



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

Trabajo Fin de Grado

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO JUVENIL: APLICACIÓN Y PERSPECTIVA DE FUTURO

Presentado por:

Maria José Tena Sorribes

Tutor/a:

Carlos Vicente Escorihuela Gallén

Grado en Criminología y Seguridad

Curso académico 2020/21

Índice

EXTENDED SUMMARY	2
RESUMEN.....	6
ABSTRACT	6
1. INTRODUCCIÓN	7
2. JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOLA	7
2.1 Evolución histórica de la jurisdicción de menores	7
2.2 La Ley Orgánica 5/2000	11
2.3 Principios informadores del proceso penal de menores.....	13
2.3.1 Finalidad educativa y superior interés del menor.....	13
2.3.2 Principio de oportunidad y legalidad	15
2.3.3 Principio de mínima intervención y flexibilidad.....	16
2.3.4 Principio de especialización de los órganos	17
3. JUSTICIA RESTAURATIVA	18
3.1 Introducción histórica y origen del concepto.....	18
3.2 Justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico español.....	19
3.3 Principios básicos restaurativos.....	21
3.4 Beneficios y argumentos a favor.....	23
3.4.1 Perspectiva de la víctima o perjudicado.....	23
3.4.2 Perspectiva del ofensor.....	24
3.4.3 Perspectiva de la comunidad	25
3.4.4 Perspectiva del sistema judicial	25
3.5 Objeciones y desventajas	26
4. JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCESO DE MENORES	29
4.1 Intervención del Ministerio Fiscal.....	32
4.1.1 Desistimiento de la incoación del expediente	33
4.1.2 Sobreseimiento del expediente	35
4.2 Intervención del Equipo Técnico	36
5. MEDIACIÓN PENAL CON MENORES INFRACTORES EN ESPAÑA	37
5.1 Definición y tipos de mediación	38
5.2 Estudios de Programas de Mediación Penal con menores en España.....	40
6. CONCLUSIONES	43
7. BIBLIOGRAFÍA	45

EXTENDED SUMMARY

Crimes committed by underage have been the subject of discussion, especially because of the treatment that should be given to them according to their age. For this reason, the jurisdiction of minors has gone from being a model of guardianship or protector of Chicago's Juvenile Courts (1899) to the current model of responsibility.

Undoubtedly, an important moment prompted this change was the democratic transition with the entry into force of the Spanish Constitution of 1978, with its fundamental rights and constitutional principles were enacted. The urgent need to adapt the Spanish procedural law led to drafting organic law 4/1992, and subsequently the current one organic law 5/2000, with which the juvenile courts we know today began.

In this way, it has been taken into account that criminals are in an important evolutionary stage in which their personality is developing. With this, the vulnerability that characterizes them and the influenceable that can be, are the main concern because criminal continuity will largely depend on whether a good resocialization treatment is carried out.

Following the line of international standards, especially the United Nations and the 1989 Convention on the Rights of the Child, the evolution of Spanish legislation has ended up adapting to the sanctioning-educational purpose that was demanded. In this sense, the organic law that regulates the criminal responsibility of minors establishes an age range in which the crimes determined by the Penal Code and special criminal laws may be imputable: from 14 to 18 years of age.

The decisions made in the procedure must always take into account the interest of the minor, above any other. For this reason, unlike the retributive system for adults, the Organic Law has a wide variety of measures and the Judge is allowed to be flexible when adopting them. These measures, established in article 7 of the organic law, will always be aimed at a special prevention and try to achieve an effective reintegration adapted to the particularities of the minor in question.

Related to the informing principles of the process, which revolve around the named best interests of the minor, has significance the minimum intervention in the criminal sphere, which will be resorted to as a last resort and which will allow the possibility of modifying or suspending the measures during the entire procedure. The Judge, with a greater margin of decision, will weigh between the seriousness of the facts and the individualized measure,

instead of imposing a specific sanction according to the offense committed.

On the other hand, an important legal body is the Public Prosecutor's for its work as instructor and main protector of the minor's interests, which has the principle of opportunity to terminate the procedure when the facts are not serious or there is a conciliation between minor and victim. To carry out this task, the report of the social and family environment will be taken into account, as well as the circumstances in which the crime occurred, which will be drawn up by the Technical Team.

Regarding the professionals who make up the Technical Team, so necessary in this special procedure, they must be psychologists, social workers and educators to carry out a multidisciplinary study on what is best for the minor. Its importance is such that your report will guide the Judge on the measures that are most beneficial and may even request the dismissal, in accordance with the best interests of the minor.

