esté formado en mediación y que el resultado de la mediación no sea usado como indicio o testimonio de culpa.

Es así que puede ser que incluso el propio requisito de la formación en mediación no quede cumplido porque no todos los miembros del equipo técnico tienen porqué tener formación en mediación y evidentemente, al hilo de lo que se expresaba antes, la independencia funcional para que garantice la no utilización de la información desvelada durante el proceso de mediación para otros fines¹⁰⁴, queda cuanto menos formalmente mermada.

Pongamos un ejemplo. Se plantea el supuesto de un menor en cuyo caso el equipo técnico considera conveniente, conforme al art. 27, que se derive a mediación. Por tanto según este artículo propone al Ministerio Fiscal el inicio de los trámites para ello y tal y como prevé la ley no elaborará el informe socio-psicológico correspondiente. Después de las dos sesiones individuales con el menor y la víctima respectivamente y estando todos de acuerdo comienza la mediación. Sin embargo, finalmente ésta no termina positivamente porque el menor infractor decide no hacerlo en el último momento¹⁰⁵. En la sesión individual (y en su caso también en la conjunta) el menor ha podido contar una serie de hechos o incluso ha podido mencionar a terceras personas... es decir, ha podido transmitir a un “tercero imparcial” dependiente del Ministerio Fiscal que

¹⁰³ Sobre la vinculación funcional del equipo técnico ver: PERIS RIERA, «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la LO 5/2000», *La Ley*, (2), 2001, pp. 1649-1653.

¹⁰⁴ En ningún caso queriendo desconfiar de la profesionalidad de todas las personas que trabajan en la justicia de menores.

¹⁰⁵ Tal y como se expresa la LORPM en su art. 19 quedara excluido el supuesto en el que la conciliación o reparación “no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor”.

posteriormente va a emitir, porque así lo dice la ley, un informe sobre él proponiendo una medida, una serie de información y puede ser que no todas relacionadas con él. En esta situación, me pregunto ¿queda íntegra la imparcialidad, la confidencialidad y la seguridad del menor? A mi entender en absoluto.

De este modo algunas Comunidades Autónomas, las menos, han considerado adecuado el armonizar la prestación de este servicio de mediación en los Juzgados de Menores con las exigencias de la LORPM. Que sirvan como ejemplo las experiencias de la Comunidad de Madrid a través de la Agencia para la Reinserción y Reeducación del Menor, o de Córdoba de la mano de la Asociación Pro-derechos Humanos de Andalucía. En relación a la experiencia de Madrid, es el Real Decreto 147/2004 de 16 de diciembre el que crea la agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor. Entre las competencias de esta agencia se presenta en el punto i) la de promover la realización de las reparaciones extrajudiciales solicitadas por la Fiscalía de menores, así como el desarrollo de las competencias de mediación entre víctima e infractor, dando cuenta a la fiscalía de menores. Por su parte, en Córdoba es la Asociación Pro Derecho Humanos de Andalucía quien, junto a la delegación provincial de asuntos sociales y la Fiscalía de menores de Córdoba, en el año 2003 comienza a ejercer las funciones de equipo mediador. La forma de funcionamiento es sencilla y consiste en la dación de aquellos expedientes de reforma que la Fiscalía considera aptos para mediación al equipo mediador. En ese momento el equipo de mediación comienza con su protocolo interno de actuación.

Ya que en este trabajo se ha tratado de describir los modelos de *diversion* Alemán e Italiano y se han tomado además algunos aspectos interesantes de éstos, también en esta cuestión es interesante poner de relieve que en ambos países la realización de las labores de mediación son llevadas a cabo por instituciones públicas pero desvinculadas en todo caso de las personas u otros entes participantes directamente de funciones del juzgado de menores¹⁰⁶. Un ejemplo muy interesante de coordinación entre diferentes instituciones públicas y privadas es el proyecto "Graffiti" o "ProGraM" que se lleva a cabo en la ciudad alemana de Múnich desde el año 2001 y donde forman parte la Asociación Brücke e.V. (Asociación estatal a favor de los "delincuentes"), la Fiscalía de Múnich I, de la ciudad de Múnich, la jefatura de policía de Múnich, la oficina de la policía estatal, la oficina de la ciudad para los jóvenes, la DB Regio AG (Empresa de trenes alemana) y la empresa municipal de servicios públicos. La respuesta fue una coordinación entre todas estas instituciones para una rápida solución del asunto para el menor evitando la estigmatización y planteando formas de reparación responsabilizadoras rápidas en actividades para el servicio público. Se encontraron ante supuestos de menores y jóvenes "grafiteros" que a través de un delito de daños a bienes colectivos tenían que pagar sumas de responsabilidad civil desorbitadas para ellos y que generaban fenómenos de criminalidad en espiral¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sobre el modelo alemán DÜNKEL, en PICCOTTI (Coord.), *La mediazione nel sistema penal minorile*, 1998, p. 124 exponiendo como en algunos Länder son asociaciones y en otros entidades estatales quienes gestionan los servicios.

