

Grado en Derecho
Trabajo de fin de grado (21067/22747)
Curso académico 2020-2021

LA MEDIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL CONTRA MENORES INFRACTORES

María Fontanet Juan
NIA: 173728

Tutora del trabajo: Dra. Nuria Pastor Muñoz



DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, *Maria Fontanet Juan*, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Maria Fontanet Juan

28 de Maig de 2021

Resumen

El presente trabajo está dedicado al estudio de la figura de la mediación en el proceso penal frente a menores infractores. Parte para ello de la exposición teórica del concepto de mediación, procediendo después al análisis de las razones que explican su aplicación en la justicia juvenil, así como sus ventajas. A continuación, y por cuanto es esta una figura no exenta de polémica, este trabajo se centra en las principales críticas que su aplicación en el marco del Derecho penal español recibe. De este modo, se analiza la eficacia de la mediación en el cumplimiento de los fines preventivos del Derecho penal, y si su empleo, en la manera en que ha sido concebido por el regulador español, pudiera dañar alguno de los principios del derecho penal. Por otra parte, los epígrafes finales de este trabajo se destinan al estudio del marco regulador español de la mediación en la justicia de menores, con especial énfasis en cuestiones primordiales como los presupuestos para la derivación a la mediación, su aplicación en las diferentes fases del proceso penal, o el papel del mediador y del Ministerio fiscal; para terminar recogiendo las aristas olvidadas por el legislador.

Indice de contenidos

Introducción	Pg. 1
1.- La mediación como mecanismo para la resolución de conflictos. Concepto y notas principales de la mediación penal	Pg. 3
2.- Fundamentos para la incorporación de la mediación en el proceso penal contra el menor infractor. Particular referencia a la denominada “justicia restaurativa” y al fortalecimiento del principio de oportunidad en el proceso penal de menores	Pg. 5
3.- Ventajas de la incorporación de la mediación a la justicia de menores	Pg. 13
4.- Análisis de los principales argumentos críticos en relación al encaje de la figura de la mediación en el Derecho penal español.	
4.1.- La mediación y su eficacia para lograr el respeto a los bienes jurídicos protegidos en el marco de la función preventiva propia del derecho penal ...	Pg. 18
4.2.- La mediación y la función garantista del Derecho Penal	Pg. 24
5.- Marco regulador del procedimiento de mediación en el proceso penal de menores	
5.1.- Cuerpo normativo. Desde el marco regulador establecido por el Derecho comunitario hasta la regulación nacional	Pg. 27
5.2.- Presupuestos para la derivación del conflicto a la mediación	Pg. 29
5.3.- La mediación en las diferentes fases del proceso penal en la justicia de menores	Pg. 30
5.4. Sujetos intervinientes en el procedimiento de mediación: especial referencia a la figura del mediador	Pg. 34

6.- La existencia de lagunas en la regulación vigente sobre la mediación en el proceso penal de menores Pg. 37

Conclusiones Pg. 39

Bibliografía Pg. 42

Introducción

En el presente trabajo se aborda la aplicación y el encaje de la mediación en el proceso penal frente a menores infractores. Se trata de analizar esta figura, no como una solución extrajudicial al conflicto que la comisión de un ilícito desencadena, sino como procedimiento intrajudicial y alternativo a la imposición coactiva de la pena por el Juzgador.

Con el objeto de comprender la trascendencia de la incorporación de esta figura al proceso penal, de tal manera que el acuerdo alcanzado por autor y víctima en el marco de la mediación pudiera evitar la continuación del mismo, es preciso analizar los fundamentos que llevan a su aplicación y que, especialmente en el marco de la justicia de menores, tienen que ver con el auge del movimiento en favor de la denominada “justicia restaurativa”, así como con la potenciación del principio de oportunidad. De igual modo, resulta conveniente poner sobre relieve los beneficios que su incorporación comporta, no solo desde la perspectiva de los sujetos de la relación jurídica, esto es, autor y víctima, sino también para la Comunidad y, más concretamente, para la Administración de justicia.

El reconocimiento de la mediación como “tercera vía” en el proceso penal, junto con la pena y las medidas de seguridad, no ha estado exento de polémica, por lo que este trabajo debía también detenerse en la valoración de las principales críticas vertidas al respecto. En este sentido, y desde la perspectiva de los fines del derecho penal, se centra el debate en primer lugar en la eficacia de la mediación como herramienta de prevención del delito. En segundo lugar, y por ser este también un punto particularmente discutido, resulta necesario analizar si existe o no vulneración de los principales principios en que se inspira nuestro proceso penal, como son la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad o el principio de igualdad.

Por último, se marca como objetivo de este trabajo conocer las previsiones normativas que nuestro ordenamiento recoge al respecto de la aplicación de la mediación en el proceso penal

de menores. Al hilo del estudio de la regulación existente se analizan cuestiones diversas como los requisitos o presupuestos para la derivación del caso a la mediación, la posibilidad de acudir a ella desde las diferentes etapas procesales, o el papel que juegan en este procedimiento tanto los equipos técnicos que tienen atribuida la función de mediadores, como el Ministerio fiscal.

Finalmente, y como resultado del estudio realizado sobre el marco regulador, concluye este trabajo con la exposición de los puntos oscuros de dicha regulación, esto es, de las lagunas legales existentes aún hoy, y que ponen de relieve la necesidad de llevar a cabo un desarrollo normativo.

Para el desarrollo de este trabajo ha sido preciso, especialmente en lo que se refiere al análisis de los fundamentos de la aplicación de la mediación al proceso penal de menores y sus ventajas, recurrir a la lectura de bibliografía centrada en el estudio de la implementación de mecanismos de conciliación-reparación al proceso penal, entre los que puede hablarse de la mediación. Especialmente útil a la hora de conocer los beneficios que la utilización de estas fórmulas puede conllevar, ha sido conocer el resultado de los proyectos llevados a cabo tanto en España, y más concretamente en Cataluña, como en Países del entorno comunitario como Alemania. Ha sido también de la lectura de estos trabajos, así como de diversos artículos publicados en revistas jurídicas, que he podido extraer el hilo conductor de las posiciones contrarias al empleo de la mediación como alternativa a la pena impuesta por el Juzgador para su valoración. Por último, en lo que se refiere a la parte final de este trabajo, referida al estudio del concreto marco regulador de la mediación en el derecho penal español, y más concretamente, en la justicia de menores, resultaba indispensable partir este análisis de la normativa aplicable, si bien también ha ayudado a dar luz sobre este punto la lectura de la documentación que a modo de guía ha sido elaborada por el Consejo General del Poder Judicial.

El contenido de este trabajo de fin de grado, y la estructura dada al mismo, es resultado de todas estas lecturas; ha sido al hilo de las mismas que he podido concluir que, por tratarse de una aplicación controvertida y polémica, no solo debía mostrar este trabajo el concreto

procedimiento por el que la mediación es llevada a cabo, sino que se hacía especialmente indispensable conocer las razones que sostienen su implementación, y que necesariamente pasan por considerar inclinada la balanza hacia el lado de los beneficios que su aplicación conlleva, así como, con el objeto de perfilar una posición favorable o no a su incorporación al proceso penal frente al menor infractor, debían ser también valoradas las posiciones críticas.

1.- La mediación como mecanismo para la resolución de conflictos. Concepto y notas principales de la mediación penal.

En una primera aproximación al concepto genérico de mediación, puede afirmarse que nos encontramos ante una fórmula para la resolución del conflicto existente entre dos partes enfrentadas, que se caracteriza principalmente por la nota de voluntariedad con la que dichas contrapartes acuden a ella, así como por la particular intervención de un tercero imparcial, el mediador, que se encarga de facilitar el diálogo, si bien la solución es finalmente alcanzada por las partes en conflicto. Es precisamente por esta segunda nota que la mediación se encuadra dentro de las fórmulas heterocompositivas de resolución de conflictos, por cuanto la intervención del tercero supone un avance respecto a fórmulas puramente autocompositivas como la autotela.

Si se contraponen a otras formas de hacer justicia en las disputas y controversias que pueden surgir, aquélla se trata de un mecanismo de perfil comunicativo, y no de corte adversarial. En este aspecto incide por el Consejo General del Poder Judicial¹ cuando dice:

“Se ofrecerán a las personas diversos modos de impartir justicia, unos de corte adversarias, basados en la existencia de posiciones antagónicas formuladas de modo equitativo para que el Juez resuelva, y otros, de perfil comunicativo, en el que las partes perfilan sus intereses con la ayuda de uno o varios facilitadores y ofrecen una solución convenida que el Juez asume si respeta la legalidad”

Se desprende de estas palabras otra idea que resulta ser precisada, y es que podemos hablar de la mediación como un procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos, de tal forma que el conflicto escapa al conocimiento de las instancias judiciales. Es esta la fórmula contemplada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Sin embargo, si centramos la cuestión en la mediación en el ámbito del Derecho Penal, nos encontramos con un mecanismo intrajudicial de solución de conflictos, por cuanto se prevé la

¹ En: “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, Pg. 95. Consejo General del Poder Judicial

intervención judicial tanto a la hora de acordar la derivación del caso a la mediación, como a la hora de homologar el acuerdo alcanzado por las partes con la intervención del mediador.

El objeto de estudio en el presente trabajo es la figura de la mediación como solución de conflictos enmarcada dentro del proceso penal, y no como un procedimiento ajeno o independiente a éste, en el que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, en el que se acaba imponiendo una pena por la autoridad judicial, aquí de lo que se trata es de alcanzar, en virtud de la autonomía que se concede a las partes y fruto de su consentimiento libre e informado, la consecución por éstas de un acuerdo que ponga fin al conflicto entre ellas, así como que resuelva el “conflicto social” surgido como consecuencia de la comisión del ilícito penal.