At the same time, proposals for restorative justice as a new way of dealing with conflicts through dialogue and the inclusion of victims in the reparative process, being their origin indigenous peoples of the United States and New Zealand. This philosophy began to develop as such in the 1970s in several Mennonite communities, whose doctrine was based on faith and pacifism applied to what they considered a harsh criminal justice system. Years later, the concept of restorative justice was officially coined in various Congresses and received great support from international institutions and instruments.

The impact of the movement spread throughout the world, and different programs were created in each country: Victim-Offender Reconciliation Programs, community circles, Criminal Mediation and Family Group Conferences, among others.

By carrying out this dejudicializing alternative, It has been tried to leave behind punitive populism and the goal is to make the offender understands the damage that he has caused and takes responsibility with sincere forgiveness and acts that compensate the victim. From a criminological point of view, this alternative to the retributive system is supported because it tries to reestablish the ties broken by the conflict and provides necessary values for both parties.

This is how it begins to give more prominence, not only to the offender for the acts that have led to the situation, but also to a very important part that has been forgotten for years by the legal system: the victim.

Therefore, the advances that Victimology has provided have allowed it to give the victim the recognition that the victim deserves, as part of the intersubjective conflict. It is the ideal time for them to tell their experience and ask any questions they have to heal their wounds. And, as far as the offender is concerned, it is the best way to raise awareness about the repercussion of his actions and that this dissuades him from committing a crime again. In addition, the participation of the community is increasingly included in order that it can trust more in the Administration of Justice and that the unitary sense of society is reinforced.

Although the benefits that this new paradigm can offer are several, it must be taken into account that its application is doubtful in serious crimes and prohibited in gender violence. It has also been discussed its contradiction with the principle of legality that has traditionally starred in Criminal Law and the interference of the Public Prosecutor's in the jurisdictional power. However, it is not intended to replace the principles that govern the current legal system, since it is about nothing less than interference in legal rights, but restorative justice tries to complement it from a different perspective.

Despite the fact that in Spain there is much ignorance on the part of the citizens and a lack of legislation when applying restorative justice in adults, the jurisdiction of juvenile offenders does provide for it in different ways. Its reason for being is the educational background, always according to the circumstances of the minor, and to be able to avoid the consequent stigmatization of measures such as internment.

The ways in which the opportunity principle can be applied are the withdrawal of the Public Prosecutor from initiating the reform file when the crime is less serious or minor and conciliation or reparation with the victim; or carrying out socio-educational activities if the other options could not be made for reasons external to the will of the offender.

Already entering the matter of criminal mediation, its application is the most widespread as an alternative to the judicial process. Mediation is defined as a self-compounding conflict resolution method, that is, the parties reach a solution themselves with the help of a third person who is impartial and helps leading the conversation. For this, the participation of the two opposing parties must be voluntary and they must be informed of the objective of the meeting, such as bringing the positions closer together and reaching a common agreement that satisfies both.

Above all, taking into account the educational purpose, it must serve as learning for the

minor so that the positive result prevents the consolidation of a criminal career.

Other relevant aspect of criminal mediation are the gratuity of the process, the confidentiality of which it is at all times until its completion, officiality by which the Public Prosecutor acts, the flexibility that allows adapting to the needs of the parties, and the bilaterality with which the positions are equalized. It should also be added that another benefit in favor is the procedural economy. In other words, mediation has become a means of speeding up justice by avoiding continuing the process, resulting in a lower economic and emotinal cost.

Depending on the procedural moment in which it occurs, the 2004 Regulation distinguishes between pre-sentencing and post-sentencing mediation, depending on whether it is the conciliation that dismisses the file in the investigation or if the measures have already been annulled imposed in sentence.

And although in Spain there is no legislation for criminal mediation with adults, it has been possible to carry it out with minors, with each Autonomous Community having the competence to develop it. However, only the Basque Country, Catalonia and Madrid have developed programs with their respective results. It is difficult to make a study of how effective the mediating process is because there are not enough national data, but more and more people are resorting to these alternatives, so experience will be gained and with it, the studies that report strengths and weaknesses.

From the aforementioned programs, it is extracted that the profile of young people who attend mediation are boys, between 16 and 17 years old, who have mostly committed crimes against people and against property. Other data to highlight are that the positive results come from a high number of Spaniards, with studies or working and with no antecedents.