¹⁰⁷ Sobre todo este proyecto HÖFFLER, *Graffiti- Prävention durch Wiedergutmachung*, 2008, especialmente pp. 56-91.

Para poner fin a esta situación esta Asociación gestiona este tipo de reparaciones en las que participan un gran número de entidades.

Por todo lo expuesto anteriormente concluyo con la necesidad de re-pensar si la institución del equipo técnico está en condiciones de poder ejercitar las labores de mediación. En mi opinión, como ya he manifestado, no lo está y por tanto se plantean varias alternativas a tener en cuenta y que podrían ser asumidas por los Juzgados de Menores sin necesidad de una reforma de la LORPM en tanto en cuanto ésta no es clara y no aclara esta obligatoriedad. La primera es que, como he expuesto más arriba, sean equipos de mediación independientes del Juzgado quienes lleven a cabo tareas de mediación como ya se hace en algunas CCAA. Y la segunda sería que fuesen sólo una o dos las personas del equipo técnico, dependiendo de las posibilidades, quienes se ocuparan de llevar a cabo solo y exclusivamente las labores de mediación sin hacer posteriormente un informe el cual harían otros miembros del equipo. Con la segunda de las opciones, que no me parece descabellada, creo que, en parte, se mitigarían las evidentes incompatibilidades que se han hecho evidentes en este trabajo en las labores de mediación por parte del equipo técnico. Los principios de la mediación y el rol del mediador quedarían a salvo de ser infringidos y la dependencia con el Ministerio Fiscal, siendo que no serían quienes luego propondrían la medida, en parte también quedaría resuelta.

Sin embargo, en todo caso optaría como preferible la derivación de los asuntos susceptibles a mediación a un equipo de mediadores independientes totalmente del Juzgado de menores. Las ventajas me parecen significativas desde el punto de vista del concepto de mediación como forma de resolución alternativa de conflictos, desde la formación exhaustiva que éstos puedan tener en la materia, como desde la perspectiva de la integración de otros agentes, en este caso sociales, dentro del proceso penal de menores.

e) El acuerdo de mediación

Texto La característica fundamental de un acuerdo de mediación en relación con las resoluciones judiciales es el gran abanico de posibilidades que ofrece el primero a diferencia de la resolución judicial. La flexibilidad del acuerdo es lo que caracteriza a la mediación respecto a la responsabilidad formal derivada del delito¹⁰⁸. Un acuerdo de mediación siempre que respete el principio básico de dignidad de las personas, el libre desarrollo de la personalidad del infractor, sea proporcional a la gravedad del hecho cometido y todas las partes estén de acuerdo con su contenido es perfectamente válido¹⁰⁹. De hecho, lo interesante del acuerdo y especialmente lo es en el contexto de justicia de menores es que éste, la solución, a diferencia de los procedimientos judiciales, nace del diálogo y de la “negociación” entre las partes¹¹⁰, lo que da lugar en última instancia a la asunción de responsabilidades más adecuadas y asequibles para el menor y en gran

¹⁰⁸ CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 6.

¹⁰⁹ En el mismo sentido CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 9, dice que por supuesto el acuerdo de conciliación y reparación deberá respetar en todo caso el límite máximo de la proporcionalidad con la gravedad del delito cometido, al igual que deberá respetar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor infractor.