Antes de entrar en profundidad en el análisis de esta figura, resulta apropiado resaltar otras de sus principales notas definidoras. Así, en primer lugar, en la mediación penal nos encontramos ante un procedimiento caracterizado por la gratuidad, a diferencia de lo que ocurre en la mediación contemplada en el ámbito del derecho civil y mercantil, en el que, como solución extrajudicial que es, las partes deben hacer frente al coste de los servicios proporcionados por el mediador.

Por otro lado, al objeto de garantizar la privacidad de las partes, su intervención en el procedimiento de mediación se rige en todo momento por la más estricta confidencialidad, de modo que el contenido de las conversaciones que las partes mantengan durante el mismo deberá permanecer bajo secreto, sin que puedan ser sus afirmaciones utilizadas, si se diera el caso, en el proceso penal que siguiera al intento infructuoso de alcanzar un acuerdo por esta vía.

En tercer lugar, cabe hablar de la mediación como un procedimiento en el que rige la oficialidad, pues la participación en el mismo parte de un previo conocimiento de lo acontecido por parte de los órganos judiciales, quiénes tienen la competencia de acordar o no la derivación a la mediación, previo estudio de la idoneidad del caso, como así se tratará de explicar con detenimiento en un momento posterior.

Por último, debe reseñarse que si bien las partes cuentan con flexibilidad para decidir someterse o no a la mediación, así como para alcanzar una solución de forma bilateral, lo cierto es que dicha flexibilidad se encuentra limitada por el sometimiento a un posterior control de legalidad del acuerdo para su homologación por el Juzgador. Control que debe ser matizado en el concreto caso de la justicia de menores y a cuyas particularidades nos referiremos en un estadio más avanzado de este trabajo.

2.- Fundamentos para la incorporación de la mediación en el proceso penal seguido frente al menos infractor. Particular referencia a la “justicia restaurativa” y a la potenciación del principio de oportunidad en el proceso penal de menores.

Recoge el artículo 12. 2 de la Directiva 2012/29/UE ² del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la necesidad de ofrecer por parte de los Estados miembro de la Unión lo que denomina “servicios de justicia reparadora” en relación con las víctimas del delito, definiendo en su apartado primero los criterios mínimos sobre los que tales servicios deben regirse.

“2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación.”

Ahora bien, cabe preguntarse a qué se refiere el derecho comunitario cuando nos habla de una justicia restaurativa; para lo cual debemos acudir a las nociones contenidas en el artículo 2.1. del mencionado cuerpo legal, el cual señala en su apartado d) lo que a continuación se cita.

“ «justicia reparadora», cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución

² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. «DOUE» núm. 315, de 14 de noviembre de 2012, páginas 57 a 73 (17 págs.)

de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial.”

A la vista de lo expuesto, y en relación con lo ya explicado en el epígrafe precedente, no cabe duda que cuando hablamos de la aplicación de la mediación en el proceso penal, nos estamos moviendo dentro de los criterios de una justicia reparadora, ya que son las partes, autor y víctima, quienes voluntariamente acceden a someterse a un procedimiento de análisis de las consecuencias derivadas del ilícito penal, en aras de alcanzar una solución al conflicto con él desencadenado.

Si bien parece quedar rotundamente claro que cuando nos referimos a mecanismos propios de una justicia restaurativa se está concediendo un protagonismo sin igual a las partes enfrentadas en el proceso penal, existen otras notas de esta justicia reparadora que deben ser puestas de relieve. Y es que en las formulas enmarcadas dentro de ella, ese protagonismo concedido a las partes busca precisamente analizar el daño causado, no sólo a la víctima, no sólo a la Comunidad - sobre lo que indagaremos más adelante-, sino también al propio infractor, que el caso que se analiza en este trabajo se trata de un menor.

Puede afirmarse que en la idea de una justicia restaurativa, no sólo se da importancia al acercamiento entre la víctima y el autor, sino que además dicho acercamiento tiene como objeto alcanzar una solución que repare los daños derivados la actuación cometida por este último en lo que se refiere a todos los sujetos implicados, y que no son otros que la víctima, el infractor y la sociedad.

A diferencia de lo que viene ocurriendo tradicionalmente en la aplicación del Derecho penal a través del proceso que nace a raíz de la comisión del delito, en la justicia restaurativa se pretende dar solución al conflicto, no mediante la imposición coactiva de una pena al infractor, pena que por otra parte se encontraría preestablecida en el ordenamiento jurídico vigente, sino que como vemos se hace partícipe a las partes enfrentadas del proceso de búsqueda de la solución que conduzca a la reparación del daño que la conducta infractora hubiera producido.

Por lo tanto, en aplicación de esa justicia reparadora a la que invita el Derecho comunitario, se trata ahora de propiciar el encuentro entre autor y víctima para que sean ellos quienes alcancen la solución que repare la brecha creada por la comisión del delito.

En este sentido, BUSTOS³ explica que *“el proceso no sólo no ha de ser inquisitorio, tampoco acusatorio, sino de partes, pues se trata de reconocer la calidad de personas a la víctima y al victimario y al mismo tiempo que se trata de un conflicto”, así como que “el procedimiento penal tendría como finalidad no sólo el esclarecimiento de unos hechos delictivos y la atribución de responsabilidad a un sujeto, sino también el proporcionar un marco en el que sea posible una resolución consensual del conflicto activada por el autor y la víctima, bajo la supervisión judicial”*. Por su parte, y también en favor de la aplicación de procedimientos propios de una justicia reparadora se muestran otros autores como LARRAURI⁴, quién habla de *“establecer un <<procedimiento especial de restitución o conciliación>> cuyo objetivo sería abrir posibilidades de que infractor y víctima alcancen un acuerdo refrendado por el Juez que evite la imposición de una pena”*.

La introducción de figuras como la mediación en cuanto que técnica de justicia restaurativa, impulsada como hemos visto desde las Instituciones Europeas, supone un cambio de registro, y ello por cuanto implica el abandono de una justicia inquisidora en manos de la autoridad judicial - salvo en lo que refiere a su persecución a instancia de parte en la mayoría de los tipos que contempla -, y que es ejercida mediante un procedimiento en el que las partes ven reducida su intervención, y en el que en definitiva quedan desdibujadas como entes abstractos.

Dando por sentado con lo expuesto a qué nos referimos cuando hablamos de esta idea de justicia reparadora, y que en ella se enmarca el procedimiento de mediación que es objeto de estudio en el presente trabajo, si bien concretamente referido al proceso penal seguido frente

³ En: “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 45.

⁴ En: “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 46.

al menor infractor, procede ahora abordar las razones o fundamentos sobre los que se asienta la defensa de su acogimiento por nuestro ordenamiento.

Si recurrimos a la aplicación del principio de oportunidad propio del derecho anglosajón, nos encontramos con la conveniencia de dotar a la autoridad judicial de un cierto margen de actuación en la búsqueda de una respuesta frente al delito que se aleje de la tradicional imposición de la pena. De este modo, la continuación del proceso penal hasta la imposición de la pena contemplada normativamente sólo llegaría a producirse en aquellos casos en los que no fuera posible dar solución al conflicto surgido por otra vía.

Sin embargo, como bien señala Federico Bueno de Mata⁵, profesor titular de derecho procesal de la Universidad de Salamanca, en relación a la aplicación del principio de oportunidad “*estará delimitada a lo marcado por Ley, lo que nos lleva a un sistema en el que rige un sistema de oportunidad reglada*”. Ello es así por que, de un lado, y como veremos, no todos los delitos podrán ser derivados a la mediación, y de otro lado, por cuanto el acuerdo alcanzado por las partes estará sometido a un cierto control de legalidad previo a dar con él por terminado el proceso penal, con la consiguiente evitación de la imposición de una pena.

El reconocimiento de la aplicación del principio de oportunidad resulta más que comprensible si tenemos en cuenta su conexión con otros principios que rigen en nuestro derecho penal, como son el principio de proporcionalidad y el principio en favor del interés superior del menor. De tal forma que parece acertado acoger fórmulas alternativas menos lesivas, cuando con ellas sea posible alcanzar una solución al conflicto que su actuar ha causado, y que permitan la evitación del sometimiento a un proceso como el penal que en sí mismo entraña connotaciones negativas, máxime cuando hablamos de sujetos que por su corta edad no gozan de altos niveles de madurez, y que favorecen la estigmatización, no sólo social, sino también por el propio sujeto infractor, quien puede llegar a verse como un vulgar delincuente, quién puede llegar a normalizar una situación, la de ser enjuiciado, que en absoluto lo es, dificultando todo ello su reinserción y reeducación.

⁵ En: “*Reflexiones críticas acerca de las medidas de oportunidad en el proceso de menores: especial referencia a la mediación penal*”. La Ley Penal, num. 143. Walters Kluwer. La Ley 4148/2020.

Dicho lo anterior, debemos continuar profundizando en las razones que justificarían el cambio de tendencia hacia esta posición.

La primera cuestión que cabe plantearse es: ¿Por qué dotar de mayor participación a las partes en el procedimiento decisorio? ¿Qué ventajas entraña ese mayor protagonismo?. Pues bien, este punto debe ser analizado desde una doble perspectiva, por ser dos las partes implicadas, esto es, la víctima y el autor.

Bajo esta visión del problema como un conflicto “*interpartes*”, que puede ya existir con carácter previo a la comisión del hecho delictivo, o bien puede desencadenarse como consecuencia de la realización de éste, parece imprescindible dotar a tales partes de un mayor protagonismo en el procedimiento para la reparación del conflicto. Sin embargo, no puede perderse de vista el hecho de que tal conflicto no se agota en la esfera de estos dos sujetos, sino que la violación de las normas que conlleva la realización del tipo delictivo, abre también una brecha en la sociedad, en la convivencia pacífica que nuestro ordenamiento jurídico busca proteger. De ahí que hayan surgido posturas críticas a la aplicación de mecanismos de conciliación como la mediación, por entender que desaparece con ello la dimensión social del problema.

