



**Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho**

JUSTICIA RESTAURATIVA Y MEDIACIÓN PENAL EN MENORES

Trabajo fin de grado presentado por: Carme Veloso Iglesias

Titulación: Grado en Derecho

Línea de investigación: Los ADR. Mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos: mediación, arbitraje y negociación.

Director/a: Prof. Dr. Tomás Aliste Santos

Ciudad: Viedma

16 de junio de 2018

Firmado por: Carme Veloso Iglesias

CATEGORÍA TESAURUO: Derecho Procesal

Índice

ABREVIATURAS Y SIGLAS	3
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	4
I. INTRODUCCIÓN.	5
II. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA PENAL EN MENORES.....	6
II.1 Normativa internacional.....	6
II.2 Normativa española. La LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El principio de oportunidad.....	9
III. MOMENTOS EN LOS QUE SE PUEDE PRODUCIR LA MEDIACIÓN PENAL EN MENORES.....	11
III.1 Mediación preprocesal.....	12
III.2 Mediación procesal.....	13
III.3 Mediación en el proceso de ejecución de la pena.	14
IV. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL EN MENORES.....	15
IV.1 El mediador: el equipo técnico de menores.....	15
IV.2 El menor.....	17
IV.3 El estatuto de la víctima.	18
IV.4 El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores.....	19
IV.5 Otros sujetos: el letrado del menor, los padres o representantes del menor y la víctima, la comunidad.	20
V. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENAL EN MENORES.	21
V.1 Presupuestos objetivos para que se produzca la mediación.....	22
V.2 El desarrollo y eficacia procesal del procedimiento de mediación.	22
VI. CONCLUSIONES.....	24
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	26
VIII. FUENTES.....	27
VIII. 1 Normativas.....	27
VIII.2 Jurisprudenciales.	27

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ADR	Alternative Dispute Resolution.
Art.	Artículo
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal.
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LORPM los Menores.	Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
NNUU	Naciones Unidas.
VV.AA.	Varios autores.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen

En las siguientes páginas se desarrolla un análisis de la actividad mediadora en España en los supuestos en que el infractor es un menor de edad penal. De entre los diferentes mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la mediación es el que más se ha implantado en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Este éxito de la justicia restaurativa, que cada día tiene más adeptos, es debido a que suple la deshumanización que se vive en los juzgados, y la falta de celeridad en resolver los conflictos por la vía tradicional.

Como veremos, tanto la normativa europea como la estatal reconocen ampliamente este mecanismo. En nuestro ordenamiento jurídico se regulan los distintos momentos en que puede desarrollarse la actividad mediadora, los sujetos que tienen que intervenir en ella, así como la forma en que ha de llevarse a cabo. Aunque parece que esta institución está perfectamente delimitada, observaremos que no es así, y que el legislador ha dejado libertad a interpretaciones en algunos aspectos.

Abstract

In this paper I analyse the mediation in Spain when the offender is a minor. Among the different alternative dispute resolutions mechanisms, mediation is the most introduced one in legal systems all over the world. The success of the restorative justice, that each day has more adherents, is due to the fact that it supplies dehumanization in courts, as well as the lack of celerity when solving conflicts by the traditional way.

This mechanism is widely recognized both by the European and national law. Our legal system regulates the different moments when the mediation may take place, the parties who have to participate in it, and also the way in which it has to be performed. Although it seems that this institution is perfectly defined, we will notice that it is not the case, and that the Spanish law is open to different interpretations in some aspects.

Palabras clave: justicia restaurativa, LORPM, mediador, menor, Ministerio Fiscal, mediación, víctima.

Keywords: restorative justice, LORPM, mediator, minor, Public Prosecutor, mediation, victim.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo versa sobre las justicia restaurativa, y más brevemente sobre la mediación penal en menores, que se incardina en los ADR o mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, y que están en auge en los últimos años. El objeto de este trabajo es analizar la actividad mediadora que puede tener lugar cuando un menor de edad penal comete un delito, y que le permite, en el mejor de los casos, evitar acudir a los tribunales.

Nuestra sociedad a menudo califica de suave la legislación sobre la responsabilidad penal del menor, ya que la justicia de menores pretende ayudar a los adolescentes infractores a resocializarse y a encontrar su lugar en la sociedad, a través de medidas que nada tienen de sancionadoras, sino que se orientan a la educación y madurez. En muchas ocasiones los menores cometan delitos simplemente como método para llamar la atención, o para cambiar algo en el mundo que les rodea y que no les satisface, todo ello inconscientemente, pues no conocen las consecuencias penales que sus actos acarrean. En la etapa de pubertad, las personas actúan con cierta frecuencia fuera de las normas morales y sociales, porque aun han definido completamente su personalidad, pero esto no implica que no puedan cambiar. En este punto es donde radica la diferencia con la justicia de adultos. La corrección de la persona es más fácil en este momento porque su personalidad no está consolidada, y es por ello que más que medidas sancionadoras, es conveniente diseñar una respuesta adaptada y ajustada a las características del menor, en aras de prevenir la reincidencia.

Este ideal de justicia en la práctica está en crisis, debido a que los tribunales se encuentran saturados, y el objetivo final de reeducación en muchas ocasiones se ve truncado. En palabras de Taruffo, “si la justicia pública no es accesible y eficiente, ello no solo comporta una gravísima violación de las garantías constitucionales, sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables, y ya no objetos de una elección libre y discrecional de las partes”. Este es el ambiente propicio para el desarrollo de la justicia restaurativa, que ha experimentado una evolución cada vez mayor en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, que intentan buscar fórmulas para desjudicializar los casos y así aliviar los tribunales. Esto puede colisionar con el principio de exclusividad jurisdiccional que se recoge en la Constitución Española en el art. 117.3, según el que solo corresponde a los Jueces y Tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sin embargo, esto no obsta a que se promuevan otras formas alternativas de resolución de conflictos como la mediación.

Estas alternativas de justicia restaurativa se denominan también *soft law*, frente a *hard law* que se refiere a la vía tradicional de resolución de conflictos. Es frecuente encontrarse estas denominaciones ya que el origen de los ADR tiene lugar precisamente en Norteamérica. La actividad mediadora se rige por los mismos principios y se realiza de la misma manera en Estados Unidos que en España. No obstante, el contexto en que se origina difiere bastante del español. La clave está en la responsabilidad civil, en nuestro derecho se pueden acumular ambas acciones, la penal y la civil. No en cambio en el estadounidense, donde es necesario reclamar por la vía civil el resarcimiento de los daños derivados de cualquier actuación ilícita. Al hacer esta separación, el legislador americano entiende que la víctima obtendrá la reparación por la vía civil, y por lo tanto el proceso penal se articula entre dos partes, el Estado y el delincuente, negándose a la víctima la acusación particular.

A priori, esta concepción puede suscitar reproches pues no parece justa, sin embargo, otorgándole a la víctima la posibilidad de personarse, se estaría produciendo un desequilibrio entre las partes, ya que esta y el Fiscal podrían dirigirse contra una sola persona, el delincuente. Pero la idea de justicia de este

sistema, enmascara una víctima desprovista de voz en un proceso al que está obligada a someterse. Por ello, en los años 70, Estados Unidos fue el lugar de nacimiento del movimiento social en defensa de los derechos de las víctimas, que provocó reformas legales, entre ellas, la introducción de la mediación, con la que se pretende reparar íntegramente a la víctima. Por lo tanto, la mediación proviene de un contexto que poco se parece al español, y en el que, en principio, parece que no tendría sentido introducir esta institución, porque en nuestro ordenamiento jurídico la víctima dispone de las herramientas necesarias para defenderse e intervenir en el juicio penal. Conviene cuestionarse entonces por qué está visto con tan buenos ojos este mecanismo alternativo de resolución de conflictos en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo.

El principal motivo y ventaja de la mediación, que ha resultado decisivo para que esta haya sido acogida en nuestro ordenamiento jurídico, es que constituye una respuesta más ágil que la vía judicial ahorrando de este modo muchos costes. Y al mismo tiempo se ha visto como la solución al problema de la saturación de los juzgados. Un segundo factor, más populista, son los rasgos humanistas que se desprenden de la justicia restaurativa, concretados en el objetivo de restaurar al delincuente, la víctima, y la sociedad, a la situación anterior a la comisión del delito, a través de la concienciación del menor infractor que además tiene que reparar el daño causado a la víctima. Y por último, en la misma línea, la idea de que el menor no debe ser castigado, sino que el mecanismo para resolver el conflicto, y las medidas impuestas deben tener un carácter educativo y resocializador, porque el menor es un sujeto especial más vulnerable que los adultos.

Por todo lo expuesto, conviene hacer un análisis de la institución de la mediación, para comprobar sus ventajas frente al sistema clásico. Valoraremos la normativa vigente, tanto estatal como internacional; los distintos momentos procesales en los que se puede producir la mediación; los diferentes sujetos que intervienen en la actividad mediadora, tanto los que cita la ley como los que quedan fuera de mención expresa; y las cuestiones de forma sobre como ha de desarrollarse.

II. MARCO NORMATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA PENAL EN MENORES.

II.1 Normativa internacional.

En el ámbito internacional se aprecia claramente una tendencia hacia la potenciación de la mediación en general, y en particular, en el ámbito penal de menores, se orienta a buscar alternativas a la pena de privación de libertad para estos sujetos que presentan características especiales, y a la consecución de una solución a los conflictos más satisfactoria para las partes. Así, en este apartado se tratará la normativa internacional que vincula a España en materia de mediación penal juvenil. La mayoría de normas emanan principalmente de dos fuentes: las Naciones Unidas y las Instituciones Europeas.