¹¹⁰ LÓPEZ LÓPEZ, *La ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación*, 2007, p. 169.

medida más satisfactorias para la víctima. Por tanto, el acuerdo de mediación habrá de disponer de cualquier tipo de contenido siempre que éste, primero: respete los derechos de las partes, y segundo: haya sido acordado por ambas partes¹¹¹.

Otra cuestión es qué contenido tiene que tener el acuerdo de mediación para que tenga consideración en la LORPM. El art. 19 dice que “se entenderá por producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y ésta acepte sus disculpas”. En la LORPM la EM no exige como requisito las disculpas del menor en un proceso de mediación pero sí lo exige el art. 19.2 lo que, a mi entender es incompatible con una concepción del derecho alejada de pretensiones moralizantes¹¹². Estoy con SCARDACCIONE¹¹³, en que la mediación presenta a la víctima varias opciones de resarcimiento material o simbólico y que la satisfacción vendrá correlacionada con la tipología del delito y la entidad del daño sufrido. Es por ello que no conviene limitar ningún tipo de requisito a la hora de decir qué contenido habrá de tener el acuerdo de mediación. También se requiere la reparación o un compromiso de reparación por parte del autor y se desprende de la ley que sea necesario un reconocimiento del daño causado que no puede aceptarse que se confunda con el reconocimiento de hechos. Por el tenor literal de la ley puede parecer que el reconocimiento del daño se refiera a los hechos penales que se le imputan en sentido estricto¹¹⁴. Sin embargo, entiendo que la ley quiere hacer referencia a la verdad material que surja del proceso de mediación y no a la verdad judicial o procesal, lo cual podría vulnerar el principio de presunción de inocencia del menor. De no ser así, se ha de advertir que con esta previsión existe el riesgo de que el menor, ante la amenaza de continuación del proceso penal, renuncie a defender su inocencia y participe en la solución informal del caso con el objeto de beneficiarse del sobreseimiento del expediente por parte del Fiscal¹¹⁵.

¹¹¹ Por supuesto que también se podrá entrar en cuestiones relativas a la responsabilidad civil ya que la ley no se pronuncia al respecto y entendiendo que si el legislador ha querido en el proceso penal de menores que las cuestiones penales y civiles se aborden en un mismo procedimiento no veo desde un punto de vista procesal (tampoco desde la mirada de la mediación) razón alguna para limitar el acuerdo de mediación en lo relativo a la responsabilidad civil. En contra, aunque sin argumentarlo, excluye la responsabilidad civil del acuerdo de conciliación y/o reparación SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 170.

¹¹² En el mismo sentido CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 5. Por el contrario GONZÁLEZ CANO, *Tribunales de Justicia*, 2000, p. 7, p. 837, dice que la petición de disculpas y su aceptación son presupuesto para la viabilidad de la conciliación. Considera que es una manifestación externa de la viabilidad del intento de responsabilización del menor.

¹¹³ SCARDACCIONE, «La mediazione penale: ipotesi per una valutazione delle esperienze attualmente in corso», *Rass. It. Crim.*, (1), 2001, 157.

¹¹⁴ Así lo cree CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 9, quien dice que el riesgo de que se produzcan irregularidades tan graves exige, en primer lugar, un escrupuloso proceso de verificación de los hechos admitidos por el menor, de manera que la existencia de contradicciones y la falta de seguridad acerca de su comisión por el menor cierren la posibilidad de iniciar la mediación, sin que ello impida admitirla cuando la declaración del infractor y la víctima coincidan sólo parcialmente. En este sentido, también GONZÁLEZ CANO, *Tribunales de Justicia*, 2000, p. 7, p. 834.

¹¹⁵ CRUZ MÁRQUEZ, *RECP*, 2005, p. 8.

Cuando en el Derecho Penal de adultos se habla de mediación, se hace referencia a la mediación en el conflicto que surge de los “hechos subjetivos”, no en el delito o dicho de otro modo, en el “hecho jurídico”¹¹⁶. Así MANNOZZI¹¹⁷ diferencia la posibilidad de mediar en un delito, mediar en un hecho y mediar en un conflicto y con esto determinaremos qué se va a mediar en el marco de un procedimiento penal. En cuanto a la posibilidad de mediar un delito advierte el autor la imposibilidad de mediar el “delito”, esto es: nunca se podrá negociar el contenido del precepto penal. Lo que está en discusión en la mediación no es obviamente la definición penal del conflicto, que es dada por el ordenamiento y que debe ser reconocida por las partes¹¹⁸. Si no fuese de esta manera, parece que la mediación penal perdería la legitimación por su propio nombre, porque si la mediación tiene el calificativo de penal es porque se mueve, al menos en un primer momento, a través de la lente de la norma penal infringida.