Among the negative results there is a minority that has just recurred and the most relevant feature in this criminal profile is that it has 4, 5 or more backgrounds. In addition to the hand of these, failure also occurs in young people who do not have labor aspirations with a low educational level. This leads to consider other solutions for those offenders who are not first and that mediation is expected to be beneficial in their educational process for having a criminal career.

In conclusión, since the beggining of the twenty-first century the concept of justice has

advanced leaving behind the retributionist theories that focus their performance, to visualize future perspectives from a more human point of view. Although at the moment the proposed programs continue to develop and expand, technology and globalization will be a key tool for this possibility in our legal systems in the coming years.

RESUMEN

El propósito que persigue el presente trabajo es estudiar la estructura que establece la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores, y cómo se ha introducido la justicia restaurativa en el proceso penal de menores. Para ello, será necesario entender los antecedentes y su evolución hasta la regulación actual, así como los principios informadores que rigen el funcionamiento de la jurisdicción.

Por otra parte, se introduce el origen de la justicia restaurativa en un contexto genérico, tras el que se explicará su situación actual en el ordenamiento jurídico español, y su aplicación en menores infractores a través del principio de oportunidad. Para entender la propuesta, en contraposición al modelo retributivo que ha seguido tradicionalmente el Derecho Penal, se desarrollan los pilares fundamentales en los que se basa, sobre los que se comentará los pros y contras.

Por último, se hará mención a la mediación penal con menores, siendo esta la práctica restaurativa más extendida, y los programas que han desarrollado, por el momento, algunas Comunidades Autónomas. En síntesis, se extraerá, por una parte el perfil del menor que finaliza satisfactoriamente la mediación, y por otra el de los reincidentes.

Palabras clave: menores, justicia restaurativa, mediación penal, principio de oportunidad, Ministerio Fiscal, Equipo Técnico.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the structure established by the Organic Law 5/2000, of January 12, regulatory of criminal liability of minors, and how restorative justice has been introduced in the criminal proceedings. For this, it will be necessary to understand the background and its evolution to the current regulation, as well as the reporting principles that govern the functioning of the jurisdiction.

On the other hand, the origin of restorative justice is introduced into a generic context, after which its current situation will be explained in the Spanish legal system, and its application

in minors offenders through the principle of opportunity. To understand the proposal, as opposed to the retributive model that has traditionally followed criminal law, the fundamental pillars are developed on which it is based on, on which the pros and cons will discuss.

Finally, mention will be made to criminal mediation with minors, this being the most widespread restorative practice, and the programs that have been developed, for the time being, some autonomous communities. In short, the profile of the minor that successfully completes mediation, and by another one of the repeatures will be extracted, on the one hand.

Keywords: minors, restorative justice, criminal mediation, principle of opportunity, Public Prosecutor's, Technical Team.

1.INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la minoría de edad y la delincuencia juvenil han sido temas que siempre han generado un gran impacto en la sociedad, a los que se ha tratado de dar respuestas político-criminales adaptadas al momento social. Para ello, es preciso entender que a la hora de enjuiciar ha de atenerse a la especialidad del delincuente, teniendo en cuenta que se encuentra en un momento crucial hacia la vida adulta y en el que se está formando la personalidad que determinará las conductas futuras.

Desde el nacimiento del Derecho Penal del menor como derecho autónomo, a finales del siglo XIX hasta nuestros días, se ha propuesto diferentes formas de abordar la intervención con el menor. Desde la filosofía tutelar, entendiendo al delincuente como un enfermo al que hay que curar, hasta el modelo de responsabilidad de hoy en día, que pretende perseguir un fin resocializador bajo un imperativo: el interés superior del menor.

Por tanto, siguiendo las premisas de la Ley Orgánica 5/2000 y las normas internacionales, se pretende estudiar en las páginas siguientes, desde la perspectiva multidisciplinar que otorga el grado de Criminología y Seguridad, la instauración de la justicia restaurativa y su efectividad a la hora de aplicarla en este ámbito, teniendo en cuenta el desconocimiento general que existe en la sociedad acerca de esta alternativa.

2. JUSTICIA JUVENIL ESPAÑOLA

2.1 Evolución histórica de la jurisdicción de menores

La comisión de hechos delictivos por parte de menores de edad y su consecuente regulación, ha sido muy estudiada a lo largo de la historia, sufriendo un proceso largo de evolución para llegar tal y cómo se conoce hoy en día.