En cuanto a las resoluciones de Naciones Unidas, el primer paso hacia el reconocimiento de formas alternativas de resolución de conflictos en menores, se produce en 1985 con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la

administración de justicia de los menores, también llamadas Reglas de Beijing¹. En primer lugar, en la regla 2.1.1, se establece que los menores son aquellos que pueden ser castigados por un delito de forma diferente a un adulto. Esta diferenciación deriva en el principio de proporcionalidad, recogido en las reglas 5 y 17, según las que la sentencia o resolución debe atender “a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”. Y en la regla 11, se establece la posibilidad de que los casos con menores infractores sean sometidos subsidiariamente a la jurisdicción penal, debiendo remitirse en primer lugar a otros organismos, quienes además tienen amplia discrecionalidad para imponer la pena más adecuada al menor.

Las Reglas de Beijing han sido el precedente directo de la Convención sobre los Derechos del Niño² en materia de justicia restaurativa en menores, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. De esta cabe destacar el art. 40, que reproduce el principio de proporcionalidad enunciado antes. Y también la importancia que se da a la reintegración en la sociedad del menor, imponiéndose que se recurrirá a procedimientos no judiciales siempre que sea apropiado y deseable. Por lo tanto, este artículo es el germen de la subsiguiente normativa internacional en materia de justicia restaurativa juvenil.

Poco después, la Asamblea General adopta las Directrices de las NNUU para la prevención de la delincuencia juvenil, o Directrices de Riad³, el 14 de diciembre de 1990. En el mismo sentido que la anterior normativa, siguiendo la directriz 58, debe existir personal capacitado para remitir los jóvenes a sistemas alternativos a la justicia penal. Y en la directriz 57 se hace mención expresa de la figura del mediador, pero como garante y supervisor de los derechos y libertades de los menores, es decir, en un sentido algo distinto al actual.

Por último, cabe destacar el informe presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en 2002⁴, sobre justicia restaurativa en el ámbito penal, y que toma como base las resoluciones 1999/26 y 2000/14 del Consejo Económico y Social. En este se incluyen los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, así como las opiniones de diferentes expertos acerca de la adopción de estos. Entre otras conclusiones, como ventaja, se considera que son “menos costosos y más eficaces que las opciones de justicia penal ordinaria”. En referencia a los principios establecidos, los Estados están a favor de un instrumento que los recoja, que sirva de pauta para la regulación de la justicia restaurativa, pero en contra de que este tenga carácter vinculante. Por lo que los Estados que deciden desarrollar normas en materia de justicia restaurativa se guían por estos principios.

Estos principios son aplicables a cualquier tipo de proceso de justicia restaurativa, incluida la de menores, y en cualquier punto del litigio, incluso después de emitida la sentencia, con lo que se pretende la aplicación de estas prácticas en una extensa variedad de casos. Sin embargo, algunos sistemas jurídicos consideran que no es posible la justicia restaurativa en algunas etapas del proceso judicial prohibiéndolo, pues se vería en peligro la integridad de este. El principio de igualdad

¹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas res. 40/33, de 28 de noviembre de 1985, para la administración de la justicia de menores, (Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1884 de 15 de enero de 2001).

² Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (Boletín Oficial del Estado núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

³ Directrices de las Naciones Unidas res. 45/112, de 14 de diciembre de 1990 para la prevención de la delincuencia juvenil.

⁴ Informe de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de 7 de enero de 2002, núm. E/CN.15/2002/5.

entre las partes se garantiza con la figura del “facilitador”, equivalente al mediador, quien debe facilitar de manera justa e imparcial la participación de las partes, y estar capacitado para el caso en concreto. También se abordan los principios de confidencialidad, voluntariedad y no coacción de las partes, y flexibilidad. Es decir, este documento asienta las bases internacionales para el desarrollo normativo de cualquier forma de justicia restaurativa.

En segundo lugar, respecto a la normativa europea, hay que diferenciar las resoluciones del Consejo de Europa y las de la Unión Europea. Para ambas instituciones la delincuencia juvenil siempre ha sido un problema observado, ya que atajándolo eficazmente a edades tempranas se evitan futuros delincuentes, y consecuentemente se ahorra mucho dinero a los Estados.

Históricamente, la primera recomendación del Consejo de Europa en materia de justicia restaurativa juvenil fue la Recomendación (87) 20 de 17 de septiembre⁵. En esta se introduce la “desjudicialización” de estos supuestos, remitiéndolos a mediación, y si no es posible, los juzgados ordinarios son los encargados de juzgar el caso, y siempre órganos especializados en el enjuiciamiento de menores. Un tiempo después, la Recomendación (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶, trata la mediación penal en general, y la define como todo proceso que faculta a víctima y delincuente a participar activamente en la solución de las dificultades derivadas del delito, con la ayuda de un tercero independiente. Y además, recoge los principios sobre los que se basa la mediación: voluntariedad, confidencialidad, fácil acceso en cualquier fase del procedimiento penal, y autonomía de los servicios de mediación dentro del sistema de justicia penal. Es decir, las líneas que se siguen son muy parecidas a las elaboradas por NNUU.

Otras dos recomendaciones del Comité de Ministros tratan sobre la mediación penal juvenil. La Recomendación (2003) 20⁷ aborda la idea de que los sistemas de justicia penal ordinarios no son adecuados para resolver los litigios con menores infractores, sino que se necesita una intervención que abarque distintos factores como el familiar o el escolar, y que sea rápida y eficaz. Y se reitera la idea de potenciación de las medidas alternativas de resolución de conflictos, con el fin de evitar que el menor infractor se exponga al sistema judicial penal ordinario. Y la Recomendación (2008) 11⁸, vuelve a incidir en la necesidad de estimulación del desarrollo de la “mediación y otras medidas restaurativas en todas las etapas de tratamiento con menores.”

Por otro lado, las resoluciones de la Unión Europea en la materia que nos ocupa son tardías en comparación con las enunciadas anteriormente porque todas se han dictado ya en el siglo XXI. Sin embargo, la preocupación por la justicia juvenil se aprecia desde antes con la Carta Europea de los Derechos del Niño de 8 de julio de 1992. De este instrumento es destacable la introducción de la edad mínima a partir de la que se puede exigir responsabilidad penal, que es 18 años. Y además se les facilitará a los niños que sean declarados culpables de un delito un “tratamiento adecuado” en orden a asegurar su reeducación y reinserción social.

⁵ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

⁶ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal.

⁷ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil.

⁸ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros 2008 (11), de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas.

En cuanto a las resoluciones más recientes, son de variada tipología. Cronológicamente la primera es la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea⁹, que define la mediación penal en su art. 1. e) como “la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción en la que medie una persona competente”. Y en el art. 10 alienta a los Estados a que impulsen la mediación penal. Posteriormente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 2006/C110/13¹⁰, marca tres líneas principales a seguir para combatir la delincuencia juvenil, que son, la prevención, la imposición de medidas sancionadoras educativas, y la integración y reinserción social de los menores infractores. Estas dos últimas constituyen fines de la mediación. También propone el concepto de justicia restauradora¹¹, frente al tradicional de retributiva ante juzgados y tribunales. De esta manera se hace referencia a la mediación de forma indirecta, no solo como forma para resolver conflictos, sino también como método preventivo de la delincuencia en adultos. Por último, incluir en este apartado la Resolución del Parlamento Europeo 2007/2011 (INI)¹², que se remite a los principios establecidos por la normativa internacional antes expuesta, y sostiene el interés de que cada Estado elabore su normativa contando con la participación de todos los actores de la sociedad. Y además, prevé que en todo caso se presenten penas alternativas a la de privación de libertad, por ejemplo a través de la mediación con la víctima.

II.2 Normativa española. La LO 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. El principio de oportunidad.

La normativa estatal en mediación penal de adultos, hasta hace poco¹³ se limitaba al desarrollo realizado por las Comunidades Autónomas, mientras que en la práctica sí se han venido desenvolviendo diferentes programas piloto a pesar de la situación de anomia. No obstante, la mediación penal juvenil, haciendo caso de las directrices internacionales, se regula ya en la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM)¹⁴. Y al igual que en la normativa de adultos, las Comunidades Autónomas¹⁵ también se adelantaron en la aplicación de la normativa internacional. Así, Cataluña puso en marcha en 1990 un programa de mediación y reparación en el ámbito de la justicia de menores.

⁹ Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo, núm. 2001/220/JAI.

¹⁰ Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea núm. 2006/C110/13, de 9 de mayo de 2006.

¹¹ Este concepto se define en la Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 2012/29/UE como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial”.

¹² Resolución del Parlamento Europeo 2007/2011 (INI), de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil.

¹³ El art. 21.5 CP de 1995 establece la atenuante por reparación de la víctima, y solo a partir del 1 de julio de 2015 se reconoce en el art. 84.1.1º la suspensión de la ejecución de la pena por “cumplimiento de acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”.

¹⁴ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Boletín Oficial del Estado núm. 11 de 13 de enero de 2000).

¹⁵ PRIETO LOIS (2012: 142). A pesar de la existencia de un marco común normativo a todas las Comunidades Autónomas, en la práctica existen grandes diferencias debido a que los medios disponibles para llevar a cabo las mediaciones varían mucho de unas Comunidades a otras, siendo en algunas incluso inexistentes.

La especial observancia de la delincuencia juvenil comienza con la creación en 1918 de los Tribunales para Niños, y se sigue con el mismo modelo en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. El carácter de tutelares, hace que los procesos llevados a cabo en estos Tribunales carezcan de todo tipo de garantías procesales, por crearse la conciencia de que no se estaba llevando a cabo un proceso jurisdiccional similar al de adultos, sino de protección del menor. Tras la aprobación de la Carta Magna en 1978, esta ley queda obsoleta. Sin embargo hubo que esperar a la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991¹⁶ para que se reconociesen las garantías penales a los menores recogidas en la Constitución. Gracias a esta sentencia se promulga la Ley Orgánica 4/1992 reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Esta, mezcla lo dictado por el Tribunal Constitucional y los precedentes legislativos, con lo que a veces choca su contenido. Y finalmente se dicta la actual LORPM con una nueva orientación, la reeducación y la resocialización frente a sus antecedentes basadas en la represión y sanción de los menores.