Al igual que este autor, considero que tampoco se puede decir que en lo que se media es en el hecho. Y lo entiendo así porque las partes involucradas en un conflicto, normalmente, están en desacuerdo no sobre la existencia de un hecho (que puede ser o no calificado como delito) sino sobre el significado del hecho. En la mediación la reconstrucción de las percepciones y de los sentimientos se da en una clave totalmente subjetiva. En mi opinión es importante que esta interpretación se mantenga en el Derecho de menores para preservar garantías fundamentales del proceso. En el proceso de mediación lo que se va a mediar es el conflicto surgido por el hecho delictivo.

Por todo lo anterior considero que resulta sin duda inadecuado el reconocimiento de hechos que considero que, en principio, la ley no exige¹¹⁹. Sin embargo por como se prevea en el protocolo y forma de actuación del equipo técnico para la realización de la mediación según el art. 5 y art. 27 se pueda entender así. Por tanto con lo que habrá que tener cuidado, más bien, es con cómo se realicen las derivaciones y como planteen el proceso de mediación los equipos mediadores.

3.2.2. El proceso de mediación tras la sentencia

Texto Anteriormente hicimos referencia a cómo si bien no en virtud del principio de oportunidad sino por una concreta estrategia político criminal de desinstitucionalización del menor en determinados supuestos el legislador incluye la posibilidad de “dejar sin efecto la medida”¹²⁰ por conciliación entre menor y víctima.

¹¹⁶En este sentido BOUCHARD, *Il coraggio di mediare*, 2001, p. 252; MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale*, 2004, p. 41 y s.

¹¹⁷ MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale*, 2004, p. 39.

¹¹⁸ MANNOZZI, *Mediazione e diritto penale*, 2004, p. y ss.

¹¹⁹ Al contrario SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p.168 quien entiende que lo que el menor va hacer es un “reconocimiento de hechos explícito”.

¹²⁰ Entiendo que con la expresión “dejar sin efecto la medida” el legislador se refiere a la posibilidad tanto de suspender como la de sustituir la medida. De igual modo SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 172.

Será el Juez de menores el competente para dejar en su caso sin efecto la medida impuesta al menor. La propuesta para dejar sin efecto la misma deberá venir o del Ministerio Fiscal o del abogado del menor.

En cuanto a los presupuestos a los que se refiere el art. 51.3 LORPM parece sean más amplios que los exigidos y examinados por el art. 19 ya que no hace referencia a ningún límite expreso. Por tanto, soy de la opinión de entender que el legislador amplía el ámbito de aplicación de la conciliación respecto de lo establecido en el art. 19 LORPM¹²¹. Nuevamente en esta sede el legislador habla de conciliación cuando quiere decir mediación, pero no hace referencia a la reparación y esto no me parece sea un mero olvido. Independientemente de las críticas que se han hecho anteriormente a la rígida, como equivocada, definición de los conceptos conciliación y reparación, lo que está claro es que el legislador atiende a las mismas y es por ello que no me parece casual que en la previsión de sustitución de medidas por conciliación entre menor y víctima se excluya la reparación cuyo contenido, según el art. 19 LORPM es: “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.” El legislador ha querido, después de la sentencia y la imposición de una medida que para la sustitución de la misma solo sea necesaria y/o posible una conciliación y no una reparación¹²².

4. Conclusiones

Texto En mi opinión, corresponde desde todos los puntos de vista alabar la introducción de las figuras de la mediación, conciliación y reparación de manera clara en la LORPM. Otra cosa es la buena o mala fortuna de su concreta previsión y la restricción que para determinados supuestos ha establecido el legislador.