En este sentido GARCIA-PABLOS⁶ sostiene que “*se debe redefinir el delito como conflicto entre tres protagonistas: delincuente, víctima y comunidad*”, y en la misma línea se expresa Guadalupe Pérez Sanzberro ⁷cuando dice: “*Naturalmente, el derecho penal no puede reducirse a la sola consideración de las relaciones intersubjetivas, ya que tiene una inmediata dimensión social*”.

Llegados a este punto, cabe por tanto plantearse si de la solución alcanzada por las partes en el marco del procedimiento de mediación es posible colegir una reparación que incluya el que

⁶ Cita encontrada en “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 46. A su vez con referencia a: “*Papers d’Estudis i Formació, num. 8*”, 1992, pags. 260-261.

⁷ “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 308.

por algunos autores ha venido a ser llamado “daño social” del delito. A estos efectos, los proyectos que plantean formulas de reparación-conciliación como la que aquí se analiza, hacen hincapié en la necesidad de no circunscribir la idea de reparación que con ellas se busca alcanzar al estricto ámbito de lo que sería la reparación del daño propia del derecho civil, y que en el marco del derecho penal viene a ser recogida bajo el concepto de la responsabilidad civil derivada del delito contemplada en el artículo 109.1 del Código Penal⁸.

Se postula precisamente que en las medidas alternativas a la imposición de la pena por el Juzgador, como la mediación, la reparación que se busque se erija como un híbrido entre la propia pena y esa responsabilidad civil, en el cual tengan acogida no sólo fórmulas de reparación individualizadas en favor de la víctima, sino que puedan a su vez incluir otras formas de reparación orientadas o en favor de la Comunidad, como pueden ser trabajos en beneficio del colectivo de víctimas del delito que en su caso se hubiera cometido.

A mi juicio, no cabe duda de que con prestaciones en favor de la Comunidad como las mencionadas se produce un conexión del conflicto autor-víctima con la dimensión pública que el mismo alcanza, sobretodo en lo que respecta a dar esa visibilidad al infractor. Es precisamente esa conexión con la repercusión que su actuar tiene en la sociedad en la que vive, lo que puede ayudar a la evitación de la reiteración delictiva y, con ello, al mantenimiento de la paz social. Pero es que además, el reconocimiento que el infractor hace del delito y la asunción de sus consecuencias a través del sometimiento al procedimiento de mediación, implica un reconocimiento público de la vigencia de la norma que señala ese actuar como contrario al ordenamiento, vigencia que contribuye a la prevención de delitos, que actúa como herramienta disuasoria y que, en definitiva, permite lograr una convivencia pacífica.

No es descabellado sostener, siguiendo con la idea de garantizar la paz social como fin propio del Derecho penal, que el dialogo entre víctima y autor que tiene lugar en el procedimiento de mediación pueda también contribuir a evitar el nacimiento de perjuicios de toda clase que

⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24/11/1995. BOE-A-1995-25444

quiebren precisamente esa paz social, como podría ser si con ello florecen el racismo o la xenofobia hacia colectivos a los que pudiera de algún modo representar el sujeto infractor.

En consecuencia con todo lo expuesto anteriormente, si con la mediación se permite alcanzar una solución que no solo tenga en cuenta el sostenimiento de la paz social, sino que además conlleve una intervención terapéutica en el conflicto que sin duda nace entre autor y víctima, parece razonable, y desde luego aconsejable, la incorporación de esta fórmula de reparación-conciliación a nuestro ordenamiento, por ser sin duda una herramienta más completa.

En segundo lugar, debemos hablar ahora acerca de los beneficios que del recurso a procedimientos de mediación pudieran derivarse para los otros dos sujetos protagonistas, la víctima y el infractor.

En lo que a la primera se refiere, existe una corriente creciente en favor de la búsqueda de soluciones pacificadoras que pongan el foco en las necesidades de la víctima y que busquen resolver la situación en la que ésta queda tras la comisión del ilícito. Si bien, esto conduce necesariamente al planteamiento de nuevas cuestiones: ¿por qué debiera el derecho penal contemplar un procedimiento que tenga en cuenta esta exigencia? ¿contribuye esto al cumplimiento de los fines propios del Derecho penal español?

Pues bien, como ya se ha señalado anteriormente, si atendemos al fin de preservar una convivencia pacífica en Comunidad, la implementación de un procedimiento que conecte a víctima y autor parece mostrarse útil para la evitación del nacimiento de perjuicios que pueden acabar dañando precisamente esa convivencia. Que la relación entre víctima y autor repercute en la sociedad no puede ser negada a mi juicio, de modo que no parece en vano, en lo que a la consecución de tal fin se refiere, acudir a fórmulas como la mediación que favorezcan una mayor participación de la víctima en el proceso.

Además, y sobre la base de algunos proyectos de reparación-conciliación puestos en marcha, en los que se ha observado como las víctimas no sólo buscan con su participación obtener la reparación de los daños sufridos, sino también, de un lado, llamar la atención sobre las

consecuencias del hecho, lo que sin duda contribuye en mucho a la posible concienciación del sujeto infractor, y de otro, buscan conocer al autor y los motivos que le han llevado a cometer el hecho delictivo, se puede deducir de esto último una muestra de que con este acercamiento se favorece la superación de posibles perjuicios.

En lo que a las prestaciones reparadoras en favor de la víctima se refiere no sólo debe pensarse en una reparación material, sino que cabe hablar también de prestaciones simbólicas, como las disculpas, trabajos a su favor, o regalos; en las que la dimensión económica se difumina, pero que pueden ayudar con su realización a la superación de sentimientos como la indignación, el miedo o la vergüenza; todo lo cual incide indudablemente a su vez en la interacción social que se busca preservar en paz.

Dejando a un lado ahora a la figura de la víctima, debemos por último entrar a la valoración de la mayor participación que el procedimiento de mediación permitiría en cuanto al sujeto infractor, los fundamentos que justificarían las mismas y las consecuencias beneficiosas que de ello pudieran desprenderse.

A este respecto debemos centrar nuestra atención en la función resocializadora que se espera del derecho penal, para lo cual, y como ya hemos señalado con anterioridad, en aplicación del principio de oportunidad y del interés superior del menor, resulta adecuado buscar formulas de reparación menos lesivas que favorezcan la reintegración social del menor infractor.

Este extremo ha sido precisamente constatado en los resultados observados en los programas piloto de mediación llevados a cabo en Cataluña entre 1990 y 1991 con menores “delincuentes primarios”, en los que se cifra un porcentaje de éxito del 83%, como así recoge Guadalupe Pérez Sanzberro⁹. En consecuencia, parece patente, y por tanto indudable, poder colegir de estas formulas su capacidad reeducadora.

Por último, no puede concluirse este apartado relativo a los fundamentos de la aplicación de procedimientos de mediación en la justicia penal de menores, sin antes reseñar que esta

⁹ En: “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 57.

función de reintegración social que se espera del Derecho penal en su aplicación, debe ser puesta en conexión con la función preventiva asociada también al mismo, por cuanto debe tratarse de buscar un procedimiento de resolución del conflicto que busque la reinserción social, y que al mismo tiempo se pueda juzgar suficiente para prevenir la reiteración delictiva.

En este sentido, señala Guadalupe Pérez Sanzberro¹⁰ que *“el interés que despiertan la reparación y los procedimientos de conciliación autor-víctima desde una perspectiva preventivo-especial se centra en la incidencia positiva que pueden producir en el desenvolvimiento futuro del infractor el contacto con la víctima y la percepción del daño sufrido por ésta, así como la experiencia del sujeto de su propia capacidad para afrontar de forma pacífica una situación conflictiva”*.

Así, como muestra de ello, cabe señalar los proyectos de reparación-conciliación llevados a cabo en Alemania, en los que se ha observado un alto porcentaje de éxito entre jóvenes con antecedentes penales¹¹.

3.- Ventajas de la incorporación de la mediación a la justicia de menores.

Si bien ya han sido expuestos en el apartado precedente los fundamentos y razones que aconsejan la incorporación de mecanismos de reparación-conciliación como la mediación en el proceso penal, y más concretamente, en el seguido frente a menores infractores, se pretende en este nuevo epígrafe arrojar una mayor claridad y concisión en lo que a las ventajas que presenta esta fórmula de reacción frente al delito, como alternativa a la imposición coactiva de la pena por el Juzgador.

Para la realización de este análisis parece acertado partir de un esquema en el que se distingan los beneficios que la mediación conlleva para cada uno de los sujetos implicados, esto es, la víctima, el menor infractor, la Comunidad y la propia Administración de Justicia.

¹⁰ En: “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 375

¹¹ En: “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 193

De este modo, comenzaremos con el estudio de los beneficios que pudiera generar en favor de la víctima. No cabe duda que la remisión del caso objeto de enjuiciamiento a un procedimiento más informal como el que se plantea contribuye en gran medida a dar voz a la víctima. En el proceso penal seguido ante la autoridad judicial, la víctima se ve sometida a un proceso encorsetado y formalista, que además probablemente le resulte ajeno e incompresible, y que centra su participación respecto al daño sufrido en la alegación y prueba de los hechos en los que tal daño se sostiene, con el fin de lograr la apreciación por el Juzgador de la concurrencia de un concreto tipo penal. Sin embargo, la mediación le permite una participación libre de esos formalismos que sin duda favorece el proceso de comunicación, no sólo en lo que se refiere a permitir una mayor participación, sino también en lo que al contenido de esas comunicaciones se refiere, de tal forma que en el marco de las sesiones de mediación tendrá la víctima la posibilidad, no solo de exponer unos hechos, sino también de transmitir como los mismos le han podido influir, qué consecuencias personales se han derivado de los mismos.

Esta mayor participación, cuantitativa y cualitativamente hablando, constituye además para la víctima un proceso terapéutico, de superación de posibles miedos generados por lo acontecido, lo que en absoluto tiene lugar en el proceso seguido ante instancias judiciales, envuelto en un halo de frialdad y enfrentamiento, y que en nada contribuye a la reducción del coste emocional asociado al hecho de verse víctima, y la fragilidad que tal visión puede generar al individuo y a su libre desarrollo.