La LORPM, es la norma base en materia de mediación penal juvenil, a causa de la que surgen el resto de disposiciones en esta materia. Esta ley regula explícitamente las alternativas en justicia restaurativa en menores, al sistema de justicia penal tradicional en la Exposición de Motivos y en los arts. 19 y 51.3. En la Exposición de Motivos se establece la exigencia de responsabilidad penal a los menores, con el fin de su reeducación, y teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales. También se menciona el especial interés por la reparación del daño causado, y la conciliación del delincuente con la víctima, terminando así con el conflicto jurídico. Para ello se exige el arrepentimiento efectivo del menor, sin embargo en el art. 19 se omite este requisito. Es decir, basta con que el menor reconozca el daño causado y se disculpe con la víctima, y esta acepte las disculpas. Con esta redacción, se favorece la culminación de acuerdos extrajudiciales, ya que es probable que el menor no se encuentre arrepentido de los hechos cometidos, lo que se tratará de conseguir con las medidas acordadas.

A lo largo de la LORPM se van configurando los principios del proceso penal juvenil, entre otros, el de primacía del interés del menor, especialización, u oportunidad. Este último es de vital importancia porque permite desistir de la incoación del expediente o poner fin al proceso judicial en marcha, incluso cuando existen indicios claros de criminalidad. En los arts. 18 y 19 LORPM se delimitan los casos en que se puede aplicar este principio, por lo tanto la práctica de este es reglada. Este principio no tendría sentido sin el de legalidad, es decir, es necesario que se cometan hechos delictivos para que pueda ejercitarse la acción penal, y consiguientemente nazca la posibilidad para el menor delincuente de acogerse al principio de oportunidad, utilizando como instrumento la mediación. Además esto permite al menor sustraerse del tradicional proceso penal, haciendo efectivos los principios de intervención mínima y de desjudicialización de los casos de menores infractores.

Siguiendo la LORPM, la aplicación del principio de oportunidad es posible en cualquier fase del proceso, y más brevemente, articularlo a través de la mediación en la fase de instrucción o de ejecución de la resolución. Sin embargo, para algunos autores, solo puede haber aplicación del principio de oportunidad en la fase de instrucción, porque el objetivo de este principio es el de evitación del proceso, lo que no ocurre si se practica la mediación en medio del enjuiciamiento, o incluso durante la ejecución de las medidas resultantes del proceso judicial. De este modo, la

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 (RTC 1991\36).

mediación en el resto de fases que no sea la instrucción, bien sea antes o después de incoado el expediente, es una manifestación del principio de flexibilidad, que permite adaptarse a las circunstancias concretas del caso.

El reglamento de desarrollo de la LORPM es el Real Decreto 1774/ 2004 (en adelante el Reglamento)¹⁷, que regula más minuciosamente que la ley la mediación, y por lo tanto posee igual relevancia ya que su contenido es más detallado y aporta claridad a cómo se debe realizar la actividad mediadora.

Cabe mencionar en este apartado otras normas, que no regulan la mediación propiamente pero que le afectan. En primer lugar, la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial¹⁸, que prohíbe en el art. 87 ter apartado 5 la mediación en los supuestos de violencia de género. Esta disposición fue introducida justificándose en la desigualdad existente entre el agresor y la víctima, lo que haría inviable que el procedimiento de mediación pudiera desarrollarse correctamente¹⁹. En segundo lugar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim.)²⁰ también contiene algún precepto importante para la materia que estamos tratando, como por ejemplo el 644 relativo a la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal. En tercer lugar la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹ interesa en cuanto a la responsabilidad civil surgida de la comisión del delito, ya que esta también se puede tratar en la mediación. Por último, el Estatuto de la Víctima recoge los derechos inherentes a la víctima en justicia restaurativa, haciendo referencia expresa a la mediación. El objetivo de esta ley es que la víctima vea efectivamente reparado el daño que se le causó, y además que se minimicen los efectos traumáticos que le hubiese podido ocasionar la comisión del delito.

III. MOMENTOS EN LOS QUE SE PUEDE PRODUCIR LA MEDIACIÓN PENAL EN MENORES.

Como hemos visto, la normativa internacional es flexible en cuanto a la fase en que se puede producir la mediación. Y la normativa estatal en materia de justicia restaurativa juvenil, en concreto el art. 19 LORPM, no impone limitaciones en cuanto al momento en el que se ha de llevar a cabo. Además, el art. 51.3 LORPM, establece que se podrán sustituir las medidas impuestas por el Juez de Menores “en cualquier momento en que se produzca el acuerdo”. Por lo tanto, se deduce que la mediación se puede producir desde la comisión del delito, hasta incluso dictada la sentencia condenatoria.

¹⁷ Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio de 2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Boletín Oficial del Estado núm. 209 del 30 de agosto de 2004).

¹⁸ Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio de 1985 del Poder Judicial (Boletín Oficial del Estado núm. 157 de 2 de julio de 1985).

¹⁹ CUCARELLA GALIANA (2012: 556-557). Esta prohibición alcanza todas las fases del procedimiento penal, ya que la desigualdad entre agresor y víctima está presente en cualquier momento procesal. La ausencia de igualdad implica que falla uno de los presupuestos esenciales para que la mediación pueda desarrollarse.

²⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Boletín Oficial del Estado núm. 260 de 17 de septiembre de 1883).

²¹ Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil (Boletín Oficial del Estado núm. 7 de 8 de enero de 2000).

III.1 Mediación preprocesal.

El art. 19.2 LORPM permite la conciliación con la víctima en cualquier momento tras la comisión de los hechos delictivos, por lo tanto no es necesario que se haya producido la incoación del expediente para que se produzca la reparación. No obstante, esta solución extrajudicial supone la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque prácticamente se está renunciando a la vía judicial. Si víctima y ofensor llegan a un acuerdo, se entiende que renuncian a ir a los tribunales para solucionar el conflicto. Además, la LORPM establece que solo será posible la mediación cuando los hechos constituyan delitos menos graves o faltas. En definitiva, se pueden producir graves impunitades si la reparación se produce antes de incoado el expediente. Sin embargo, en algunos casos es necesario que un Juez valide el acuerdo alcanzado, incluso si se produjo fuera del proceso, por lo que en estos se garantiza la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, en el caso concreto de que el menor infractor se ofrezca a mediación, o esta se haya producido y se haya alcanzado un acuerdo, antes de la incoación del expediente, puede tener un efecto negativo si posteriormente se inicia la instrucción del caso, ya que el simple hecho de haberse ofrecido puede entenderse como un indicio de que el menor infractor participó en el hecho delictivo. Y aunque, como se mencionó, uno de los principios de la mediación es el de confidencialidad, el hecho de la aceptación del menor a solucionar el conflicto extrajudicialmente puede perjudicarle, puesto que está haciendo un reconocimiento implícito de los hechos. En todo caso, el Juez no puede basarse en este hecho para motivar la sentencia, sino que tendrá que estar a los hechos probados, de lo contrario el principio de confidencialidad se vería descaradamente quebrantado.

En vista de lo expuesto, algunos autores no contemplan la mediación extrajudicial antes de la incoación del expediente²². Siguiendo el art. 19 LORPM, el momento en que se ha de producir la mediación es en la fase de instrucción. A pesar de haberse iniciado la investigación sigue considerándose mediación preprocesal, porque el Ministerio Fiscal aún no ha remitido el expediente al Juez de Menores. Así se deduce del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre de 2008²³, según el que “Ha de tenerse en cuenta que según lo prevenido en la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica tanto en su redacción anterior como en la actual, se encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal”. Si se acude al principio de oportunidad en este momento, se produce una situación de pendencia del expediente, y habrá que esperar los resultados de la mediación para continuar con el siguiente paso. En los casos en que no se llegue a un acuerdo, o el menor incumpliera con los compromisos adquiridos con la víctima, el Ministerio Fiscal continuará con la tramitación del expediente, según el art. 19.5 LORPM. Si se alcanza un acuerdo entre las partes, hay que esperar a que el menor ofensor cumpla con los compromisos adquiridos con la víctima, para que el Ministerio Fiscal concluya la instrucción y solicite al Juez el sobreseimiento. No obstante cabe la posibilidad de que el Juez no aprecie los requisitos exigidos por el art. 19 LORPM para el sobreseimiento, entendiendo que si no se sigue con el expediente se produce indefensión de la víctima²⁴. O aún desistiendo el Ministerio Fiscal de

²² CATILLEJO MANZANARES (2011: 17) La mediación penal en menores tiene que ser revisada por el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores.

²³ AAP de Madrid de 1 de diciembre de 2008 (JUR2009\432887).

²⁴ COBOS GÓMEZ DE LINARES (2011: 322-323) Solo puede entenderse como opción legislativa, siguiendo el art. 19 LORPM, que la decisión de solicitar el sobreseimiento por parte del Ministerio

continuar con la tramitación del expediente, puede ejercerse la acusación particular, en cuyo caso tendrá que decidir el Juez sobreseer o no.

III.2 Mediación procesal.

Aunque no existe regulación expresa en cuanto a esta modalidad, esto no debe entenderse como una prohibición. La mediación procesal es la que se produce tras la conclusión de la instrucción y antes de la ejecución, es decir, en la fase de enjuiciamiento. El efecto y beneficio más importante que se pierde al someterse a mediación en esta fase es la evitación del proceso judicial, lo que perjudica mayormente al menor infractor quien se ve expuesto a la presión y formalidades de enfrentarse a los tribunales. Es posible que la incomodidad del sometimiento a esta situación, habitualmente desconocida y ajena a la vida de un menor, haga que este se decante por acudir a la justicia restaurativa para solventar el conflicto. Y es el letrado del menor quien anunciará esta decisión, que procesalmente puede tener distintos efectos.