A pesar de la dureza que caracterizó el tratamiento de la delincuencia juvenil en años remotos, a finales del siglo XIX empieza la búsqueda de un sistema corrector y se plantea un estudio de la minoría de edad. Las principales causas vienen dadas por un incremento desproporcionado de criminalidad tras la industrialización de las ciudades y un importante movimiento que cambió la forma de percibir el trato a los menores delincuentes, del que se trataba de alejar la práctica del Derecho penal de adultos.

Respecto a esta nueva percepción, destaca el surgimiento de planteamientos humanitarios y utilitaristas en cuanto a la responsabilidad que debe asumir la sociedad en la reeducación y corrección de los que, sin una intervención preventiva, podían dar comienzo a una carrera delictiva¹. Por otra parte, la teoría positivista impulsada por Dorado Montero² daba respaldo al correccionalismo que se pretendía imponer, considerando a los delincuentes como enfermos sin libre albedrío y necesitados de tratamiento terapéutico.

La puesta en práctica del Derecho penal de menores autónomo y especializado tuvo lugar en Chicago (Illinois) en el año 1899 con el primer Tribunal para Niños, basado en el movimiento proteccionista "Children Courts" de Benjamín Lindsey. El éxito que obtuvo dicha institución dio lugar a que se extendiera en los Estados Unidos de América, y más adelante en países como Inglaterra, Francia o Alemania.

¹ «Si dejamos abandonados, sin cuidarnos de ellos, a esos miles en peligro moral y delincuentes, si no dedicamos a la obra de su redención nuestra actividad y nuestro dinero, en un porvenir más o menos lejano, cuando su potencia criminal haya alcanzado un desarrollo adecuado, pondrán en peligro nuestra vida y nuestros bienes, o se apoderarán de ellos por la fuerza o por la astucia; además en concepto de contribuyentes, tendremos que pagar los gastos de justicia y carcelarios, los que implican la persecución y castigo de los criminales; y como también habrán otros menores que, sin ser propiamente criminales, caerán en la vagancia y en la miseria, necesitarán ser acogidos en asilos y hospitales, gastos que también tendremos que pagar» (CUELLO CALÓN, E., "Los Tribunales para niños", Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1917, p. 1)

² RAMOS PASCUA, J. A., "El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero", *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 12, 1995, p. 513

De esta forma el movimiento siguió presente en el siglo XX, aunque de forma distinta en cada país, considerando cada vez más la necesidad de amparo en los llamados “niños problemáticos”. Al mismo tiempo, en 1909 la situación en España del menor no era nada favorable, por lo que se denunció la falta de una labor reformadora³ y se propuso la implantación de Tribunales para niños como los que tenían los ya desarrollados países europeos.

Finalmente, tras los fracasos de proyectos de ley, en 1918 Montero-Ríos y Villegas presentó al Senado la instauración de Tribunales para niños en España, del que consiguió su aprobación sin mayor discusión⁴. La aprobación de la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales para niños dio lugar a la creación de dichas instituciones en diversas provincias, siendo el primero en Bilbao en 1920. Por aquel momento el procedimiento era muy diferente al actual, especialmente en aspectos procesales, ya que ni la Ley ni el Reglamento que la desarrollaba hacían mención alguna a la intervención del Ministerio Fiscal en ninguna de las fases; así como la integración de los Tribunales al Consejo Superior de Protección a la Infancia y la denominación de las decisiones de la institución como “acuerdos” a discrecionalidad de los jueces. Las medidas a imponer estaban entre entregar la responsabilidad de educar al menor a la familia, a una Sociedad tutelar o ingresarlo a un establecimiento benéfico del Estado.

Por otro lado, se vieron en aumento las críticas del Código Penal de 1870, entonces vigente, por el uso del “discernimiento” como criterio, además del cronológico, para argumentar las decisiones judiciales⁵. Es decir, partiendo de que el límite de edad por el que el menor se consideraba imputable era de nueve años⁶, se diferenciaba entre sí había

³Teniendo en cuenta que en España, el tratamiento de los menores considerados desviados únicamente se contemplaba en la cárcel cuando se trataba de un infractor de la legislación penal, y el hospicio en caso de vagabundos y huérfanos.

⁴ Biografías de los Fiscales Generales del Estado, Excmo. Sr. D. Andrés Avelino Montero Ríos y Villegas, s.f., (disponible en <https://www.fiscal.es/ca/-/excmo-sr-d-andres-avelino-montero-rios-y-villegas> y consultado el 02/03/2021)

⁵CÁMARA ARROYO, S., “Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014, pp. 243-245.