Por otra parte, el hecho de que en la mediación se permita a la víctima participar en la decisión, que debe ser alcanzada tras un proceso de colaboración y entendimiento con el autor-menor, contribuye en mayor medida a la superación de posibles perjuicios, a la generación de empatía, comprensión, en sustitución de una posible sed de venganza.

En segundo lugar, en lo que al autor, en este caso menor de edad, se refiere, cabe comenzar señalando que el diálogo que la mediación abre entre éste y la víctima, permitiendo conocer en toda su extensión, también la más íntima y personal si así lo quiere ésta, las consecuencias

que de su actuar se han desencadenado, permite una mayor comprensión sobre el ilícito, su dimensión, de la perturbación que éste produce en los otros.

Es precisamente esta toma de conciencia sobre las consecuencias de sus acciones lo que en gran medida puede contribuir a su reeducación, tan perseguida por nuestro ordenamiento penal; concienciación que a su vez puede evitar que el sujeto llegue a justificar su mal hacer, o incluso a neutralizar determinados comportamientos, hasta el punto de normalizarlos.

Por su parte, la intervención en el diálogo abierto para alcanzar una solución al conflicto desencadenado por sus propios actos, pudiendo colaborar con propuestas, supone sin duda una asunción de responsabilidad en los mismos, así como genera un vínculo con la respuesta alcanzada, lo que se traduce en un mayor compromiso con la reparación a la que deberá enfrentarse. Así, ya se comentó en el apartado segundo del presente trabajo, como en los proyectos realizados con menores reincidentes en Alemania, se había alcanzado un alto grado de éxito, entendido éste como la finalización del proceso conciliador con la efectiva reparación a la víctima.

Esta asunción de responsabilidad genera a su vez un efecto pacificador del sujeto consigo mismo, que sabedor de su capacidad para hacer frente al conflicto que él mismo ha generado, y de alcanzar una solución para éste, le libera del estigma de verse delincuente, y lo que podría ser peor, delincuente sin remedio. Comparativamente hablando, esta visión de sí mismo es difícilmente evitable cuando el menor debe enfrentarse a un proceso tan distante y hostil como el enjuiciamiento penal, cuando debe acudir a unos juzgados, someterse a un proceso lleno de tecnicismo, en el que puede verse señalado, categorizado negativamente, reducido a un número. Por no hablar del estigma que, en su caso, pudiera generar la imposición de una pena de internamiento, que se ha comprobado desocializadora.

En este último orden de cosas, procede ahora hablar de los beneficios que derivados de la aplicación de procedimientos de mediación redundan en favor de la Comunidad, por ser ésta, como ya señalábamos en el apartado anterior, el tercer sujeto implicado en el conflicto surgido, y que representa la dimensión social del problema.

Pues bien, como ya se ha tenido ocasión de apuntar con anterioridad, la función pacificadora y de prevención que persigue el derecho penal para ordenar la convivencia del individuo en sociedad, se encuentra íntimamente conectada, de un lado, del de el autor, con la concienciación, responsabilización y reeducación del mismo, y, de otro lado, del de la víctima, con la superación de perjuicios y sentimientos de venganza que la comisión del delito pudiera desencadenar.

Si atendemos a lo expuesto en párrafos precedentes acerca de los beneficios que la mediación genera en estos dos sujetos, autor y víctima, parece imposible no desprender de esta alternativa de reacción al delito -en relación a la imposición de una pena por el juzgador- importantes efectos positivos en el campo de la reeducación, la reinserción social del sujeto y el mantenimiento de la convivencia pacífica.

Si bien, no puede concluirse el análisis de este concreto punto sin antes precisar que, con el objeto de que el menor infractor tome conciencia al mismo tiempo de las consecuencias que su actuar provoca en esa convivencia pacífica en Comunidad, resulta apropiado incluir entre las medidas reparadoras que busquen poner solución al conflicto desencadenado, aquéllas que favorezcan precisamente esa toma de contacto con la dimensión social del problema, como pueden ser los trabajos en beneficio de un colectivo de víctimas del delito en que hubiera incurrido.

Por último corresponde ahora entrar a valorar las ventajas que la derivación dentro del proceso de enjuiciamiento a formulas de mediación conlleva para la propia Administración de justicia. En este sentido, el hecho de que el procesamiento de determinados delitos se lleve a cabo a través de procedimientos como éste, cuyas sesiones tienen lugar fuera del propio circuito judicial, ante la presencia de las partes y un mediador, ello contribuye en gran medida a la reducción del volumen de trabajo de los Juzgados, lo que a su vez se traduce, desde una perspectiva puramente económica, a una reducción de los costes asociados a la administración de justicia o, de otro modo, en la posibilidad de redirigir el gasto hacia aquellas estructuras

delictivas más complejas, necesitadas de mayores recursos, tanto económicos como de tiempo, para la investigación, averiguación y persecución de las mismas.

A fin de dar por concluido este análisis, a continuación se exponen de una forma más visual y concisa las principales diferencias que deben destacarse entre el sometimiento del enjuiciamiento del delito a la autoridad judicial en su totalidad, o la derivación del procedimiento de búsqueda de una solución reparadora, en el marco de la aplicación de una justicia restaurativa y del principio de oportunidad, en favor de una mediación.

MEDIACIÓN	TRIBUNALES
Mayor participación y control por parte de autor y víctima en el desarrollo del proceso	Procedimiento caracterizado por la rigidez, el formalismo, controlado por el Juzgador, lo que redundará en una menor participación de las partes
Procedimiento comunicativo y de colaboración entre las partes	Proceso adversarial
Permita un mayor conocimiento sobre la dimensión personal del conflicto con una función a su vez terapéutica para las partes	El conocimiento sobre el conflicto se reduce a su estricta dimensión legal
Mayor compromiso del autor con el resultado como consecuencia de su participación en la toma de decisión sobre la solución reparadora	Bajo nivel de compromiso con la decisión adoptada por el órgano enjuiciador e impuesta coactivamente
Amplio abanico de soluciones al conflicto	Limitación de la respuesta al delito por la sujeción a las normas
Rapidez en su tramitación	Procesos de mayor extensión temporal

4.- Análisis de los principales argumentos críticos en relación al encaje de la figura de la mediación en el Derecho penal español.

4.1.- La mediación y su eficacia para lograr el respeto a los bienes jurídicos protegidos en el marco de la función preventiva propia del derecho penal.

El planteamiento acerca de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de formulas como la mediación, no ha estado en absoluto exento de polémica, de tal modo que resulta imprescindible en el estudio de esta figura realizar un análisis sobre las principales críticas recibidas. Con este objetivo, en el presente apartado se pretende hacer un análisis en torno al interrogante de si la mediación es un instrumento válido y eficaz para alcanzar el objetivo preventivo que persigue nuestro Derecho Penal; el cual se encarga de la codificación de una relación de acciones que por su especial carácter lesivo para la convivencia y la ordenación de la vida en sociedad, considera deben ser perseguidas y penadas, pero que con ello no sólo busca castigar al infractor, sino que además, y no menos importante, es precisamente con la determinación de esas conductas penalmente perseguibles y el “castigo” que llevan aparejadas, para su conocimiento público, que pretende evitar la comisión de las mismas, sirviendo así por tanto a un fin preventivo.

En el camino hacia la prevención, a priori parece lógico pensar que penas como la privación de libertad, por lo que implican para el individuo que se ve privado de tal derecho, cumplen sin cuestionamientos ese fin. Es indudable que la entidad de este tipo de castigo es una medida disuasoria sin parangón para quién se plantee infringir los códigos de conducta marcados. En idéntico sentido puede hablarse de otras penas contempladas en nuestro Derecho penal, como por ejemplo la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, y ello por cuanto puede perjudicar en lo económico a aquellos sujetos que obtienen por esta vía su sustento.

Dicho esto, debemos preguntarnos: ¿La prevención sólo se logra desde la intimidación? ¿Sólo se alcanza con la previsión normativa de una amenaza de imposición coactiva de un determinado castigo? A fin de dar respuesta a estos interrogantes, se pretende razonar aquí

sobre sí desplegará o no también ese efecto preventivo en la sociedad el recurso a un procedimiento que, en lugar de dirigirse por el Juzgador hacia la imposición de la pena prevista legalmente, sea conducido por los concretos sujetos del conflicto que indudablemente la conducta lesiva ha hecho nacer, de tal forma que sean dichas partes quienes determinarán el contenido de la solución a un problema que presenta también una dimensión social, pues no pueden ser toleradas ni permitidas algunas acciones si se quiere mantener una convivencia pacífica en Comunidad.

Al hilo de lo que pretende analizarse nace una nueva cuestión: ¿Podrá el hecho de que sean las partes quienes alcancen el acuerdo sobre las consecuencias derivadas de una infracción del Código Penal generar una mayor laxitud, una rebaja en la intensidad de las consecuencias de una vulneración de las normas? En tal caso, ¿se podría llegar incluso a desencadenar con ello una invitación a delinquir por la escasa entidad de la respuesta?. En definitiva, se trata de reflexionar sobre si el papel otorgado en el procedimiento de mediación a la víctima, concretamente en su participación activa en el diseño de la respuesta a la infracción cometida, puede impedir hablar de la mediación como un instrumento eficaz para la prevención de conductas delictivas.