Las críticas que he tratado de desarrollar en este trabajo y las eventuales propuestas para optimizar su recurso se pueden concretar en las siguientes:

1ª Se critica la vinculación necesaria de los procesos de resolución extrajudicial del conflicto en el ámbito del Derecho de menores con el archivo del expediente. Se propone la posibilidad de llevarse a cabo un proceso de mediación por conveniencia del asunto y que este no se archive pudiéndose utilizar el acuerdo de mediación en otros momentos procesales oportunos. De esta manera las limitaciones del art. 19 no impedirían la derivación de un asunto a un proceso de mediación, conciliación o reparación sino sólo al sobreseimiento o archivo en ese momento procesal.

¹²¹ Así también SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 171.

¹²² En este sentido también SANZ HERMIDA, en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, 2010, p. 171.

2ª Se evidencian los peligros de que los procesos de resolución alternativa de conflictos en el ámbito de menores se lleven a cabo por el equipo técnico del Juzgado de menores. Se plantea la necesidad de crear equipos de mediación independientes en los Juzgados de Menores o, en su caso, otorgar las funciones de mediación a algunos de los miembros del equipo técnico en exclusiva de manera que se podrían evitar incompatibilidad con el ejercicio de la función mediadora.

3ª Se desarrolla el motivo de la necesidad de interpretar las exigencias del contenido del acuerdo expuestas en el art. 19 en términos no moralizantes, no exigiéndose por tanto el reconocimiento de hechos.

4ª Se critica la rigidez con la que se recoge el proceso de mediación en el proceso de menores y se aboga por una interpretación flexible del mismo atendiendo a las circunstancias y necesidades de cada caso concreto.

Me interesa terminar con la idea de que si bien no queda claro hasta qué punto el legislador ha creído en la Justicia Restaurativa, y en concreto en la mediación, como instrumento para la justicia juvenil, sí que todavía considero que estamos en un momento de optimizar este recurso y comprobar, realmente, si el mismo es válido o no dentro del ámbito del proceso penal de menores. Desde un punto de vista teórico considero que su encaje es indudable por todos los argumentos que en este trabajo se han ido plasmando, pero es preciso adoptar los medios adecuados y creer realmente en esta alternativa. En este sentido, la propuesta más clara que se ha hecho en este trabajo es la de desvincular la derivación de un asunto a mediación de los criterios que la ley establece para desistir del expediente por parte del Ministerio Fiscal. En la convicción de que son dos instituciones diferentes que no van de la mano, apuesto por romper con la inercia de vincularlas definitivamente optimizando de esta forma el recurso de la mediación como forma de resolución de conflictos que se adapta razonablemente a la justicia de menores. Es posible llevar a cabo un proceso de mediación por conveniencia del asunto y que éste no se archive, pudiéndose utilizar el acuerdo de mediación en otros momentos procesales oportunos. Igualmente quisiera volver a incidir en la importancia de los letrados como actores activos para la iniciación de procesos de mediación y gestores *a posteriori* de las consecuencias jurídicas que el acuerdo de mediación pudiera tener en el menor, ya sea para una posible suspensión, aplicación de una atenuante analógica, conformidad con el escrito de alegaciones...

Para terminar, quisiera concluir con la reflexión de que si bien el legislador no ha optado por una justicia realmente alternativa de respuesta al delito para los menores en relación con la de adultos (más bien al contrario) y a pesar de las claras tendencias en el endurecimiento de la LORPM, no podemos perder de vista la necesidad de adecuar siempre estas respuestas en atención a lo que son las personas a las que va dirigida: niños y jóvenes. Y en este sentido considero además que en lugar de tratar de resolver los conflictos en el marco penal de la justicia de menores, sería conveniente devolverlos a la comunidad misma, promoviendo un conjunto integral de acciones educativo-comunitarias¹²³ extrayendo por completo al menor del aparato penal.

¹²³ SARRADO SOLDEVILLA, *Edu. Soc.*, (8), 1998, p. 112.

5. Bibliografía

AA.VV. (1999), *La mediazione penale in ambito minorile: applicazioni e prospettive. Atti del Seminario di Studi a cura dell'Ufficio centrale Giustizia minorile*, FrancoAngeli, Milano.

Fernando ÁLVAREZ RAMOS (2011), «Análisis socioeducativo de los procesos de mediación en la Ley de Responsabilidad Penal de Menores», *Zerbitzuan*, (39), pp. 19-28.