⁶ “El Código penal de 1848-50, por su parte, eleva la minoría de edad penal a 9 años, manteniendo como su predecesor el criterio del discernimiento, como atestigua su artículo 8.3, pero, en este caso, para los mayores de 9 y menores de 15, quedando, por consiguiente, en ausencia del mismo, exentos de responsabilidad.”

(ALEMÁN MONTREAL, A., “Reseña histórica sobre la minoría de edad penal”, *Anuario de Facultade de Derecho da Universidade de A Coruña*, Nº 11, 2007, p. 39)

actuado con dicho comportamiento o no para imponer determinadas medidas de carácter correctivo.

En los años posteriores se llevaron a cabo reformas mediante Decretos-leyes⁷ que pretendían ajustarse al nuevo Código Penal de 1928, de las que destaca la ampliación de facultades de los “Tribunales Tutelares de Menores”, la novedad de las “Instituciones auxiliares” de expertos formados en disciplinas pedagógicas, la franja de responsabilidad penal estaba entre doce y dieciséis años y la supresión definitiva del criterio del “discernimiento” en el Código Penal de 1932. El siguiente paso determinante se produjo al refundir toda la legislación anterior en el Decreto del 11 de junio de 1948, que contenía el Reglamento de la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares de Menores.

Aunque, sin lugar a dudas, el punto de inflexión tuvo lugar en 1988 cuando el Juzgado de Menores de Tarragona interpuso una cuestión de inconstitucionalidad en contra del texto refundido mencionado, concretamente del artículo 15, a las que se unieron otras cuatro cuestiones acerca de los artículos 16, 17, 18 y 23. Finalmente el Pleno del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el artículo 15⁸, reinterpreto el artículo 16 limitando la discrecionalidad con la que se imponía la Ley y desestimó el resto de cuestiones en la Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, poniendo de manifiesto además la urgente necesidad de una reforma legislativa por el vacío normativo que había en materia de menores.

La respuesta a las exigencias que había indicado el Alto Tribunal, se produjo al poco tiempo con la promulgación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. A pesar de tener una extensión más bien corta las reformas que proponía sí fueron de gran calado, lo que supuso una novedad en el Derecho Procesal español, teniendo en cuenta que se necesitaba incorporar las garantías conforme a la Constitución Española de 1978 y proporcionando una mayor seguridad jurídica.

7-Real decreto del 03 de febrero de 1929, aprobando el Reglamento, que se inserta, para la ejecución de la ley de Tribunales Tutelares de Menores. Gaceta de Madrid núm. 38, de 07/02/1929, pp. 1100-1111.

-Ley de Bases de 14 de julio de 1932, cuyo texto puede encontrarse en Jiménez Vicente, I. *Los Tribunales Tutelares de Menores*, cit. ,pp. 43-44.

8 “[...] los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de nuestra Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y, en consecuencia, el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, al excluir la aplicación de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones ha de ser declarado inconstitucional y nulo”. (STC 36/1991, de 14 de febrero)

De igual forma la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, con anterioridad a la nueva legislación del proceso de menores, ya había adoptado la sustitución de los Tribunales Tutelares de Menores por los Juzgados de Menores. Ello comporta la exigencia de que fueran Jueces de carrera especialistas en la materia, que desaparecieran los Delegados Profesionales Técnicos a los que actualmente se conoce como Equipo Técnico, la incorporación del Ministerio Fiscal en la instrucción en lugar de un juez, y no menos importante fue el traslado de la competencia correctora a las Comunidades Autónomas.

Además la posterior publicación del Código Penal de 1995, hoy por hoy aún vigente, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, supuso una época de transición adelantando parte de una legislación renovada, provocando un vacío legal durante el período de *vacatio legis*. En consecuencia, hasta que no entró en vigor la nueva Ley que se tenía prevista, el Código Penal que se aplicaba en preceptos de minoría de edad y responsabilidad civil de hechos cometidos por menores, es el de 1973 por la Disposición derogatoria única del de 1995.

2.2 La Ley Orgánica 5/2000

Actualmente, el proceso penal de menores está regulado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, LORPM de aquí en adelante. La puesta en práctica de la normativa inició un Derecho penal juvenil auténtico, ya apartado de un proceso retribucionista y de la aplicación del *ius puniendi*, pensado para rehabilitar al menor delincuente con un catálogo de medidas amplio a la vez que se respetara sus derechos y garantías procesales.