Por un lado, atendiendo al acuerdo alcanzado entre las partes, el Juez puede apreciar la atenuante del art. 21.5 CP que se refiere a la reparación del daño a la víctima²⁵. Sin embargo, hay que tener en cuenta que se impone la exigencia de reparación antes de que se celebre el juicio oral. Es decir, la mediación tiene que producirse, temporalmente, entre la conclusión de la instrucción y la fecha para que esté fijada la fase de juicio oral ante el Juez. En cambio, si en el acuerdo, el menor reconoce los hechos delictivos, no cabe aplicar la atenuante del 21.4 CP, que alude al reconocimiento de la infracción cometida, porque esta solo se contempla si el infractor aún no conoce que se dirige un procedimiento judicial contra él.

Por otro lado, el letrado del menor infractor puede pedir el sobreseimiento provisional para someterse a mediación. En estos casos el Juez tiene que decidir si lo acepta, para lo que pedirá el preceptivo informe al Ministerio Fiscal y al Equipo Técnico sobre la viabilidad. Si el Juez resuelve aceptar que las partes se sometan a mediación, tendrá que suspender el juicio oral. Y si se llega a un acuerdo resolutivo en la mediación, hay que esperar a que el menor cumpla con lo acordado para que el Juez dicte el sobreseimiento libre.

Hay que hacer mención en este punto intermedio a la conformidad, que es frecuente en la justicia juvenil. Aunque no tiene las formalidades de la mediación, a través de la conformidad también se puede paralizar la vía penal²⁶. Además las soluciones a adoptar pueden consistir en la realización de actividades, o llegar a acuerdos sobre la reparación económica, como la condonación parcial o formas de aplazamiento o fraccionamiento del importe de las indemnizaciones. Se cuestiona, sin embargo, la transparencia y las posibles suspicacias en las negociaciones, porque se suelen realizar de modo improvisado, careciendo de formalidades, incluso

Fiscal es una retirada de la acusación en ejercicio del principio de oportunidad, y por lo tanto el Juez está prácticamente obligado a sobreseer. Es decir, si no hay acusación el Juez no puede perseguir.

²⁵ SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2018 (ROJ 4236/2018). Según esta sentencia, para apreciarse la atenuante de reparación, “No bastaría por ejemplo únicamente el inicial sometimiento a un programa de mediación fallido. La mediación es el camino, no la meta. Es un proceso que puede abrirse para alcanzar la reparación o la conciliación.”

²⁶ JIMENO BULNES (2013: 303). La conformidad penal debería operar, a lo sumo, como válvula de escape pero nunca como sustitutivo del proceso.

contaminando las comunicaciones con intervenciones de terceros ajenos, sin garantías, lo que puede perjudicar a las partes²⁷.

III.3 Mediación en el proceso de ejecución de la pena.

El Reglamento de Menores en el art. 15, y la LORPM en el art. 51.3 reconocen la mediación después de la sentencia, refiriéndose a la sustitución de las medidas que el Juez de Menores resolvió imponer al menor infractor. Por lo tanto, la situación en que se produce la mediación en estos casos es tras haberse producido una sentencia condenatoria. En principio puede parecer un poco absurdo el sometimiento del conflicto a mediación en este punto porque realmente ya no existe conflicto, la sentencia lo ha resuelto. Lo que justifica esta opción es el principio de superior interés del menor²⁸, y la reparación de la víctima. Por lo tanto corresponde al condenado, en cualquier momento tras conocer la sentencia, decidir someterse a mediación. Y si ya se encuentra cumpliendo con las medidas, la entidad pública que las ejecuta tiene que ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal y el Juez de menores. Si se alcanza un acuerdo entre las partes, corresponde a su letrado o al Ministerio Fiscal realizar la propuesta de suspensión de la ejecución de las medidas que le fueron impuestas. Para que se produzca este efecto, el Juez tiene que valorar si la conciliación y el tiempo cumplido de la medida que se le impuso en la sentencia al menor, constituyen reproche suficiente al menor respecto a los hechos cometidos. Si el condenado cumple parte de la medidas impuestas en la sentencia, con la conciliación se entiende, aparte del arrepentimiento, que la medida ha surtido efecto.

Es probable que no se llegue a un acuerdo, bien porque el menor rechaza todas las propuestas, bien porque la víctima rechaza la propuesta de mediación. En el primer caso el menor seguirá cumpliendo con las medidas impuestas en la sentencia. En el segundo, siguiendo el art. 5.1.f) del Reglamento, se propondrá al menor la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Por lo tanto, el simple hecho de que el menor manifieste su voluntad de sometimiento a conciliación con la víctima, supone un cambio de actitud en relación a los hechos delictivos que cometió, y en consecuencia una posible modificación en las medidas inicialmente recogidas en la sentencia. La decisión final, en cualquier caso, queda en manos del Juez quien tiene libertad para entender cuando se ha producido “suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el autor”.

²⁷ FERREIRÓS MARCOS- SIRVENT BOTELLA- SIMONS VALLEJO- AMANTE GARCÍA (2011: 196). La práctica de que las conformidades se celebren ordinariamente en las salas de vista a presencia judicial en ocasiones con “espontánea intervención en las pertinentes conversaciones, contamina de manera inevitables su estatus de imparcialidad, o mejor dicho, de apariencia de imparcialidad, aun cuando solo sea por el hecho habitual de que en dichas conversaciones, con frecuencia desprovistas de cautelas formales, de ponga abiertamente de manifiesto la mayor o menor fortaleza de las posiciones de la acusación y la defensa”. Por otro lado, también el hecho de que estas cuestiones se ventilen en unos minutos, entre juicio y juicio, de modo improvisado, a puerta cerrada, y sin intervención y desconocimiento por parte de la víctima, a juicio de la Fiscalía, resulta muy negativo desde el punto de vista de la credibilidad y de la dignidad de la función tanto de Jueces y Fiscales como de los propios Abogados Defensores.

²⁸ COLOMER HERNÁNDEZ (2012: 121) Aunque en el art. 51.3 LORPM se menciona exclusivamente la conciliación, es preciso hacer una interpretación amplia de este concepto. De manera que la reparación del daño por parte del menor también debiere ser considerada una circunstancia a tener en cuenta como posible causa efectiva para ordenar el cese de la ejecución de la medida, todo ello con la intención de hacer efectivo el principio de defensa del interés del menor.

No obstante, analizando detenidamente la letra del art. 51.3 LORPM, da la impresión de que las medidas impuestas en la sentencia condenatoria tienen que estarse cumpliendo, ya que tiene que ser oída la entidad pública de protección o reforma de menores, para que se autorice la mediación entre las partes.²⁹ Siguiendo esta interpretación del artículo, cabría cuestionarse cuanto tiempo debe cumplir el menor de las medidas impuestas hasta poder solicitar someterse a mediación. En todo caso se estará a lo que el Juez resuelva, quien puede hacer una interpretación restrictiva del precepto, y considerar que no es necesario que el menor haya empezado a ejecutar las medidas para que se proceda a la actividad mediadora.

IV. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN PENAL EN MENORES.

Principalmente son necesarios tres sujetos en la mediación, que son el mediador, el menor infractor, y la víctima. No obstante es imprescindible la actuación de otros sujetos como el Ministerio Fiscal o el Juez de Menores. Y por último, hay otros sujetos que pueden intervenir o no en la medición, y hacerlo de forma directa o indirecta.

IV.1 El mediador: el equipo técnico de menores.

El mediador es un tercero a las partes, y por lo tanto neutral, que se sitúa entre ellas pero que no propone ni impone soluciones al conflicto. Su función es la de facilitador, acerca las posturas de ambas partes, hace que participen en el diálogo para profundizar en el conflicto, y que entiendan los intereses y la posición del contrario. Tiene que procurar que las partes lleguen a una solución por sí solas, guiándolas para que tomen una decisión satisfactoria para ambas. El mediador tiene que procurar esta comunicación desde un plano imparcial, empleando técnicas específicas durante el proceso de mediación, ayudando a compensar los desequilibrios de fuerzas que se pueden manifestar entre las partes, incluso reformulando las propias palabras que las partes han dicho, repitiendo algunas, o animándolas a seguir hablando. El rasgo de neutralidad que caracteriza al mediador equivale aquí a intervención, no a inacción, ya que debe motivar a las partes activamente para que avancen en la conversación hacia el acuerdo.

En cuanto a mediación penal juvenil, en concreto, tanto la LORPM como el Reglamento, indican que el mediador es el equipo técnico. En este sentido, el art. 19.3 LORPM dispone que “El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado”. Y de acuerdo con el art. 27 de la misma, “el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima”. Por lo tanto el papel del equipo técnico es crucial desde el inicio de la investigación, ya que el informe que redacte sobre su situación psicológica, educativa y familiar, así como sobre la conveniencia de acudir a mediación para resolver el conflicto, es preceptivo, aunque no vinculante. Además, en aras del superior interés del menor y conforme al principio de flexibilidad, el

²⁹ FERREIRÓS MARCOS- SIRVENT BOTELLA- SIMONS VALLEJO- AMANTE GARCÍA (2012: 125) Para dejar sin efecto el cumplimiento de una medida impuesta en la sentencia de un proceso de menores, es una exigencia legal que una parte del periodo de cumplimiento de la medida se haya llevado a cabo por el menor. De modo que para dejar sin efecto una medida de cumplimiento dilatado en el tiempo es imprescindible que el menor haya cumplido una parte sustancial de la misma.

equipo técnico puede recomendar no seguir con la tramitación del expediente, si considera que ya se ha producido un reproche suficiente al menor, por haberse conciliado ya con la víctima o asumido la reparación en la fase preprocesal. Este informe tiene que estar actualizado, de lo contrario se podrá pedir la nulidad de las actuaciones teniendo que retrotraerse a la fase de instrucción. Así lo ha resuelto la Audiencia Provincial de Sevilla en la sentencia de 26 de abril de 2002³⁰, en la que se pone de manifiesto la necesidad de que el dictamen se realice en fecha próxima a la incoación del procedimiento para asegurar la eficacia material del mismo, y que este oriente al Ministerio Fiscal, al letrado del menor y al Juzgador. Y además el informe constituye “una fuente de información de uso imprescindible, aunque no vinculante, para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas”. En el mismo sentido, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 10 de octubre de 2002³¹, en la elección de la medida o medidas adecuadas que se adopten, primará el superior interés del menor, valorado con criterios técnicos por equipos de profesionales que lo pondrán de manifiesto en los informes.