M^a Teresa ARMENTA DEU (2006), «El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas», *Poder Judicial*, (41-42), pp. 53-86.

Nuria BELLOSO MARTIN (2010), «El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia», *Cuadrenos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (20), pp. 1-20.

Marco BOUCHARD (1999), «La galaxia delle tutele», *Questione di Giustizia*, (4), pp. 675-695.

-EL MISMO (2002), «Sicurezza urbana, vittime, mediazione e riparazione», en SCAPARRA (coord.), *Il coraggio di mediare*, Milano.

Federica BRUNELLI (2003), «La parola in mediazione», *Dignitas*, (3), pp. 67 y s.

Soraya CALLEJO CARRIÓN (2005), «El principio de oportunidad en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, (5), pp. 1203-1217.

Raquel CASTILLEJO MANZANARES (2011), «La mediación en el proceso de menores», *Revista de Derecho Penal*, (32), pp. 9-28.

Adolfo CERETI (1996), *Come pensa il Tribunale per i Minorenni. Una ricerca sul giudicato penale a Milano dal 1934 al 1990*, FrancoAngeli, Milano.

Andrea CERETTI/Francesco DI CIO/Grazia MANNOZZI (2001), «Giustizia riparativa e mediazione penale: Esperienze.», en SCAPARRO (eds.), *Il coraggio di mediare: Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, Milano, pp. 307-354.

Cándido CONDE PUMPIDO (1989), «El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del Proceso Penal Español», en AAVV, *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Penal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 287-308.

Beatriz CRUZ MARQUEZ (2005), «La mediación en la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: conciliación y reparación del daño», *RECP*, (7), pp. 1-34.

Jaume DEL CAMPO SORRIBAS/Ruth VILÀ BAÑOS/Jaume MARTÍN BARBERAN/María Rosa VINUESA CASAS (2006), «La mediación con jóvenes inmigrantes en el ámbito de la justicia penal juvenil: un

enfoque educativo», *RIE*, (24-1), pp. 35-50.

Javier DELGADO BARRIO (1989), «El principio de oportunidad en el Proceso Penal: aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados», en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, II Congreso de Derecho Penal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 309-319.

Francesco DI CIO (2004), «Mediazione penale: strumenti nuovi con una mentalità antica?», *Dignitas*, (6), pp. 62-69.

Xavier ETXEBARRIA ZARRABEITIA (2001), «Algunos aspectos de Derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores y de su reforma en materia de terrorismo», *ICADE*, (53), pp. 77-120.

Paz FRANCÉS LECUMBERRI/Eduardo SANTOS ITOIZ (2010), «La mediación penal, ¿un modelo de Justicia Restaurativa en el sistema de justicia penal?», *Nuevo foro penal*, (75), pp. 53-93.

Pablo GALAIN PALERMO (2005), «¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? especial consideración a la posición de Claus Roxin», *REDUR*, (3), pp. 183-220 (http://www.google.es/search?hl=es&rlz=1W1GGLL_es&&sa=X&ei=js0qTZHeJYqb8QOf1WjAg&ved=0CBYQBSgA&q=%C2%BFLA+REPARACI%C3%93N+DEL+DA%C3%91O+COMO+TERCERA+VIA+PUNITIVA%3F+GALAIN+PALERMO&spell=1)

Francisco Manuel GARCÍA INGELMO (2000), «El fiscal y el principio de oportunidad en la ley 5/2000», en AA.VV., *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI, pp. 423-458.

Antonio GARCÍA PABLOS DE MOLINA (2007), *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia.

Octavio GARCÍA PÉREZ (2011), «La mediación en el sistema español de justicia penal de menores», *Rev. Crim.*, (53-2), pp. 73-98.

José Vicente GIMENO SENDRA (1986), «Los procedimientos penales simplificados», *Poder Judicial*, núm. Esp II: Justicia penal, pp. 31-52.

Roberto GIMENO VIDAL (1998), «La mediación en el ámbito penal juvenil», *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, (8), pp. 29-35.

Glauco GIOSTRA (2009), *Il processo penale minorile*, Giuffrè, Milano.