En cuanto a la construcción de las bases de la responsabilidad penal de menores, influyó considerablemente el compromiso de España en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, que pretendía llenar el vacío que había para el enjuiciamiento de aquellos que se encontraban entre dieciséis y dieciocho años. A diferencia de las anteriores leyes orgánicas, la actual regulación entiende como menores de edad, responsables de acciones tipificadas en el Código Penal o en sus Leyes especiales, a las personas que tengan edades comprendidas entre catorce y dieciocho años⁹. También cabía la

⁹ “Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.”
(art. 19 Código Penal de 1995)

posibilidad de extender la aplicación de la ley hasta los veintiún años cumpliendo ciertos requisitos, pero se acabó derogando en la reforma operado por la Ley Orgánica 8/2006¹⁰.

Por otra parte, se redefinieron las funciones del Juez y la conversión del Ministerio Fiscal en director de la instrucción, muy relacionado con la instauración del principio de oportunidad que éste puede ejercer y que será estudiado con posterioridad, en contraposición al principio de legalidad seguido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el proceso de adultos. Como se ha podido comprobar, la figura del Ministerio Fiscal ha ido adquiriendo mucha importancia, siendo ahora una parte imprescindible en el proceso como protector y defensor de los intereses de los menores.

El afán por consolidar el proceso dio lugar a varias reformas, y lo más sorprendente es que algunas tuvieron lugar antes de su entrada en vigor el 13 de enero del 2001. Las más importantes, por la materia que trataban, son la Ley Orgánica 15/2003 en la introducción de la acusación particular y el encargo al Gobierno de unas medidas más firmes en casos en los que concurrieran delitos graves, y la última Ley Orgánica 8/2006 en cuanto a la extensión de los casos en los que cabría imponer medidas privativas de libertad de régimen cerrado; así como la posibilidad de que, atendiendo a sus circunstancias, el menor cumpla el resto de la medida en un centro penitenciario una vez alcanzada la mayoría edad.

Se puede advertir, por las características de estas últimas reformas, que la redacción original de la LORPM se ha alejado de la prevención especial hacia un modelo más riguroso, especialmente en delitos de gran alarma social. Este endurecimiento estuvo muy condicionado por las críticas de los medios de comunicación, y en consecuencia la alarma social que provocaban, acerca del tratamiento de los menores en casos tan mediáticos como el de Sandra Palo¹¹.

“Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”
(art. 1.1 LORPM)

¹⁰ *“Por otra parte, se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años.”*
(Exposición de Motivos de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores)

¹¹ Sandra Palo Bermúdez, una joven madrileña de 22 años, a la que se le había diagnosticado discapacidad intelectual leve, fue brutalmente asesinada y agredida sexualmente por un grupo de menores el 17 de mayo de 2003 en Leganés. La crueldad con la que se desarrollaron los hechos

En estos momentos sí parece que se ha encontrado un equilibrio en la búsqueda de crear un modelo educativo y sancionador, de forma que la inseguridad social y la sensación de inmunidad de menores han disminuido; al tiempo que se ha ido percibiendo también un descenso de la delincuencia juvenil. Sin embargo, la política criminal sigue en continua evolución con el fin de conseguir una mejor actuación y prevención, con lo que no sería de extrañar que hubieran futuras reformas en esta materia en los próximos años.

2.3 Principios informadores del proceso penal de menores

La responsabilidad penal de menores de entre catorce y dieciocho años trata una imputabilidad plena, que sin ser una versión atenuada del tratamiento que reciben los adultos, sí tiene unas características especiales adaptadas al momento de desarrollo físico y mental en el que se encuentra la persona. Incluso, teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias en los que han transcurrido los hechos, el punto 10 de la Exposición de Motivos instiga a distinguir entre dos grupos a la hora de aplicar tratamientos diferenciados: *“[...] se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas.”*

De la misma forma en que sucede con el proceso penal de adultos, también se respetan los principios y garantías que establece la Constitución Española en el art. 24: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a*

y el escándalo mediático en el que desembocó, dio lugar a que la familia planteara diversas quejas dirigidas hacia un endurecimiento de las medidas de la LORPM.
(https://web.archive.org/web/20170415160033/http://criminalia.es/asesino/asesinato-de-sandra-palo/#La_joven_asesinada_en_Leganes_fue_raptada_en_una_parada_de_autobus consultado el 16/04/2021)

utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Los principios informadores que conforman el proceso penal de menores, y que van a ser tratados a continuación son: el superior interés del menor, el principio de oportunidad, mínima intervención, flexibilidad y especialización de los órganos.