El equipo técnico está compuesto, según el art. 4 del Reglamento, por psicólogos, educadores y trabajadores sociales. Y de modo temporal o permanente, también pueden incorporarse otros profesionales cuando las necesidades del supuesto lo requieren y así lo acuerde el órgano competente, como por ejemplo criminólogos. Para concretar más esta composición hay que acudir a la Circular 9/2011 FGE³², que concluye que “por su carácter multidisciplinar, el informe debe ser emitido por los tres profesionales, cada uno de los cuales aborda un área específica”. No obstante ante la imposibilidad de implantación de esta composición en todas las Secciones de Menores, la misma Circular establece algunas excepciones apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha permitido la ausencia de dos peritos sin que pueda estimarse, por esta causa, quebrantamiento de forma en la pericial. Y tampoco es imprescindible que el menor o sus familiares sean entrevistados por los tres miembros del equipo. Sobre todo esta última excepción puede resultar bastante perjudicial para el menor, ya que el informe que se realice presentará distorsiones respecto a la realidad, y por lo tanto las medidas a adoptar probablemente no tengan la eficacia esperada.

A lo expuesto, hay que añadir que, según el art. 27.6 LORPM, el informe también podrá ser elaborado o complementado por entidades públicas o privadas, siempre que estén relacionadas con el ámbito de la educación y conozcan la situación del menor expedientado. Además tienen que depender orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas que tengan competencias asumidas, según el art. 4.2 del Reglamento. La práctica, no obstante, difiere de lo regulado. Así se infiere del Auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 20 de enero de 2011³³, en que se niega el sobreseimiento de las actuaciones porque no ha existido informe del equipo técnico, cuando realmente sí lo ha habido. En este caso la entidad que llevó a cabo la mediación es un equipo de la Cruz Roja, adjudicataria contratada por la Junta de Andalucía. Ante esta situación, en la Circular 9/2011 FGE, se constata que existen retrasos incompatibles con el principio de celeridad por tener que elaborar este informe. Y se establece que cuando se detecten estos retrasos, se deben agotar otras opciones que se regulan en la LORPM, como la actualización de los informes, o acudir a los emitidos por entidades públicas o privadas que trabajen

³⁰ SAP de Sevilla de 26 de abril de 2002 (ROJ 1772/2002).

³¹ SAP de Navarra de 21 de octubre de 2002 (ROJ 951/2002)

³² Circular de la Fiscalía General del Estado de 16 de noviembre de 2011 (9/2011).

³³ AAP de Huelva de 20 de enero de 2011 (ROJ 179/2011).

con el menor y conozcan su concreta situación. De esto se deduce que prioritariamente el equipo técnico será el encargado de realizar el informe preceptivo, y subsidiariamente, y de forma justificada, es posible recurrir al resto de entidades, ya sean públicas o privadas.

A parte de las tareas que se han descrito anteriormente de elaboración de informes y de mediador, la LORPM otorga al equipo técnico otras funciones. El menor tiene derecho a solicitar la asistencia de los servicios del equipo técnico desde la incoación del expediente. Tiene voz en la adopción de las medidas cautelares, así como en la fase de juicio oral, o en cuanto a la sustitución de las medidas adoptadas. En resumen, en cualquier fase es necesario oír al equipo técnico, pero todo lo que emane de este no tiene carácter vinculante.

Por último, el equipo técnico es independiente, los datos que emanan de este tienen carácter objetivo, se limitan a describir la situación real del menor en los ámbitos familiar, social, y educativo, así como su situación psicológica en relación a estas áreas y respecto a los hechos cometidos, sin entrar en ningún caso en valoraciones personales. Y por otro lado, tiene una doble dependencia, orgánica y funcional. Si bien el art. 27.1 LORPM hace referencia a “sea cual fuere su dependencia orgánica”, como ya se dijo, solo hay dos posibilidades, o del Ministerio de Justicia, o de las Comunidades Autónomas que tengan competencias para ello. Desempeñan las funciones bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal y del Juez de Menores cuando lo ordene. Y en virtud de esta dependencia funcional del Ministerio Fiscal, este puede ordenar que los informes de los casos de mayor entidad sean prioritarios y más extensos según la Circular 9/2011 FGE.

IV.2 El menor.

Para que se lleve a cabo la mediación es necesaria una dualidad de posiciones, que son el menor infractor y la víctima. Y en cada una de estas puede haber una pluralidad de sujetos si los hechos delictivos fueron cometidos por varias personas menores de edad, y si resultaron varios perjudicados. Además, es un requisito esencial que la parte ofensora acuda voluntariamente a la mediación. Esto es fundamental para que el menor asuma la responsabilidad que le corresponde y que, a través del proceso de mediación, tome conciencia de sus actos, evolucione, y madure, reflexionando y entendiendo lo perjudicial que ha resultado su actuación para la víctima.

Hay que destacar que para el sobreseimiento del expediente, la ley exige que el menor se haya conciliado con la víctima, o haya asumido el compromiso de reparar el daño a la víctima o, se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. En cuanto a la conciliación, consiste en el reconocimiento del daño causado y disculparse con la víctima. Pero no basta esta simple actividad del menor para que sea efectiva, sino que es necesario que la víctima acepte sus disculpas. Esto significa que si el menor procede a la conciliación, pero la víctima, en desacuerdo, rechaza sus disculpas, no se cumplirán los requisitos legales para el sobreseimiento del expediente. Para algunos autores esta disconformidad tiene que ser manifiesta, plasmándose en el ejercicio de la acción penal. No obstante, parte de la doctrina considera que se está dejando en manos de la víctima el superior interés del menor, pues al rechazar la conciliación se está obligando al menor a someterse a los tribunales³⁴. La LORPM permite dos

³⁴ COLOMER HERNÁNDEZ (2012: 113). La necesidad de aceptación de la víctima no puede interpretarse de manera estricta. Pues, de hacerlo así se estaría dificultando las posibilidades de

salidas o excepciones en este caso. Por un lado, puede considerarse, en virtud del art. 19.4 LORPM, que la conciliación no pudo llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor, y por lo tanto el Ministerio Fiscal tiene que solicitar el sobreseimiento al Juez. Y por otro lado, una segunda opción es que, intentada la conciliación por el menor, esto se exprese en el informe del equipo técnico, valorando que constituye suficiente reproche, y en consecuencia resulta inapropiado para el menor continuar con la tramitación del expediente. En ambos casos, el Juez de Menores tiene que evaluar la situación ya que no está obligado a sobreseer.

Si bien la conciliación supone más una satisfacción psicológica, la reparación está orientada a que el menor cumpla con el compromiso contraído con la víctima de realizar ciertas acciones para reparar el daño causado, en beneficio de la víctima o de la comunidad³⁵. Dado el carácter material de la reparación, no es suficiente con que se acuerden las medidas en el proceso de mediación, también es necesaria la realización efectiva de estas. De esto estará pendiente el equipo técnico, quien tiene que informar al Ministerio Fiscal de las medidas acordadas, así como de su grado de cumplimiento, porque solo podrá solicitar el sobreseimiento al Juez cuando el menor haya cumplido con las medidas acordadas. Aunque la ley no especifica qué medidas se pueden acordar, estas tienen que ser proporcionales al daño causado, y tener una finalidad reeducadora, o incluso cierta conexión con el bien jurídico lesionado. Por último, el art. 19.2 LORPM hace mención expresa, de que la responsabilidad civil no está incluida en la reparación si no se dice nada al respecto. Esto significa que la extinción de la acción civil, por la que el perjudicado puede pedir el resarcimiento de los daños, solo se producirá si se acuerda en la mediación³⁶.

IV.3 El estatuto de la víctima.

La otra parte, opuesta al menor infractor en la mediación es la víctima. Esta no solo sufre daños materiales a causa del delito sino también psicológicos o sociales. En la mediación, la víctima puede expresar todos los sentimientos y emociones que sufre a consecuencia del delito, tiene que ser escuchada, y tiene la oportunidad de expresar todos los temores e inseguridades que siente. Es decir, en la mediación se deja libertad para que las partes muestren todo lo que opinan sobre los hechos, a diferencia de lo que ocurre ante los tribunales. A través de diversas normas se intenta proteger a la víctima con la finalidad de equilibrar las dos partes en el proceso y que, siendo la parte perjudicada consiga una reparación más satisfactoria.

conciliación, y consiguientemente de desistimiento del expediente penal. De esta forma se consigue que el simple silencio de la víctima no prive de eficacia al reconocimiento del daño y la petición de disculpas que haya podido realizar el menor infractor.

³⁵ FERREIRÓS MARCOS- SIRVENT BOTELLA- SIMONS VALLEJO- AMANTE GARCÍA (2011: 188-189). En este tipo de reparación indirecta, que consiste en la realización de actividades concretas, el problema radica en la propia creación de estas actividades, lo que conlleva un conocimiento de la intervención por parte de sus componentes y un control adecuado sobre el contenido educativo de la actividad.