María Isabel GONZÁLEZ CANO (2000), «Nuevas manifestaciones del principio de oportunidad en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los menores», *Tribunales de Justicia*, (7), pp. 827-844.

Luis GORDILLO SANTANA (2006), «Los principios constitucionales y las garantías penales en el

marco del proceso de mediación penal», *REDUR*, (4), pp. 88-124.

Luis GORDILLO SANTANA (2007), *La Justicia Restaurativa y la mediación penal*, Iustel, Madrid.

Volker GRUNDIES (2004), «Verfahrenseinstellungen nach §§ 45, 47 Jugendgerichtsgesetz. Basisdaten und Analysen der Freiburger Kohortenstudie», *Arbeitsberichte 1/2004*, Max-Planck-Gesellschaft.

Javier HERNÁNDEZ GARCÍA/José Pascual ORTUÑO MUÑOZ (2007), «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Documentos de trabajos*, (11), pp. 1-96.

Elena HIGHTON /Gladys ALVAREZ /Carlos GREGORIO (1998), *La resolución alternativa de conflictos y Sistema penal. La mediación penal y los sistemas de víctima-victimario*, Ed Ad-Hoc, Buenos Aires.

Katrin HÖFFLER (2008), *Graffiti- Prävention durch Wiedergutmachung. Implementation und Evaluation eines Münchner Modellprojektes*, Lit Verlag Dr. Wopf Berlin.

Carmen LAMARCA PÉREZ (1997), «Una alternativa a la solución judicial de los conflictos: la mediación penal», en ORTS BERENGUER (ed.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José Ramón Casabo Ruiz*, Vol. 2, pp. 138-141.

Gerardo LANDROVE DÍAZ (2001), *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Pablo LANZAROTE MARTÍNEZ (1996), «La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva», *Revista del Ministerio Fiscal*, (3), pp. 167-197.

Elena LARRAURI (1991), *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI de España Editores, Madrid.

Silvia LARIZZA (1998), «Profili sostanziali Della sospensione del processo minorile nella prospettiva delle mediazione penale», en PICOTTI (ed), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, CEDAM, pp. 97-111.

Leonardo LENZI (2003), «Poetica della mediazione», en FODDAI (coord.), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Dott. A. Giuffrè, Milano, pp. 43-60.

Alberto Manuel LÓPEZ LÓPEZ (2007), *La ley Penal del Menor y el Reglamento para su aplicación. Comentarios, concordancias y jurisprudencia*, Comares, Granada.

Silvio LUGNANO (2003), *La mediazione penale*, L'orientale editrice, Napoli.

Consuelo MADRIGAL MARTINEZ-PEREDA (2009), «Responsabilidad penal de los menores» en: *Cuadernos de la Guardia Civil, RSP*, pp. 61-94.

Grazia MANNOZZI (2003), *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano.

Grazia MANNOZZI (2004), «La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme», en MANNOZZI (coord.), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Univ.Insubria-Fac. di giurisprudenza, Giuffrè, Milano.

José Luis MANZANARES SAMANIEGO (2007), *Mediación, reparación y conciliación en derecho penal*, Comares, Granada.

Álvaro Enrique MÁRQUEZ CADENAS (2008), «La conciliación como mecanismo de justicia restaurativa», *Prolegómenos. Derechos y valores de la facultad de Derecho*, (11-22), pp. 57-54.

Claudia MAZZUCCATO (1998), «La mediazione nel sistema penale minorile», en AA.VV., *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, Franco Angeli, Milano, pp. 117-152.

Tomás MONTERO HERNANZ (2011), «La justicia Restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *La Ley*, (7655).

José MUÑOZ OYA (2010), «La mediación en el Proceso penal de menores» en BENÍTEZ ORTÚZAR/ CRUZ BLANCA (dirs.), *El derecho penal de menores a debate. I Congreso Nacional sobre Justicia Penal Juvenil*, Universidad de Jaén, Dykinson, pp. 185-214.

Anna NOGUERAS (2001), «La mediación en el ámbito penal juvenil: educar en la convivencia», *Educación social: Revista de intervención socioeducativa*, (18), ejemplar dedicado a: La nueva ley penal del menor y la intervención socioeducativa, pp. 48-59.