2.3.1 Finalidad educativa y superior interés del menor

La importancia de que este procedimiento tenga una naturaleza sancionadora-educativa es tal, que la propia LORPM reitera en diversas ocasiones dicha finalidad en la Exposición de Motivos¹², así como el fundamento de preservar todas las garantías que establece nuestro ordenamiento jurídico y la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Por consiguiente, la adopción de medidas estará siempre encaminadas a una prevención especial y tratar de conseguir una efectiva reinserción adaptada a las particularidades del menor en cuestión. En base a ello, el elemento que prima en el Derecho penal juvenil y con el que deben basarse todas las decisiones judiciales, es el superior interés del menor¹³. Este principio va a ser la base del resto de principios y se tendrá en cuenta en todas las cuestiones durante el proceso, siendo estas las más convenientes a la situación psicológica, social y familiar del menor. Se interpreta así, que la recuperación para la

¹² *“Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad [...]”*

(Exposición de Motivos, apartado 6 de la LORPM)

¹³ *“Art. 3. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

(La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989)

“Art. 2. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”

(Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

reinserción en la sociedad se interpone ante la respuesta sancionadora, con lo que la preocupación estará sobre su formación como persona respetuosa respecto a los bienes jurídicos de otros¹⁴.

Es en este aspecto donde cobra especial consideración el papel del Ministerio Fiscal como principal protector, y cuyas actuaciones van a seguirse en base al superior interés del menor, en cuanto al reconocimiento de su papel y opinión en todo momento¹⁵. Por otra parte, cobra importancia la figura de los Equipos Técnicos como evaluadores del conflicto, cuya valoración se menciona en la Exposición de Motivos en su apartado séptimo: “[...] *Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.*”

En resumidas cuentas, el interés del niño va a prevalecer ante cualquier otro interés durante el procedimiento.

2.3.2 Principio de oportunidad y legalidad

En relación a la particular función del Ministerio Fiscal en este proceso, necesariamente debe mencionarse el principio de oportunidad en el presente trabajo ya que va a tener relevancia para entender la razón de ser de la justicia restaurativa. Introducido ya en la LO 4/1992 y posteriormente definido en la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 como “*juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la acción penal*”, este principio faculta al titular de la acción penal, es decir al Ministerio Fiscal, a desistir de la incoación del expediente y por tanto la no apertura del proceso como consecuencia de la escasa relevancia del delito, cuando se cumplan los requisitos del art. 18 de la LORPM, y la posibilidad de sobreseer el asunto a través de las soluciones extrajudiciales una vez incoado el expediente, previsto en el art. 19 de la LORPM: la conciliación y la reparación entre el menor y la víctima.

14 Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, p. 3.

15 ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., “El interés superior del menor en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, *La Ley Penal*, N° 114, 2015, p. 9.

A pesar de que a priori la finalidad que persigue el proceso se ve reforzada por el principio en cuestión, se ha criticado que desdibuje el principio de legalidad y la obligación constitucional del Ministerio Fiscal de promover la acción penal, atribuyendo excesivo poder discrecional a dicho órgano¹⁶.

Sin embargo, el principio de legalidad que sigue el sistema retributivo de adultos, no se puede aplicar en menores infractores porque vulneraría la idea principal de actuar conforme a su interés superior, y por ello se aboga primar el principio de oportunidad siguiendo la línea de un sistema restaurativo. Se defiende, por tanto, que desde una visión criminológica la alternatividad al procedimiento judicial evita o reduce los efectos estigmatizantes y criminógenos, especialmente si la medida implica una privación de libertad, además de aportar herramientas para una educación óptima con la que construir un proyecto de vida en la sociedad¹⁷.

2.3.3 Principio de mínima intervención y flexibilidad

En contraposición al principio de proporcionalidad entre hecho y sanción del Derecho penal de adultos, se permite a los jueces cierto margen de flexibilidad para la protección del interés del menor en el momento de imponer según qué medida, así como reducir, modificar (arts. 13 y 51 LORPM) o incluso suspender su ejecución (art. 40 LORPM).

El Juez, con mayor margen de decisión, ponderará la gravedad de los hechos y la medida individualizada, en vez de imponer una determinada sanción según la infracción cometida; aplicándose la vía penal en último ratio y tras agotar otras vías de protección.