³⁶ FERREIRÓS MARCOS- SIRVENT BOTELLA- SIMONS VALLEJO- AMANTE GARCÍA (2011: 188). Es frecuente la negociación en aspectos civiles durante la mediación y que surjan discrepancias a causa de ello. En estos supuestos, de desacuerdo de las partes sobre la cuantía de la indemnización, la Fiscalía interpreta que debe procederse a la paralización del proceso mediador y a poner en conocimiento tal circunstancia al Fiscal por parte del equipo técnico y, si hay acuerdo, el equipo de mediación no debe intervenir nunca personalmente en el pago de las indemnizaciones, las cuales, en su caso, deben ser ingresadas en cuenta bancaria adjuntándose el resguardo bancario acreditativo del mismo y de su concepto.

El art. 19.6 LORPM y 5.1d) del Reglamento establece que si la víctima es menor de edad o incapaz, es necesario que el consentimiento para someterse a mediación esté confirmado por su representantes legales, y que los acuerdos que se alcancen en la mediación también deben ser asumidos por estos. Aquí se aprecia una desigualdad importante, porque el menor ofensor tienen capacidad plena para ser parte, mientras que para la víctima rigen las reglas generales en cuanto a capacidad. Otro beneficio que concede el Reglamento en el art. 5.1.e) a la víctima, es que esta puede decidir someterse a mediación pero sin un encuentro directo con el ofensor si así lo solicita. Se trata de flexibilizar el acceso a la mediación de la víctima debido a que, en muchos casos, la negativa de esta para mediar es debida al miedo a la persona que la perjudicó.

Aparte las normas específicas en materia de justicia restaurativa juvenil de nuestro ordenamiento jurídico, en los últimos tiempos la preocupación por la víctima del legislador ha aumentado, lo que se refleja en la Ley 4/2015 de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito. Esta es aplicable, según su art. 1, a cualquier víctima de delitos cometidos en España, con independencia de su nacionalidad o edad entre otros. Más brevemente, en el preámbulo se subraya la desigualdad moral que existe entre víctima e infractor en la mediación, y el objetivo de que esto se equilibre. Es por ello que con esta ley se pretende que la víctima dé su consentimiento para mediar de forma libre e informada, y se sienta más protegida, porque ahora los servicios de justicia restaurativa tienen que valorar si existe algún riesgo que la pueda perjudicar. Conjuntamente se incluyen otros derechos y obligaciones que tienen que cumplir ambas partes, como la confidencialidad de los debates desarrollados, o el derecho de revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento. Otros derechos de la víctima son los de protección, información, apoyo, asistencia, atención, y a recibir un trato respetuoso desde el primer contacto con las autoridades hasta incluso un tiempo adecuado después de la conclusión del proceso. En el sentido de prestar más atención a la víctima, sin dejar de lado el superior interés del menor infractor, el Auto de la Audiencia Provincial del León de 14 de julio de 2017³⁷, anula el sobreseimiento de un expediente, a pesar de que los menores habían cumplido con la actividad socioeducativa, por no haberse oído a la víctima. Se ordena que esta sea oída acerca de si acepta las disculpas de los denunciados, y se recalca que el interés de la víctima, al que se alude en los arts. 19 de la LORPM y 5 del Reglamento, debe ser interpretado de manera extensiva en el marco de los derechos reconocidos a toda víctima en la Ley 4/2015.

IV.4 El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores.

Estas dos figuras no intervienen propiamente en el proceso de mediación, no son sujetos en ella, sin embargo cumplen funciones imprescindibles para que este se lleve a cabo. En cuanto al Ministerio Fiscal, el ordenamiento jurídico le atribuye importantes funciones tanto antes como después de la mediación. En primer lugar, tiene que investigar lo necesario para constatar la verosimilitud de los hechos que se atribuyen al menor y analizar si concurren los presupuestos que se exigen para la adopción de alguna de las medidas extrajudiciales. Para la doctrina, aunque no se hace mención expresa en el ordenamiento jurídico, siguiendo el principio de presunción de inocencia y como garantía procesal del menor, es necesario que este

³⁷ AAP de León de 14 de julio de 2017 (JUR\2017\247797).

reconozca los hechos cometidos ante el Ministerio Fiscal con la asistencia del letrado defensor. Tras esta labor instructora, analiza si es factible el sometimiento del caso a mediación en los términos del art. 19.2 LORPM, y decide sobre la aprobación de esta medida. A partir de aquí comienza la mediación, que queda en manos de las partes y del equipo técnico. A pesar de que el Ministerio Fiscal no es partícipe, después de realizarse la mediación, es informado por el equipo técnico con todo detalle de los hechos relevantes para que proceda a resolver lo conveniente. Y si las partes han llegado a un acuerdo, el equipo técnico lo mantiene al tanto de si el menor está cumpliendo con los compromisos adquiridos. Es decir, el Ministerio Fiscal tiene una labor permanente de control y vigilancia del proceso de mediación, sin incidir en ningún momento en él, para que cuando este termine poder resolver lo oportuno en cuanto a la solicitud de continuación o de sobreseimiento del expediente. En el Auto de la Audiencia Provincial de León de 14 de julio de 2017, se observa la relevancia del Ministerio Fiscal hasta el punto de afirmar que es “absolutamente imprescindible para dar contenido y efectividad al principio de oportunidad”. De esto se colige que aunque ambas partes quieran acudir a mediación, el Ministerio Fiscal se coloca en un plano superior a ellas y por tanto decide si es conveniente o no.

El Juez de Menores tampoco participa en el proceso de mediación, y su función más importante se produce después de este, cuando decreta el sobreseimiento tras haberse producido la conciliación y reparación, o no haberse podido producir por causas ajenas al menor. Para ello, el art. 19.4 LORPM establece que el Ministerio Fiscal tiene que solicitarlo al Juez, y este decidirá en base a si cumple los requisitos establecidos, lo que presenta ciertas cuestiones sobre la obligatoriedad de aceptar dicha solicitud. Una primera duda que se suscita, en el caso de que no se cumplan las condiciones requeridas para el sobreseimiento, y además no exista acusación particular, pero el Ministerio Fiscal solicita sobreseer el caso. Ante esta escenario, el Juez puede actuar en base al art. 644 LEcrim., y acudir al superior jerárquico del Fiscal actuante. Si este confirma la solicitud de sobreseimiento, el Juez entonces sí que queda vinculado a cumplirla. Otra cuestión a plantearse es, si la acusación particular se opone a la solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal. En principio la solución parece clara, pues según la LORPM el Juez tendrá que valorar la oposición y la solicitud en relación con los requisitos exigidos por la LORPM. No obstante la jurisprudencia se decanta por resolver que la solicitud es vinculante, calificando de poco relevante la petición de continuación del procedimiento de la acusación particular³⁸.

IV.5 Otros sujetos: el letrado del menor, los padres o representantes del menor y la víctima, la comunidad.

Los letrados de las partes cumplen un papel esencial asesorando y garantizando los derechos procesales de ambas partes. En cuanto al menor investigado, la presencia del letrado es fundamental cuando este reconoce los hechos ante el Ministerio Fiscal. El Reglamento en concreto solo contempla dos

³⁸ Así se expresa en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2009 (JUR\2010\45352) y en el Auto de Audiencia Provincial de Las Palmas de 22 de marzo de 2010 (JUR\2010\419218) según el que “cuando el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento de las actuaciones al amparo de lo dispuesto en el art. 19 LORPM, el Juzgado de Menores, tal y como establece el art. 33.c), deberá proceder al archivo por sobreseimiento de las actuaciones por desistimiento del Ministerio Fiscal”.

supuestos en los que ha de actuar el abogado en la mediación. El primero es que puede solicitar al Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente justificándolo en la conveniencia de la adopción de una solución extrajudicial. Y el segundo, ya en pleno proceso de mediación, el letrado tiene que ser oído sobre la medida que el equipo técnico propone. Pero estas declaraciones no vinculan de ningún modo, simplemente se le da voz al letrado, para que el menor y sus representantes legales conozcan su opinión. No obstante, ninguna norma prohíbe que el letrado acompañe al menor a las sesiones de mediación, de esta forma estará mejor asesorado sobre todo en cuanto a los compromisos a adoptar.

En referencia a los representantes legales, como ya se expuso en el estatuto de la víctima, se establecen diferencias para el menor infractor, y para el caso de que la víctima sea también menor. El art. 22.1.e) LORPM admite que el menor infractor puede estar asistido afectiva y psicológicamente en cualquier punto del procedimiento de sus padres o de cualquier otra persona que indique el menor. Esta norma se refiere a un mero apoyo moral u orientador, ante el enfrentamiento a los tribunales o el proceso de mediación. Es decir, la presencia de sus representantes legales no implica que deje de tener capacidad procesal, sino que es el propio menor quien en cada momento debe tomar las decisiones, desde la aceptación de someterse a mediación hasta la confirmación de los acuerdos de conciliación y reparación. Además, los representantes legales serán citados por el equipo técnico para evaluar el ámbito familiar y realizar el informe sobre la conveniencia de la mediación. En contraste con lo desarrollado, si la víctima es menor de edad o incapaz, no puede confirmar los acuerdos de mediación válidamente, así lo regula el art. 5.1.d) del Reglamento. Para prestar su consentimiento para participar en el proceso de mediación o para aceptar los acuerdos, necesita la confirmación de sus representantes legales.

La comunidad en general no actúa directamente en el proceso de mediación pero sí de forma indirecta, salvo cuando el art. 22.1.e) LORPM establece que el menor podrá designar a otra persona que no sean sus representantes legales para que acuda con él al proceso de mediación. En este caso, cualquier persona cercana al menor también puede intervenir en la mediación. Y en algunos casos es conveniente que personas cercanas a las partes intervengan, ya que estas las conocen bien y pueden aportar datos que influyan positivamente tanto en el mantenimiento del diálogo entre las partes como en alcanzar un acuerdo³⁹. Y también tras la adopción de los compromisos el entorno social cumple un papel esencial en la reintegración del menor en la comunidad. Y al mismo tiempo el entorno más cercano familiar, escolar, y social, puede servir de protección y prevención frente a futuras reincidencias.

V. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PENAL EN MENORES.

Nuestro ordenamiento jurídico exige que el supuesto en cuestión presente unos requisitos concretos para que se pueda llevar a cabo la mediación, si estos se cumplen se inicia la mediación. El resultado de esta tendrá unos u otros efectos procesales.

³⁹ Geeraets (2016: 273) A modo de ejemplo, un caso ficticio de Braithwaite, en el que el menor infractor al principio de la mediación mostraba una actitud indiferente y desafiante hacia la víctima. Luego de la intervención de su hermana, quien le recordó algunos hechos del pasado, cambió por completo y mostró su respeto hacia la víctima, concluyendo la mediación exitosamente.

V.1 Presupuestos objetivos para que se produzca la mediación.

Las condiciones que exige la LORPM en el art. 19 principalmente son tres. En primer lugar, el hecho imputado al menor tiene que constituir un delito menos grave o falta. Es decir, según el art. 33 del CP, los hechos delictivos cometidos tienen que tener previstos, si se trata de penas de prisión, que esta sea de hasta tres años. Por lo tanto no pueden someterse a mediación los hechos que constituyan un delito grave, ni los que no estén contemplados en las leyes penales. Además, en cuanto a las faltas, actualmente delitos leves, la doctrina considera exagerado iniciar un procedimiento de mediación por hechos de tan poca entidad⁴⁰. Hay que destacar que este requisito es obligatorio para que el Fiscal esté autorizado a desistir del expediente.

En segundo lugar, los hechos se tienen que haber cometido sin violencia o intimidación graves. Se entiende que aunque esto forme parte de la conducta típica, estos casos quedan fuera de la posibilidad de someterse a mediación. Y si por el contrario, el legislador no tipificó este rasgo en el delito menos grave o leve cometido tampoco se puede acudir a mediación si se aprecia. Igualmente tanto si está prevista como no esta conducta en el tipo delictivo, cuando se trate de violencia o intimidación graves. Esta violencia grave se refiere a la cometida sobre las personas, ya que si se ejerce sobre las cosas se causa un perjuicio patrimonial que siempre es reparable.

Un tercer requisito es la concurrencia de la voluntad de ambas partes para someter el conflicto a mediación. Esta voluntariedad tiene que manifestarse desde la proposición hasta la conclusión de la conciliación y reparación. Para que esto sea posible las partes tienen que dar su consentimiento libremente, sin ser coaccionadas y bien informadas de todo lo que va a suponer la mediación. Por lo tanto si en cualquier momento del proceso notan que han perdido esa libertad de decisión, pueden abandonar las negociaciones, y se seguirá por el cauce judicial para resolver el conflicto.

A mayores, se hace referencia a las “circunstancias de los hechos y del menor”. De aquí pueden deducirse una amplia variedad de supuestos, por ejemplo la reincidencia, o los indicios de que se está produciendo una fisura del menor con la sociedad. El Fiscal debe observar todos estos detalles y valorar si pueden tener un efecto negativo suficiente y determinante para el fracaso de la mediación.

V.2 El desarrollo y eficacia procesal del procedimiento de mediación.

El procedimiento de mediación se puede dividir en cuatro fases. En una primera fase de acceso, la iniciativa para poner en marcha la mediación corresponde al letrado del menor, al equipo técnico o al Ministerio Fiscal. Este último, decidirá sobre la remisión del asunto a mediación verificando los presupuestos objetivos y valorando las circunstancias del caso. Esta fase concluye con la resolución del

⁴⁰ COLOMER HERNÁNDEZ (2012: 107-108). Este requisito no impide que se desarrolle la propia actividad de mediación entre víctimas y menores delincuentes en los casos de delitos graves, sino que entonces, el resultado de la mediación no producirá el sobreseimiento del expediente. Así, cuando la gravedad del delito impide dar eficacia a la actividad mediadora por la vía del desistimiento por parte del Fiscal y posterior sobreseimiento del expediente, no obsta que se produzca la mediación en aras de lograr una implicación del menor en la solución del conflicto interpersonal con la víctima, que posteriormente haga más eficaz su reeducación y resocialización.

Fiscal ordenando la conveniencia de adoptar una solución extrajudicial, y solicitando el preceptivo informe al equipo técnico.

En la segunda fase, el equipo técnico recibe y analiza toda la información referente al caso, cita al menor, a sus representantes legales, y a su letrado para obtener más información y realizar el informe. La normativa no especifica el plazo en el que se ha de remitir el informe al Ministerio Fiscal, lo que puede provocar retrasos en la tramitación del expediente. Solo se establece que en cuanto el Fiscal lo reciba lo tiene que remitir al Juez de Menores y al letrado del menor. Confirmada por el menor infractor la decisión de acudir a mediación, el equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima, y sus representantes legales si es menor. Esta manifestará su voluntad de someterse a la mediación, y la forma en que prefiere llevarla a cabo, directa o indirectamente. Es decir, cara a cara con el infractor, o de forma separada, siempre que esta segunda modalidad permita dejar constancia de lo actuado.

En la tercera fase se ejecuta la mediación *stricto sensu*. El equipo técnico citará a las partes a un primer encuentro, dependiendo si se trata de mediación directa o indirecta, en el mismo espacio o en espacios diferentes. A partir de aquí, el menor y la víctima comienzan el diálogo guiados por el mediador⁴¹. La mediación puede desarrollarse en una o varias sesiones, dependiendo de varios factores como la complejidad del asunto, el grado de implicación y empatía de las partes, la fluidez en la comunicación, o la facilidad para proponer acuerdos. Las partes tienen que adoptar estos voluntariamente, y solo deben contener obligaciones racionales y proporcionadas⁴². Esta fase concluye cuando las partes llegan a un acuerdo, o cuando alguna de ellas decide retirarse de la mediación. Durante el desarrollo de la mediación, el Ministerio Fiscal mantiene abierto el expediente, pero en situación de pendencia, mientras espera el informe del equipo técnico con los resultados.

Por último, en la cuarta fase, el equipo técnico redacta un informe con lo ocurrido en la mediación. Si la mediación ha tenido éxito, en el informe se incluye el acuerdo al que han llegado las partes, analizando la actitud del menor, los compromisos adquiridos, y su grado de cumplimiento. Este es notificado al Ministerio Fiscal, en base al que podrá solicitar el sobreseimiento del expediente, logrando el objetivo inicial de evitación del cauce judicial para solucionar el conflicto. Recibido y evaluado el informe, tiene que decretar motivadamente e indicando la normativa en que se ampara, el contenido de su resolución, ya que tiene amplia libertad de decisión, pero su naturaleza es reglada. Por el contrario, si la mediación fracasa se continuará con la tramitación del expediente. Consiste

Si la mediación se desarrolla durante la ejecución de la pena, es decir, tras la sentencia, hay pocas diferencias con el procedimiento descrito. En la primera fase, la iniciativa corresponde al propio menor que está cumpliendo con la pena, entonces la entidad pública lo comunicará al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores. En cuanto a la tercera fase, el mediador será la entidad pública que está ejecutando la medida. Y por último, terminado el proceso de mediación, la entidad pública informa al

⁴¹ GEERAETS (2016: 278) Este autor considera que realmente esta fase como una ficción en la que cada parte cumple un papel que tiene que resultar creíble. El rol del ofensor consiste en confesar lo que ha hecho, pedir perdón sinceramente a la víctima y reparar los daños que le causó. Mientras que el rol específico que tiene que desenvolver la víctima consiste en ser positiva y activa en la conversación, aceptar las disculpas y mostrarse dispuesta a llegar a una solución. En definitiva la justicia restaurativa ejerce un control de las partes involucradas que no se aprecia en los tribunales.

⁴² ALMIRALL SERRA- GARCÍA COTTO- JÓDAR MARTÍNEZ (2011: 175) Durante la mediación se fomenta la corresponsabilización en la solución del conflicto dejando de lado el lenguaje judicial que clasifica a las personas en víctimas e infractores, aportando neutralidad e imparcialidad. Esto propicia un entorno más informal y familiar, que favorece la flexibilidad de intervención de las partes y facilita el desarrollo del rol que tiene cada una en la situación.

Ministerio Fiscal y al Juez de Menores de los compromisos adquiridos por el menor así como de su grado de cumplimiento. Y en base a esto tomará la decisión de suspender o modificar las medidas resueltas en la sentencia condenatoria.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA. De entre los entes internacionales, la Unión Europea es el que ha tratado en menor medida la justicia restaurativa, mientras que el Consejo de Europa es el que la ha abordado más perseverantemente. No obstante, los legisladores, a todos los niveles, se han dado cuenta de que las conductas delictivas protagonizadas por menores de edad tienen mayor relevancia social que las de adultos, y que la sociedad también otorga importancia a este asunto.

SEGUNDA. El legislador español se ha dedicado a incluir las directrices internacionales en materia de mediación penal en menores, pero no ha ido más allá. Ha hecho una regulación suficiente, siguiendo sobre todo las disposiciones europeas, y justificando de forma escueta la introducción de esta institución en nuestro ordenamiento.

TERCERA. Si bien la LORPM no prohíbe la mediación preprocesal antes de la incoación del expediente, la práctica en este momento resulta carente de garantías, tanto para la parte infractora como para la víctima. Este no es el momento idóneo para proceder con la actividad mediadora, porque el resultado puede ser contraproducente.