Maria Rosario ORNOSA FERNÁNDEZ (2001), *Derecho Penal de menores*, Bosch, Barcelona.

Juan Cesáreo ORTIZ ÚRCULO (2006), «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», en AA.VV., *El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, Ed. Aranzadi, pp.115-135.

Heribert OSTENDORF (2009), «Jugendgerichts-gesetz», *Nomoskommentar*, 8ª ed., Nomos, Baden-Baden.

Vania PATANÉ (2004), «Ambiti di attuazione di una giustizia conciliativa alternativa a quella penale: la mediazione», en MESTITZ (ed.), *Mediazione penale: chi, dove, come e quando*, Carocci, Roma, pp. 19-42.

Francesco PERONI / Mitja GIALUZ (2004), *La giustizia penale consensuale, concordati, mediazione e conciliazione*, UTET.

Jaime PERIS RIERA (2001), «El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la

responsabilidad penal de los menores previsto por la LO 5/2000», *La Ley*, pp. 1649-1653.

Laura POZUELO PÉREZ (2008), «Art. 19», en DÍAZ-MAROTO/FEIJÓO SÁNCHEZ/POZUELO PÉREZ, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores*, Thomson Civitas, Madrid, pp. 273-282.

Joan QUERALT (2003), «La mediación en España y perspectivas internacionales», en REYNA ALFARO (coord.), *Victimología y Victimodogmatica. Una aproximación al estudio de la Víctima en el proceso penal*, Ara Editores, Lima, pp. 191-242.

Josep REDORTA (2004), *Como analizar los conflictos: la tipología del conflicto como herramienta de mediación*, Ed. Paidós, Barcelona.

RÍOS MARTIN/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ SEGOVIA BERNABÉ/GALLEGO DÍAZ/CABRERA/JIMÉNEZ ARBELO (2008), Servicio de Planificación y Análisis de la actividad judicial del CGPJ, www.icasal.com/pdf/.../Inf%20MedPenal%20Estatl%20CGPJ.doc

Enrique RUIZ VADILLO (1989), «El principio de oportunidad reglada», en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 387-406.

Rosa SANTIBÁÑEZ GRUBER/María Ángeles ELICEGUI GONZÁLEZ (2002), «La mediación en la justicia de menores. Primer año de la LO 5/2000. La experiencia de Bizkaia», en ECHANO BASALDÚA (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, pp. 189-218.

Ágata M^a SANZ HERMIDA (2010), «Mediación en la justicia de menores», en GONZÁLEZ CUELLAR/SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, *La mediación como método de conflictos*, Madrid, Colex, pp. 155-174.

Juan José SARRADO SOLDEVILLA (1998), «La mediación en uno de sus ámbitos de aplicación: La justicia penal juvenil catalana», *Edu. Soc.*, (8), pp. 101-126.

Gilda SCARDACCIONE (2001), «La mediazione penale: ipotesi per una valutazione delle esperienze attualmente in corso», *Rass. It. Crim.*, (1), pp. 189-218.

Gilda SCARDACCIONE/Anna BALDRY/Melania SCALI (1998), *La mediazione penale. Ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Giuffrè Editore, Milano.

Fernando SUANZES PÉREZ (2006), «La justicia restaurativa: Normativa actual en el ámbito de la jurisdicción de menores» en MORENO CATENA, *El proceso en el Siglo XXI y soluciones alternativas*, Ed. Aranzadi, Madrid. pp. 133-156.

Josep Maria TAMARIT SUMALLA (2002), «La mediación reparadora en la ley de responsabilidad

penal del menor», en TAMARIT SUMALLA/GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes: (análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 47-78.

Carlos VÁZQUEZ GONZÁLEZ (2003), *Delincuencia juvenil. Consideraciones penales y criminológicas*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, Madrid.

Michael WALTER (1993), «Täter-Opfer- Ausgleich statt Strafe», en MARKS (ed.), *Wiedergutmachung und strafrechtspraxis*, Forum Verlag, Bonn.

Gema VARONA MARTÍNEZ (1998), *La mediación reparadora*, Comares, Granada.

Eduard VINYAMATA (coord.) (2003), *Aprender del conflicto: conflictología y educación*, Graò, Barcelona.