Si mantenemos una visión de la mediación como un procedimiento centrado en alcanzar un acuerdo que satisfaga a la víctima en reparación del daño sufrido, y no como un procedimiento donde también tiene cabida la dimensión social del problema surgido, ni sus ventajas en lo que a la toma de conciencia por el autor de ambas dimensiones -víctima y sociedad- se refiere, es posible concluir que la mediación no sea una herramienta de prevención eficaz. A esta conclusión se puede llegar porque así vista, la mediación permite que la respuesta a una misma acción lesiva pueda presentar infinidad de contenidos, en función de lo que cada concreta víctima estime suficiente para entenderse resarcido en el daño. Esta multiplicidad de posibles respuestas es cierto que a mi parecer podría desencadenar, no sólo en un total desconocimiento por la sociedad de las consecuencias que podrían derivarse de un actuar disconforme con el Derecho penal, lo que sin duda se traduce en inseguridad jurídica, sino que no parece ilógico pensar que dicho desconocimiento pueda desembocar también en un incremento de la criminalidad, por una creencia, quizás errónea, de

un menor alcance punitivo. Creencia que, por otro lado, podría verse realizada si con carácter general las víctimas se conformaran con una respuesta demasiado leve, que incluso hiciera ventajoso para el autor cometer la infracción. Pensemos por ejemplo en la posibilidad de que la víctima encuentre respuesta suficiente en las meras disculpas.

Para evitar este posible escollo, que nos lleva a tener que considerar el procedimiento de mediación como una vía poco eficaz en lo que a la prevención en materia de comisión de actos delictivos se refiere, entiendo que resulta imprescindible, en primer lugar, tomar en consideración que la utilización de la mediación no debe excluir en ningún caso la labor regulatoria acerca, no sólo de las conductas infractoras, sino también de las penas que coactivamente pueden llegar a ser impuestas por la vía de enjuiciamiento penal, pues así, en una plano de coexistencia de ambas vías, de plantear la mediación como una alternativa posible para determinados supuestos, podrá a juicio de quien suscribe llevarse a cabo una eficaz labor de prevención.

Si, por un lado, el Derecho penal cumple su función de recoger las conductas penalmente punibles, y, de otro lado, siempre que la realización de toda acción que pueda ser subsumible en uno de los tipos penales contemplados en él, lleve aparejada el sometimiento a un procedimiento, ya sea la mediación si se acuerda por el Juzgador su derivación y lo aceptan las partes, ya sea el sometimiento de la cuestión al propio Juzgador para su fallo, **ello en sí mismo ya tiene un efecto disuasorio, al menos para un alto porcentaje de la sociedad que no quiere verse señalado como culpable y sometido a un procedimiento.**

En relación a esto último, cabe precisar que por cuanto la derivación a la mediación que se contempla en nuestra legislación exige el reconocimiento de los hechos por el autor-infractor, inevitablemente existe un señalamiento como culpable también en el empleo de esta vía que, como digo, se erige en alternativa a la imposición coactiva de la pena por el Juzgador.

Por lo expuesto, considero que es, por tanto, posible que no solo la amenaza de la imposición coactiva de la pena posea efectos preventivos, pues como decía, en el procedimiento de mediación que contempla nuestro ordenamiento, el menor autor de unos hechos tipificados

como delito por las normas de derechos penal debe hacer frente a las consecuencias de su actuar; luego entonces, no puede decirse que la vigencia de esas normas que señalan las conductas que deben ser perseguidas y castigadas se vea dañada, sino todo lo contrario, el autor, al reconocer los hechos y asumir las consecuencias de los mismos, esta dotando de vigencia a tales disposiciones, no solo frente a la víctima, sino también frente a la sociedad. Vigencia que se traduce en prevención.

De este modo configurada la mediación, esto es, como una alternativa a la imposición de la pena por el Juez, pero sin excluir esta vía, y que resulta aplicable en base a un marco regulador relativo a las conductas consideradas infractoras del ordenamiento, el cual se demuestra vigente con la asunción por el menor de las consecuencias derivadas de sus actos, si bien en este caso dicha respuesta es determinada con la participación de autor y víctima, entiendo no queda desvirtuado el fin preventivo del Derecho Penal, al cual se refieren autores como Muñoz Conde y García Arán en los siguientes términos¹²:

“El Derecho Penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas (...) la pena no se aplica para reparar el daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar a los ciudadanos la vigencia del Derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr los fines preventivos” .

Sentado lo anterior, conviene añadir que, con el objetivo de corregir el debilitamiento que en lo referente a la finalidad preventiva propia del Derecho penal pudiera conllevar el empleo de la formula de la mediación por el papel de la víctima en la determinación de la solución al conflicto, cabe defender una mediación como la que contempla nuestro Derecho en la que resulta imprescindible el papel del juzgador en la fase de homologación del acuerdo alcanzado por víctima-autor, y que tendremos ocasión de explicar en profundidad en un epígrafe posterior, pero que en resumen debe suponer la evitación precisamente de caer en

¹² En: “*Papers D’Estudis i Formacio*” num. 8, 1992. Página 176. Extraído de: “*Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?*”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 47

respuestas insuficientes o, por el contrario, también desproporcionadas, en relación a la entidad de la conducta en su caso realizada. Necesidad que tiene como fundamento que, de no llevarse a cabo este control judicial, y como ya se expuso en un párrafo precedente, correremos el peligro de caer en el debilitamiento de la respuesta frente al delito, lo cual en última instancia podría incluso conllevar en algunos casos que resultase más ventajoso para el autor infringir la norma; Ese debilitamiento o esa ventaja sin duda guarda una conexión directa negativa si lo que se quiere es precisamente evitar la comisión de actos delictivos, pero que en nuestro caso se ve corregido con el sometimiento al control judicial de la respuesta alcanzada por las partes en conflicto.

Por lo tanto, aunque en principio pudiéramos pensar que el empleo de la mediación como esa alternativa no permite alcanzar un fin de prevención frente al delito, es cierto que su utilización en el marco de la regulación penal, y en convivencia con la posibilidad de imposición coactiva de la pena en caso de no alcanzarse acuerdo o que este no sea homologado por el Juez, por cuanto también la mediación supone someterse a un procedimiento que implica un señalamiento de culpabilidad y la necesidad de cumplir con un concreto compromiso de resarcimiento a la víctima y a la sociedad, me lleva a concluir de nuevo que, por esto último, y apoyado por lo anterior - la existencia de un marco legal y la posibilidad de continuación del procedimiento por la vía jurisdiccional si fuera necesario-, la mediación puede servir también a prevenir la comisión de actuaciones delictivas. Dicho de otro modo, **aunque la solución sea alcanzada por las partes, la configuración dada por nuestra regulación al procedimiento de mediación, exigiendo el reconocimiento de la culpabilidad por el autor, sometiéndole a un procedimiento que concluye con la asunción de su propia responsabilidad, lo que demuestra la vigencia de la norma, y la “amenaza” que sigue en el fondo pesando de que de no alcanzarse un acuerdo de conformidad con la víctima, así como que este no sea homologado, el procedimiento de enjuiciamiento penal ante el Juzgador continúe su tramitación, llevan a concluir que no queda con el empleo de la mediación desvirtuado el fin preventivo de nuestro Derecho Penal.**

En el sentido de lo expuesto se pronuncia PEREZ SANZBERRO¹³ cuando dice:

“La validez de la norma jurídica se confirma a través de un acto de asunción de la responsabilidad que se produce de forma dialogada, y no mediante el recurso a la coacción directa”

“La contemplación del daño causado a la víctima como punto de partida real sobre el que articular la exigencia de responsabilidad del autor; la exigencia de que éste se haga cargo y afronte esa realidad, es algo que afecta a los directamente involucrados -víctima y autor-, pero también al resto de los miembros de la comunidad jurídica. La respuesta que puede ofrecer el autor en el intento de reparar el daño (...) a la vez expresa la necesidad de respetar las expectativas normativas”

“Tampoco puede afirmarse que sea una respuesta exenta de cargas y exigencias personales, más aún cuando las prestaciones reparadoras son el resultado de una confrontación y dialogo con la víctima. (...) La reparación no excluye la declaración de responsabilidad por el hecho penalmente ilícito, lo que también tiene un claro contenido sancionatorio aun cuando se renuncie a la pena”.

Dicho todo lo anterior, existe otro razonamiento que me lleva a la misma conclusión, y es que la realidad es que el procedimiento de mediación, desde la perspectiva del autor-infractor, y como se ha tratado de exponer en el epígrafe tercero de este trabajo, cumple también un papel resocializador, lo que indudablemente tiene un efecto en las posibles conductas reiterativas.

La mediación posibilita un amplio abanico de respuestas frente al delito, en comparación con las que ofrece el Código Penal; si bien, lo relevante a estos efectos es que en la definición de esas respuestas se hace partícipe al propio autor, y ello en el marco de las sesiones que tienen lugar con ayuda del mediador, al hilo de las cuales entra en contacto con la víctima de su acción, con el sujeto inmediatamente perjudicado por la misma, teniendo así la posibilidad de

¹³ En: *“Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”*, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 188, página 352 y página 374.

conocer de primera mano el efecto provocado, de empatizar, de conectar, y por tanto de tomar una especial conciencia sobre la dimensión de sus actos. Resulta indudable a mi juicio que este procedimiento presenta enormes ventajas en cuanto a la reeducación del individuo, pudiendo así evitar en mayor medida que caiga en la reiteración delictiva.

Este efecto resocializador es especialmente significativo en la mediación si se compara con la respuesta ofrecida por nuestro ordenamiento frente a la comisión de algunos tipos delictivos como es la privación de libertad, por cuanto es notorio que la reclusión del individuo en centros penitenciarios junto a otros condenados, o como en el caso que nos ocupa, su internamiento en centros de menores, a menudo genera una respuesta de normalización de las conductas infractoras, su vanalización, lo que lleva en muchos casos a la reincidencia. Ello nos debe llevar a preguntarnos si otras respuestas son más ventajosas en lo que a la prevención se refiere, pues si reeduco al individuo, reduzco las posibilidades de que se consolide su perfil como sujeto infractor, y en definitiva, prevengo la comisión de nuevos actos delictivos.