CUARTA. La mediación durante el proceso pierde algo de sentido puesto que ya no se puede evitar la vía judicial. Sin embargo se conservan otros beneficios importantes para las partes, como la reparación de la víctima. Además es preferible esta a la conformidad, porque las partes resuelven el conflicto bajo unas formalidades y garantías definidas en la ley.

QUINTA. La mediación en la fase de ejecución de la pena queda desvirtuada. Se concede al menor una última oportunidad para arrepentirse y no tener que ejecutar la sentencia condenatoria. Tras haberse sometido a los tribunales, casi se puede afirmar que el arrepentimiento del menor no es real llegados a este punto, sino que este siente la presión de una inminente ejecución de la sentencia que probablemente contenga medidas que tenga que acatar que no le gustan, y finge que verdaderamente quiere reparar a la víctima.

SEXTA. El papel del equipo técnico es fundamental, tanto para tomar la decisión de someter un caso a mediación, como para el desarrollo de esta. Sin embargo se advierte la falta de recursos económicos para que este funcione correctamente. Si bien la ley establece de forma clara su composición y funciones, en la práctica no es posible llevarlo a cabo por las carencias de personal. Esto ha provocado que se dicten disposiciones más flexibles para evitar dilaciones, pero en detrimento de las partes, sobre todo en los casos más leves, en los que se admite casi cualquier irregularidad.

SÉPTIMA. Si bien el menor dispone de la iniciativa para acudir a mediación, la simple voluntad de este no es suficiente para ello ni para el sobreseimiento. La negativa de la víctima para someterse a la actividad mediadora, o discrepancias durante la mediación entre las partes, incluso si solo se refieren a la responsabilidad civil, puede hacer que esta fracase y no se produzca el objetivo de sobreseimiento del expediente.

OCTAVA. De la legislación referente a la víctima se desprende que esta es la parte débil. Pues, todas las normas le conceden más protección y concesiones a

esta para equilibrar la situación. También se constata en la última jurisprudencia, a la luz de la nueva Ley 4/2015, que los tribunales han elevado la preocupación por las víctimas. Se va más allá del ejercicio de la acusación particular, y se hace hincapié en la necesidad de salvaguardia de las víctimas.

NOVENA. Las solicitudes del Ministerio Fiscal, aunque no son vinculantes, porque el Juez tiene que valorarlas e interpretar si se ajustan a la ley, a la vista de la jurisprudencia se ha demostrado que tienen mayor peso que lo que exponga la acusación particular. También resulta relevante el papel del Juez cuando valida los acuerdos resultantes de la mediación, pues aporta seguridad a las partes cuando este los confirma, y comprueban que las conversaciones se han traducido oficialmente en una solución al conflicto.

DÉCIMA. Las normas no mencionan expresamente muchos sujetos que pueden ser decisivos para la buena marcha de la actividad mediadora. Estos pueden aportar datos de la vida privada de las partes, o la forma en que sus allegados tienen de hablarles, aproxima a las partes y favorece el diálogo entre ellas. Por esto es también importante el informe del equipo técnico, que debe investigar en su entorno e invitar a participar en la mediación a aquellos sujetos que la pueden facilitar.

UNDÉCIMA. Dado que la ley no permite el sobreseimiento cuando el delito cometido sea grave, parece ridículo que el menor quiera acudir a mediación en estos casos, sin embargo las partes podrían obtener otros beneficios. Porque, si bien la mediación tiene diversas finalidades, se incardina en la justicia restaurativa, cuyo objetivo principal es la reparación de los daños causados por la infracción, y no tanto la rehabilitación del infractor o la prevención de la reincidencia, que son posibles efectos suplementarios que surgen a partir de dicho objetivo, pero a los que no se apunta directamente.

DUODÉCIMA. En cuanto al requisito de que no hubiera violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos delictivos, resulta una expresión ambigua, y puede dar lugar a incertezza y falta de seguridad jurídica a la hora de determinar si materialmente la ha habido o no. Y en referencia a la exigencia de voluntariedad de las partes, estas están sometidas a presiones constantes de su entorno, por lo que la decisión que tomen siempre estará contaminada, y el consentimiento o no de acceder a mediación no será libre.

DÉCIMOTERCERA. Durante la actividad mediadora, se lleva a las partes al plano emocional por lo que resulta más fácil controlarlas y manipularlas. Es decir, no se guía el diálogo a través de la racionalidad, sino que el mediador utiliza diversas técnicas para simular que son las partes quienes tienen el protagonismo y que no están siendo forzadas, cuando realmente están siendo coaccionadas psicológicamente. En consecuencia, la no utilización de la fuerza en la justicia restaurativa es una ilusión creada por los mediadores.

DÉCIMOCUARTA. Por último, pareciera que el sistema tradicional de resolución de conflictos está en crisis, o incluso que ha fracasado, porque se aceptan abiertamente excepciones al principio de exclusividad jurisdiccional como la mediación. No obstante, aunque la justicia restaurativa ofrece suplir la deshumanización que se vive en los juzgados, o la reparación íntegra de la víctima, a la vista de todo lo expuesto, por lo menos la mediación, no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos tan excelente y completo como se patrocina.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

ALISTE SANTOS, T.J. (2017) "Crisis de los presupuestos epistemológicos de la de la justicia en el mundo actual", VV.AA. , *La globalización jurídica. Líneas de manifestación del derecho contemporáneo*, 1^a edición, Barcelona, Atelier, pág. 315-343.

ALMIRALL SERRA, A.- GARCÍA COTTO, M.- JÓDAR MARTÍNEZ, F. (2011) "La mediación penal juvenil y comunitaria: una alianza necesaria", *Mediaciones sociales*, nº 9, pág. 165-185.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (2011) "La mediación en el proceso de menores", *Revista de derecho penal*, nº 32, págs. 9-28.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. (2011) "La mediación en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y su Reglamento", VV.AA., Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso, 1^a edición, Madrid, Reus, págs. 309-339

COLOMER HERNÁNDEZ, I.-FERNÁNDEZ FUSTES, M^aD.- GONZÁLEZ PILLADO, E.-GRANDE SEARA, P.-MARTÍNEZ TÁBOAS, T.-MORENO CATENA, V.-PRIETO LOIS, J.I.-RUGGERI, S.-SOLETO MUÑOZ, H.-REVILLA GONZÁLEZ, J.A.-VARELA GARCÍA, C. (2012), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, 1^a edición, Valencia, Tirant lo Blanch.

CORBALÁN OLIVERT, M.-MORENO GÁLVEZ, M. (2013) *Reincidencia y mediación en menores*, 1^a edición, España, J.M. Bosch Editor.

FERREIRÓS MARCOS, C.E.- SICRVENT BOTELLA, A.- SIMONS VALLEJO, R.- AMANTE GARCÍA, C. (2011) *La mediación en el derecho penal de menores*, 1º edición, Madrid, Dykinson.

GEERAETS, V. C. (2016) "Fictions of restorative justice", *Crim Law and Philos*, nº10, págs. 265-281.

GARCÍA INGELMO, F.M. (2016) *El principio de oportunidad en la jurisdicción de menores* (disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20Garc%C3%A3da%20Ingelmo,%20Francisco.pdf?idFile=064a9d0c-5d42-4b01-bd64-04a8fb094f57).

GORDILLO SANTANA, L.F. (2007) *La justicia restaurativa y la mediación penal*, 1^a edición, Madrid, Iustel.

JIMENO BULNES, M. (2013) "El proceso penal en los sistemas de *common law* y *civil law*", *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 2, págs. 207-310.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.-SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M^aP. (2011), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, 1^a edición, Madrid, Reus.

PÉREZ VAQUERO, C. (2014) "La justicia juvenil en el derecho europeo", *Derecho y cambio social*, nº37 (disponible en <https://www.derechoycambiosocial.com/revista037/INDICE.htm>).

VV.AA. (2012) OUBIÑA BARBOLLA, S.(Coord.), *Sobre la mediación penal. Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Navarra, Aranzadi.

VIII. FUENTES.

VIII. 1 Normativas.

Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (Boletín Oficial del Estado núm. 313 de 31 de diciembre de 1990)

Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal de 15 de marzo, núm. 2001/220/JAI.

Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea núm. 2006/C110/13, de 9 de mayo de 2006.

Diretrices de las Naciones Unidas res. 45/112, de 14 de diciembre de 1990 para la prevención de la delincuencia juvenil.

Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000 de Enjuiciamiento Civil (Boletín Oficial del Estado núm. 7 de 8 de enero de 2000).

Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio de 1985 del Poder Judicial (Boletín Oficial del Estado núm. 157 de 2 de julio de 1985).

Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal (Boletín Oficial del Estado núm. 281 de 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de 2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Boletín Oficial del Estado núm. 11 de 13 de enero de 2000).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Boletín Oficial del Estado núm. 260 de 17 de septiembre de 1883).

Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio de 2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores (Boletín Oficial del Estado núm. 209 del 30 de agosto de 2004).

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (87) 20, de 17 de septiembre de 1987, sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2003) 20, de 24 de septiembre de 2003, sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil.

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros 2008 (11), de 5 de noviembre de 2008, sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas res. 40/33, de 28 de noviembre de 1985, para la administración de la justicia de menores, (Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1884 de 15 de enero de 2001).

VIII.2 Jurisprudenciales.

1991

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 (RTC 1991\36).

2002

SAP de Sevilla de 26 de abril de 2002 (ROJ 1772/2002).

SAP de Navarra de 21 de octubre de 2002 (ROJ 951/2002).

2008

AAP de Madrid de 1 de diciembre de 2008 (JUR2009\432887).

2009

AAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2009 (JUR\2010\45352).

2010

AAP de Las Palmas de 22 de marzo de 2010 (JUR\2010\419218).

2011

AAP de Huelva de 20 de enero de 2011 (ROJ 179/2011).

2017

AAP de León de 14 de julio de 2017 (JUR\2017\247797).

2018

SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2018 (ROJ 4236/2018).