4.2. La mediación y la función garantista del Derecho Penal.

En este segundo apartado se busca reflexionar acerca de las críticas vertidas en relación al quebrantamiento o debilitamiento en el empleo de esta fórmula de los principios que rigen la aplicación del derecho penal, como el principio de igualdad o el de presunción de inocencia.

El papel concedido en la mediación a autor y víctima, en contraposición al que presentan en el proceso penal, en el que prácticamente quedan reducidos a sujetos abstractos de una relación jurídica, es visto como problemático desde la perspectiva del principio de igualdad por dos motivos principalmente: de un lado, por cuanto puede darse una descompensación de fuerzas entre las propias partes implicadas y, de otro lado, porque vista la mediación como un mero proceso de negociación de una pena entre dos partes, el empleo de esta vía podría excluir a quienes no cuenten con recursos económicos para llevar a cabo la reparación buscada por la víctima y acordada entre ésta y el autor. Sin embargo, al respecto, existen a mi juicio soluciones.

En lo que se refiere a la existencia de un desequilibrio entre las fuerzas de una y otra parte, el procedimiento de mediación debe contemplar mecanismos de información y control orientados a evitar que una de las partes ejerza una posición de superioridad frente a la otra. En este sentido, resulta imprescindible, en primer lugar, que en el acuerdo de derivación del asunto a la mediación se informe debidamente a ambas partes acerca de las previsiones que la legislación contempla como respuesta jurídica al concreto delito de que se trate, de tal forma que conozca la dimensión de la respuesta marcada por el ordenamiento, y así buscará un acuerdo que al menos no exceda de la previsión normativa. En segundo lugar, resulta de vital importancia para evitar tales posibles desequilibrios el sometimiento posterior del acuerdo alcanzado por víctima-autor a la homologación judicial. Esta fase del proceso de mediación es, a mi juicio, la herramienta más eficaz para evitar una descompensación de fuerzas. Todo ello, además, no sólo protege la garantía de igualdad, sino que también protege la aplicación del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, pero siguiendo el hilo de las críticas que la mediación recibe en relación al principio de igualdad, el hecho de ver la mediación como un mero proceso de negociación privada de la pena al que sólo pudieran voluntariamente acceder quienes tengan recursos económicos para hacer frente a la reparación que se determine, no sólo no es cierto en lo relativo a que se trate de una mera negociación privada, pues como hemos expuesto está sometido a su posterior homologación judicial, y además la mediación no sólo busca la reparación de la víctima, sino que incluye, y debe incluir, una referencia a la dimensión social de las consecuencias del actuar delictivo, como ya se tuvo ocasión de exponer. Pero es que, además, no es cierto que a ella sólo pueda acceder la víctima con recursos económicos, pues la mediación puede contemplar infinidad de respuestas al delito que no necesariamente deben tener un perfil económico. Además, es posible contemplar una solución si fuera el caso, como la que se ha recogido para algunas propuestas de formulas de reparación-conciliación, y que consistiría en la previsión de figuras de apoyo a través de Fondos de compensación, que operaran a modo de préstamo - sin intereses- en favor del autor para hacer frente a la responsabilidad derivadas del ilícito cometido.

Dejando a un lado lo expuesto, procede ahora analizar si el procedimiento de mediación tal y como se encuentra configurado puede suponer una vulneración del principio de presunción de inocencia, y ello por cuanto se puede en principio entender violado por el hecho de que para la derivación del procedimiento a la mediación se exige que el hasta entonces presunto autor acceda voluntariamente a reparar antes de que se haya producido una declaración judicial de culpabilidad, de tal manera que, en el supuesto de que, por resultar infructuosa la mediación, el procedimiento debiera continuarse por los tramites previstos para el proceso penal, su inocencia ya habría quedado en tal caso cuestionada.

En lo que se refiere a la presunción de inocencia entendida como regla de tratamiento, esto es, como aquella obligación de tratar al sujeto como inocente durante todo el proceso, hasta que la sentencia adquiera firmeza, y puesto ello en relación con lo que se acaba de exponer, a primera vista parece clara la posible vulneración de este principio. Sin embargo, en aras de evitar precisamente esta violación, la mediación tal y como ha sido configurada en nuestro ordenamiento, se rige por la garantía de privacidad de todo lo actuado en el curso de la misma, de tal modo que no puede ser fuente de prueba lo hablado o conocido al hilo de las sesiones en que se configura la misma. Además, el hecho de que la parte considerada autora que decide voluntariamente someterse al procedimiento de mediación, no esta reconociendo la comisión de un concreto tipo delictivo, no reconoce su culpabilidad jurídico-penal, y desde luego no lo hace en todos sus extremos, sino que reconoce su participación en unos hechos y su intención de reparar el daño que pudieran haber causado. De tal modo, el sujeto puede si fuera el caso alegar en el proceso penal motivos exculpatorios, atentatorios, o incluso discutir su grado de responsabilidad en los hechos.

Por otra parte, vista la presunción de inocencia como regla de juicio, es decir, como exigencia de que la declaración de culpabilidad se asiente en una inequívoca y concluyente prueba de cargo, la posible vulneración de este principio queda descartada si para la derivación del caso a la mediación es exigido el despliegue de una mínima carga probatoria por el juzgador acerca de la autoría de los hechos, no bastando con la mera declaración de responsabilidad o la confesión del presunto autor., sino que resulte necesaria la existencia de un indicios serios de responsabilidad del sujeto que quedaría sometido al procedimiento de mediador como autor.

Así lo expresa PÉREZ SANZBERRO¹⁴ cuando analiza la aplicación de fórmulas de conciliación en el proceso penal:

“El presupuesto relevante para que se realice la propuesta por parte de las instancias judiciales de participar en un intento de conciliación, debe residir en la existencia de pruebas contundentes de la responsabilidad en el hecho”.

En consecuencia, con todo lo expuesto, si bien a simple vista podría considerarse que el empleo de la mediación podría suponer la vulneración de las garantías previstas por nuestro ordenamiento jurídico relativas a la contemplación de un proceso regido por los principios de igualdad y de presunción de inocencia, lo cierto es que si esta institución se configura debidamente, en aplicación de las soluciones que han sido expuestas, la realidad es que tales garantías se mantienen intactas.

5. Marco regulador del procedimiento de mediación en el proceso penal de menores

5.1. Cuerpo normativo. Desde el marco regulador establecido por el Derecho comunitario hasta la regulación nacional.

La incorporación al proceso penal de mecanismos de mediación, como ya se ha explicado, tiene lugar al hilo de una tendencia hacia la aplicación de modelos de justicia restaurativa. En este sentido, la **Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas en materia de derechos, apoyo y protección a las víctimas¹⁵**, se refiere a la necesidad de los Estados de ofrecer lo que denomina “servicios de justicia reparadora” en relación con las víctimas en general; de tal manera que los Estados miembros deberán facilitar la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora; servicios que deberán ofrecerse con las garantías contempladas en su artículo 12.

¹⁴ En: “Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 385

¹⁵ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo

La referida Directiva ha sido traspuesta por la **Ley 4/2015, sobre Estatuto de la víctima del delito**¹⁶, cuyo artículo 5.1, al recoger los derechos de la víctima desde el primer contacto con las autoridades competentes, señala en el apartado k), el concreto derecho a ser informada sobre los “servicios de justicia restaurativa disponibles, en los casos en que sea legalmente posible”; servicios que se concretan en el precepto número 15 en los siguientes términos:

“Artículo 15. Servicios de justicia restaurativa.

1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que

reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento.”

¹⁶ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE núm. 101, de 28/04/2015. BOE-A-2015-4606

Centrando ahora la cuestión en lo que al proceso penal de menores se refiere, debemos acudir a lo dispuesto en la **Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor**¹⁷, así como al desarrollo de la misma realizado por **Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000**¹⁸.

Concretamente, y sin perjuicio del análisis que en los apartados sucesivos de este trabajo se hará del articulado de estas normas en lo referente a la mediación, debe comenzar señalándose que es en el **artículo 19** de la Ley 5/2000 donde ésta encuentra su fundamento de aplicación, y ello por cuanto se recoge en él la posibilidad de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento y archivo de lo actuado cuando, entre otros factores, el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la ésta o al perjudicado por el delito, o también cuando se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en el informe que tendremos ocasión de explicar más adelante.

5.2. Presupuestos para la derivación del conflicto a la mediación.

El estudio de esta cuestión debe partir de la previsión legal contenida en el apartado primero del artículo 19 de la Ley orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor (LORPM), el cual reduce la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste el sobreseimiento y archivo de la causa seguida frente al menor, para el caso de haberse producido un acto de conciliación autor-víctima, o por haber asumido el primero el deber de reparar los perjuicios causados, o de cumplir con la actividad educativa que le hubiere sido marcada por un equipo técnico, a los **delitos menos graves**, precisando también que la decisión del Ministerio Fiscal tendrá lugar *“atendiendo a las gravedad y circunstancias de los hechos y del menor”* y *“de modo particular a la falta de violencia e intimidación graves en la comisión de los hechos”*.

¹⁷Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11, de 13/01/2000. BOE-A-2000-641

¹⁸ Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, 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. BOE» núm. 209, de 30 de agosto de 2004, páginas 30127 a 30149. BOE-A-2004-15601

Estos presupuestos cumplen con la línea de lo previsto en el artículo 15.1. d) de la Ley 4/2015 del Estatuto de las víctimas del delito, el cual establece la necesidad de garantizar, a la hora de la derivación del conflicto a la mediación, la protección a la víctima, de tal forma que no entrañe un riesgo para ella. En este sentido precisa el Consejo General del Poder Judicial, en su documento titulado “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”¹⁹, que deben valorarse criterios como: *“la naturaleza y gravedad del delito, la intensidad del daño causado, o la existencia de contexto de dominación psicofísica o sexual, u otros desequilibrios de poder entre los integrantes de la interacción conflictiva”*.

De especial interés es también la siguiente consideración que el órgano de gobierno de los Jueces hace a este respecto: *“las víctimas especialmente vulnerables por razones personales, relacionales o contextuales, no están excluidas de la derivación a las técnicas restaurativas. Lo que si precisan es una tutela reforzada que se traduce en una especial ponderación por el Juez o Tribunal de cada caso concreto para evitar que la edad, la discapacidad o la asimetría de poder pueda limitar su capacidad para consentir libre y voluntariamente o pueda favorecer situaciones de revictimización”*.

En conclusión, la aplicación del procedimiento de mediación dentro del proceso penal seguido contra menores infractores queda circunscrito a los delitos leves o menos graves; si bien. Además, para la derivación del caso, se precisa un juicio de idoneidad previo, el cual implica un ejercicio de valoración por parte del Ministerio Fiscal de cada caso concreto, en el que se tendrán en cuenta diferentes criterios que ya han sido expuestos, y que guardan una estrecha relación con el mejor interés del menor y con la protección a la víctima del delito.

5.3. La mediación en las diferentes fases del proceso penal en la justicia de menores.

Nos detenemos ahora en este punto por cuanto existen en la doctrina posiciones diversas y contradictorias en cuanto a la posibilidad de acudir o no al procedimiento de mediación en las

¹⁹ En: “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. Elaborado por el Consejo General del Poder Judicial. Página 109.

diferentes etapas procesales, de tal forma que es este a mi juicio un aspecto en el que interesa ahondar.

En primer lugar, si nos situamos temporalmente en un momento anterior a la interposición de denuncia y la correspondiente incoación del proceso penal, una parte de la doctrina, encabezada por BARONA VILAR, se muestra favorable a la mediación en esta fase preprocesal, y ello en los supuestos de delitos leves privados o semipúblicos en los que se requiere la instancia del ofendido, perjudicado o agraviado por el delito para su persecución²⁰. En estos casos, la mediación fructífera, en cuanto que medida extrajudicial de solución del conflicto, evitará la iniciación del proceso penal que pudiera corresponder, y ello gracias a que con ella se habría obtenido el perdón del ofendido.

Por otra parte, en lo que se refiere a la aplicación de formulas de conciliación como la mediación en la fase de instrucción del proceso penal de menores, ya hemos visto que encuentra su fundamento en la previsión contenida en el artículo 19 LORPM, quedando en manos del Ministerio fiscal la posibilidad de instar el sobreseimiento y archivo de la causa en aquellos supuestos en los que se den los presupuestos expuestos en el epígrafe precedente de este trabajo.

A estos efectos, el artículo 27.3 LORPM precisa que **el Ministerio Fiscal requerirá a un equipo técnico para que informe sobre la conveniencia en interés del menor de que éste lleve a cabo una “actividad reparadora o de conciliación con la víctima”**. A este equipo técnico, adscrito a los Juzgados de menores, se les atribuyen las funciones de mediación entre el autor y la víctima de sus actos. En su informe deberá hacerse mención expresa al contenido y alcance de la actividad reparadora acordada. En el caso de producirse la conciliación, o de llevarse a cabo dicha actividad, el Ministerio Fiscal, con remisión inmediata del Informe del equipo técnico, solicitará al Juez de menores el sobreseimiento y archivo de la causa.

La concreta actuación del equipo técnico mencionado viene desarrollada por el artículo 5.1 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley

²⁰ En: “*La mediación en las fases del proceso penal de menores*”, artículo de Federico Bueno de Mata. La Ley.

Orgánica 5/2000, cuando desarrolla el “modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales”, como la contemplada en el artículo 19 de la LORPM. Así, establece el siguiente modo de proceder:

“b) Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor.

c) El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oirá a sus representantes legales. 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 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

d) El equipo técnico 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.

Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente.

e) Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos.

f) No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a este la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

g) El equipo técnico pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el resultado del proceso de mediación, los acuerdos alcanzados por las partes y su grado de cumplimiento o, en su caso, los motivos por los que no han podido llevarse a efecto los compromisos alcanzados por las partes, a efectos de lo dispuesto en el artículo 19.4 y 5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.”

En tercer lugar, en cuanto a la aplicación de la mediación en la fase de enjuiciamiento, no existe previsión legal al respecto. PEREZ SANZBERRO, señala en contra de esta opción que *“situar tal intento en el momento del juicio, cuando se han consolidado los papeles enfrentados de autor y víctima, y la víctima aparece para el autor como un testigo de cargo, no parece lo más adecuado para que pueda establecerse una conciliación en condiciones favorables”*. Al mismo tiempo que reconoce en su favor que: *“la iniciación del intento de conciliación, por lo menos, una vez formulada la acusación tiene la ventaja de evitar la inclusión de casos que de otro modo no se perseguirían penalmente (asuntos de bagatela)”*²¹.

Por último, no puede terminarse este análisis sin preguntarse sobre la posibilidad de acudir a un procedimiento de mediación en la fase de ejecución de sentencia. En este sentido, afirma Federico García Bueno en el artículo anteriormente citado que si bien *“el momento en que la doctrina está más de acuerdo en plantear la mediación en menores es en una etapa post-procesal al buscar acuerdos en la fase de ejecución vinculados directamente con mecanismos e instrumentos de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad a través de la posibilidad de reparar el daño causado por el menor infractor”*. Entre los que defienden esta posición está SILVA, quién considera que la mediación debe tener aplicación *“en el ámbito de la atenuación o de la suspensión de la ejecución de la pena”*²². Sin embargo, señala el autor del artículo *“La mediación en las fases del proceso penal de menores”*, Federico García Bueno, que otros autores, entre los que él mismo se incluye, sostienen que *“aquí tampoco estaríamos hablando de una mediación, sino más bien de una negociación en la que lo único*

²¹ *“Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”*, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 183.

²² En: *“Responsabilidad Penal”*, 1993. ROMEO CASABONA (ed). Página 355.

que se realiza es una modulación de la pena ya impuesta sin la libertad y voluntariedad propia de una mediación ordinaria”.

Contempla el artículo 51.3 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad del menor la posibilidad de que el Juez de menores deje sin efecto la ejecución de la medida que hubiera impuesto, *“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”*, si se alcanza un acuerdo de conciliación entre autor y víctima, y siempre que el Juzgador estime 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”*.

5.4. Sujetos intervinientes en el procedimiento de mediación: especial referencia a la figura del mediador.

En el procedimiento de mediación, como ya se ha tenido ocasión de explicar anteriormente, las partes, en contraposición con el papel que juegan en el proceso penal, caracterizado por una abstracción de la figura de autor y víctima, gozan de un poder de actuación primordial en la dirección del conflicto, y ello por cuanto se deja en sus manos la consecución de un acuerdo que ponga fin a la controversia nacida o acuciada con la comisión del hecho delictivo.

Autor y víctima se encuentran acompañados en este proceso por la figura del mediador, quien se encarga de favorecer el diálogo entre ambas partes con el objetivo de alcanzar un acuerdo entre ellas. Ahora bien, sin perjuicio de que son las partes quienes concluyen dicho acuerdo, el papel del mediador no se limita a una simple puesta en contacto de las partes, a un traslado de propuestas entre unos y otros, sino que su intervención tiene también como fin lograr mantener una posición de equilibrio entre ambas partes, así como servir de enlace entre ellas y la propia administración de justicia.

El mediador en esta tarea debe actuar desde una posición de neutralidad, aunque si bien, en aras de restablecer o mantener el equilibrio de fuerzas entre las partes enfrentadas, si fuera

necesario, dicha neutralidad podría verse ligeramente alterada. En este sentido, autores como KAWAMURA y SCHRECHKLING hablan de <<neutralidad activa>>²³.

En cuanto al perfil de las personas que pueden actuar de mediadores, resulta lógico pensar que deben ser personas formadas en esta labor. A estos efectos, existe en la opinión mayoritaria la idea de que el perfil recomendado para adoptar este rol es el de trabajador social, psicólogos y pedagogos. Sin embargo, si se tiene en cuenta que, para garantizar la posición de equilibrio entre las partes, y especialmente en aras de evitar que se alcancen acuerdos que puedan resultar insuficientes o desproporcionados, en relación a la pena que el legislador ha contemplado para un concreto tipo delictivo, se antoja además adecuado que el mediador posea a su vez nociones jurídicas.

Existen algunas particularidades en lo que a la mediación en la justicia juvenil se refiere. En este caso la actividad de mediación queda atribuida, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19.3 LORPM, al denominado “equipo técnico”; aunque si bien, en los casos en que la mediación tenga lugar en fase de ejecución, esta será llevada a cabo por la Entidad pública que tenga encomendada la ejecución de la media acordada en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5.3 y 8.7 del Real Decreto 1774/2004.

Volviendo al perfil profesional de las personas encargadas de esta labor, señala el artículo 4 del recién mencionado Real Decreto, que los equipos técnicos estarán compuestos por *“psicólogos, educadores y trabajadores sociales, cuya función es asistir técnicamente en las materias propias de sus disciplinas profesionales a los jueces de menores y al Ministerio Fiscal”*, por lo que en principio no se incorporan a estos equipos personal con formación jurídica, salvo que se pueda entender contemplada esta opción cuando el citado artículo señala que *“podrán incorporarse de modo temporal o permanente a los equipos técnicos otros profesionales relacionados con las funciones que tienen atribuidas, cuando las necesidades planteadas lo requieran o así lo acuerde el órgano competente”*.

²³ En: *“Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?”*, de Guadalupe Pérez Sanzberro. Estudios de derecho penal. Página 200

El equipo técnico, que prestará asistencia al menor desde su detención, en concreta referencia a sus funciones como mediador, deberá informar al Ministerio Fiscal acerca de *“los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”* (artículo 19.3 LORPM). Tienen a su vez reconocida la competencia para poder proponer, *“si lo consideran conveniente y en interés del menor”*, que éste lleve a cabo *“una actividad reparadora o de conciliación con la víctima”* (artículo 27.3. LORPM). En su informe podrá incluso proponer que no se continúe con el proceso seguido frente al menor *“por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados”* o *“por considerar adecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos”* (artículo 27.4 LORPM).

Siguiendo con el análisis de las partes intervinientes en el procedimiento de mediación, y como ya se ha explicado en el epígrafe inmediatamente anterior, corresponde al Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 LORPM, solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento de la causa, bien cuando se haya concluido un acto de conciliación entre autor y víctima o haya sido asumido por parte del primero un compromiso de reparación del daño causado, bien cuando se hubiera comprometido a cumplir con la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. Por lo tanto, el Ministerio público será el competente para solicitar el sobreseimiento de la causa cuando tenga constancia de que se ha concluido un acuerdo entre las partes como fruto de la mediación llevada a cabo por el equipo técnico correspondiente, circunstancia que éste hará constar en el debido informe.

Por otra parte, reconoce el artículo 33 c) de la Ley orgánica reguladora de la jurisdicción penal de menores, entre las funciones atribuidas al Juez, la de acordar el archivo por sobreseimiento de la causa cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal. Sin embargo, no se encuentra en la regulación del proceso penal frente a menores infractores referencia alguna a la necesidad de homologación por el Juzgador del acuerdo alcanzado por las partes en el procedimiento de mediación. Del análisis del articulado expuesto se concluye que es el equipo técnico quién debe informar sobre el resultado alcanzado con la mediación y, en el caso de haber fructificado un acuerdo de conciliación o de reparación entre las partes enfrentadas, es el Ministerio fiscal, a quién se puede considerar el verdadero instructor del

proceso en la justicia de menores, el que podrá solicitar el sobreseimiento de la causa al Juez de menores, quién lo acordará; pero no encontramos ninguna referencia expresa a la posibilidad de modificar el acuerdo alcanzado en mediación si éste puede calificarse de ilegal, injusto o desproporcionado. A mi juicio puede quizás interpretarse que esta norma, en la medida en que permite al Ministerio Fiscal solicitar el archivo en caso de alcanzarse acuerdo de conciliación o reparación en el marco de la mediación, pero no le impone la obligación de hacerlo, pues la redacción dada al artículo 19 LORPM se construye en términos de posibilidad y no de aplicación automática, en definitiva está dejando en sus manos, previo informe por parte del equipo técnico, decidir sobre la suficiencia de dicho acuerdo como medida alternativa a la imposición coactiva de la pena legalmente prevista por el Juzgador, la cual tendría lugar de continuarse con el proceso penal incoado frente al menor.

6. La existencia de lagunas en la regulación vigente sobre la mediación en el proceso penal de menores.

El procedimiento de mediación y su aplicación en el marco de la justicia juvenil, si bien se encuentra en gran medida regulado por la normativa ya expuesta, existen aún hoy algunos recovecos en su aplicación sobre los que resulta indispensable sembrar luz, en aras de una mayor seguridad jurídica y a fin de poner fin a las controversias o críticas surgidas acerca de su implantación como tercera vía en el proceso penal, junto con la imposición coactiva de la pena y las medidas de seguridad.

En este sentido, comenzaremos este análisis por el hecho de que sería conveniente desarrollar la legislación aplicable para concretar si es posible la intervención del Juzgador, o en su caso del Ministerio Fiscal en tanto que instructor del proceso seguido frente al menor, para homologar o incluso modificar, si fuera preciso, el acuerdo nacido en el seno del procedimiento de mediación. El objetivo de esta intervención no es otro que el de garantizar la aplicación, por un lado del principio de igualdad entre las partes, evitando o corrigiendo aquellos acuerdos que pudieran no resultar de un equilibrio de fuerzas, y que en definitiva fueran calificables de injustos o desproporcionados, y, por otro lado, del principio de legalidad.

Por otra parte, tampoco se encuentra en la normativa vigente referencia alguna al tiempo por el que puede extenderse el intento de mediación, de tal forma que, transcurrido el mismo sin acuerdo, se ordenará la continuación del proceso penal. De este modo se evitarían dilaciones indebidas y prologadas en el tiempo, que desde luego pueden provocar inseguridad jurídica para las partes, o para alguna de ellas.

Por último, en cuanto a la idoneidad del caso para su derivación a la mediación, podría recomendarse una concreción normativa más exhaustiva, resultado de un análisis profundo, sobre los concretos tipos delictivos que pudieran ser objeto de este procedimiento, y que fuera más allá de la genérica referencia a los delitos leves y menos graves. En este sentido, por ejemplo, sería favorable que se concretara si en la regulación de la jurisdicción penal del menor resulta aplicable la prohibición contemplada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de acudir a la mediación en casos de violencia de género.

CONCLUSIONES

La incorporación del procedimiento de mediación como solución intrajudicial en el proceso penal contra menores infractores, si bien es una fórmula que aún a día de hoy debe ser desarrollada legalmente para su mejor concreción, su empleo como “tercera vía” en el proceso no debe ser de entrada descartada, pues son evidentes y numerosos sus beneficios.

La mediación sitúa a la víctima del delito en un primer plano, permitiéndole participar activamente en la definición de la solución al conflicto surgido con la comisión del ilícito. Además, su puesta en contacto con el autor del delito puede demostrarse como una herramienta útil para evitar el nacimiento de perjuicios que violenten la convivencia en sociedad.

Desde la perspectiva del autor del delito, quién también cobra una mayor relevancia en el proceso, la mediación favorece su concienciación, al poder conocer de boca de la víctima las consecuencias derivadas de su actuar, lo que sin duda tiene un efecto positivo en la evitación de conductas de reiteración delictiva. La participación activa del autor que este procedimiento prevé en la resolución del conflicto, posibilitando una asunción autónoma de la responsabilidad, incrementa el grado de compromiso del aquél con el acuerdo alcanzado y, por tanto, favorece su cumplimiento. Por otro lado, la mediación permite alcanzar un amplio abanico de soluciones, las cuales, en comparación con las penas privativas de libertad, disminuyen el riesgo de estigmatización del menor.

Por otro lado, el conflicto surgido del delito no solo afecta a autor y víctima, sino que, en la medida en que la realización de las conductas tipificadas como delito alteran la paz social, es también la sociedad quién se ve afectada. En este sentido, dado que la mediación constituye un mecanismo de marcado perfil socio-educativo dirigido a favorecer la reinserción en la sociedad del infractor, goza de gran utilidad para la preservación de la convivencia pacífica. Así mismo, dentro de esta función pacificadora, la mediación puede incluir fórmulas de reparación en favor de la Comunidad, además de las individualizadas en favor de la víctima.

En otro orden de cosas, frente a quienes sostienen que la aplicación de mecanismos de mediación en el proceso impiden la consecución del fin preventivo propio del Derecho penal, debe señalarse que el sometimiento al propio procedimiento de mediación implica el reconocimiento por parte del autor, quién libremente decide acudir a él, de la vigencia de la norma penal infringida, así como de su voluntad de asumir la responsabilidad derivada de dicha infracción, lo que, en definitiva, permite afirmar que la protección que la norma hace de determinados bienes jurídicos queda garantizada por ese reconocimiento público de respeto al ordenamiento.

Por otra parte, en respuesta a las posiciones críticas que sostienen que el procedimiento de mediación podría vulnerar el principio de presunción de inocencia sobre el que se asienta el Derecho penal español, a mi juicio dicho principio no se ve lesionado. Y ello es así, no solo por cuanto para la derivación del asunto a la mediación se exige la existencia de un mínimo de carga probatoria sobre la autoría de los hechos, sino también porque la configuración dada en nuestro ordenamiento a este procedimiento impiden la utilización de todo aquello cuanto se pueda poner de relieve en el marco de la sesiones de mediación en el proceso penal que pudiera continuar de no alcanzarse un acuerdo entre las partes.

A través de la figura del mediador, que en el caso del proceso penal contra menores infractores esta representada por los denominados “equipos técnicos”, se trata de permitir desde la neutralidad un acuerdo entre autor y víctima, permitiéndoles un alto grado de flexibilidad en la búsqueda de la solución, pero tratando de corregir los desequilibrios que pudieran existir entre las posiciones enfrentadas. Así mismo, se lleva a cabo un control de legalidad y proporcionalidad del acuerdo alcanzado entre las partes, de tal manera será el Ministerio Fiscal en la justicia de menores quién finalmente decida si solicita el archivo de las actuaciones por sobreseimiento cuando de la mediación derive un acuerdo.

Por último, en relación a quiénes sostienen que la aplicación de la mediación queda reservada a quienes tengan estén en posición de reparar económicamente el daño causado, lo cierto es que la solución que puede derivarse del procedimiento de mediación puede adquirir una gran diversidad de formas, y no responder sólo a una reparación material, sino que puede referirse

también a una reparación simbólica, como las disculpas, o incluir fórmulas de reparación en beneficio de la Comunidad. Es por ello que no puede entenderse vulnerado tampoco el principio de igualdad.

BIBLIOGRAFIA

BUENO DE MATA, F.; artículo para revista La Ley Penal núm. 143: “*Reflexiones críticas acerca de las medidas de oportunidad en el proceso de menores: especial referencia a la mediación penal*”. La Ley 4148/2020

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “*Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*”

GARRO CARRERA, E., “*Reparación del daño e individualización de la pena. Derecho comparado y regulación española (artículo 21.5 del Código Penal)*”. País Vasco. 2004

MARTÍN GALACHO, R.; artículo para Revista de Mediación, núm. 4: “*Casos prácticos. Caso de mediación penal con menores infractores: la implicación del perjudicado*”

MONTERO, T., artículo para La Ley: “*La justicia juvenil en España. Comentarios y Reflexiones*”. La Ley, Wolters Kluwer. Madrid

PÉREZ SANZBERRO, G.; “*Reparación y conciliación en el sistema penal, ¿Apertura de una nueva vía?*”. Estudios de derecho penal. Pamplona, 1999.