Ello significa que para aplicar la ley, se observará detenidamente los factores relacionados con el menor en concreto, en cuanto a su momento psicosocial, entorno más próximo y las circunstancias en las que cometió el delito, y se impondrá la medida que más se adapte según los informes del Equipo Técnico, del letrado del menor, del Ministerio Fiscal o de la

16 -TODOLÍ GÓMEZ, A., "La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema (Tesis doctoral), 2013

-BERZOSA FRANCOS, V., "Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal", *Problemas actuales de la justicia penal : los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas /* coord. por Joan Picó i Junoy, 2001.

17 MOLINA LÓPEZ, R., "El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)" *Nuevo Foro Penal*, No 72.,2009, pp. 3-13.

entidad correctora. La flexibilidad es tal, que el art. 7.1 de la LORPM propone el siguiente catálogo de medidas, ordenadas de mayor a menor restricción:

- a) Internamiento en régimen cerrado.
- b) Internamiento en régimen semiabierto
- c) Internamiento en régimen abierto
- d) Internamiento terapéutico
- e) Tratamiento ambulatorio
- f) Asistencia a un centro de día
- g) Permanencia de fin de semana
- h) Libertad vigilada
- i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez
- j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo
- k) Prestaciones en beneficio de la comunidad
- l) Realización de tareas socio-educativas
- m) Amonestación
- n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas
- o) Inhabilitación absoluta

Una vez impuesta alguna o algunas de las medidas en sentencia, el art. 51 de la LORPM permite que en la fase de ejecución el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, pueda dejar sin efecto o sustituya por otras medidas, en base a motivar al menor a que tenga un buen comportamiento, proponiendo unas medidas menos restrictivas.

2.3.4 Principio de especialización de los órganos

La especialidad que requiere la investigación, instrucción, enjuiciamiento y ejecución de los menores de edad, se traslada en la formación de los expertos en materia de adolescencia y en Derecho penal juvenil por lo que se configuran, de nuevo, a los Equipos Técnicos y a las entidades públicas competentes en protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, como instrumentos imprescindibles.

Por otra parte, la especialización es requerida en los integrantes de la Carrera Judicial, concretamente sólo los magistrados o magistradas podrán ocupar la materia de menores

tras obtener el curso de especialización en la Escuela Judicial, referido en el art. 329.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y desarrollado en el capítulo V del título II del Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial.

En el caso de la Carrera Fiscal no existen Fiscalías de Menores como tal dispuestos legalmente, como sí sucede con los Juzgados de Menores. La designación correcta sería Secciones de Menores de cada Fiscalía según lo que establece la Disposición Final Cuarta de la LORPM, dirigidas por un Fiscal Decano y a la que se adscribirán uno o varios Fiscales entre los que habrá preferencia según funciones realizadas anteriormente, cursos impartidos/ realizados u otra circunstancia análoga, sean especialistas en la materia. Además de que, cuando sea necesario, podrán actuar en otros ámbitos o materias¹⁸.

3. JUSTICIA RESTAURATIVA

3.1 Introducción histórica y origen del concepto

La humanidad ha tratado, desde siempre, encontrar la manera de dar respuesta a las conductas más graves que encontramos en nuestra sociedad: los delitos. El impacto social que provocan, tanto en las personas afectadas como a al resto de la comunidad, instigan un sentimiento de necesidad de castigo para sentir que la persona infractora ha tenido su merecido. Para ello el sistema legal confiere al Estado la facultad sancionadora o *ius puniendi*, siguiendo el modelo puramente retributivo que centraría su atención en los hechos delictivos y su correspondiente punición.

Sin embargo, también han existido movimientos basados en tradiciones religiosas y culturales de pueblos indígenas, que propiciaban los encuentros víctima-ofensor como forma de resolver el conflicto. Esta visión alternativa, conocida como humanitaria o compasiva, se establece hoy en día como justicia restaurativa (*Restorative Justice*) en base a las ideas que pretendían llevar a cabo aquellos pueblos de Estados Unidos y Nueva Zelanda.

¹⁸ Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, art. 18.3

Primero en Ontario (Canadá) y luego en Indiana (Estados Unidos) con Howard Zehr como “padre de la justicia restaurativa”¹⁹, empezó a desarrollarse como tal en la década de los 70 en varias comunidades menonitas, cuya doctrina se basaba en la fe y el pacifismo aplicada al que ellos consideraban un duro sistema judicial penal. Años después, y acuñado oficialmente el concepto de justicia restaurativa en el Congreso Internacional de Criminología en Budapest (1993), adquirió más importancia en los Congresos Internacionales celebrados en Australia (1994) y Ámsterdam (1997). Ha contado además, con el apoyo de instituciones como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa y como no, de la Unión Europea a través de propuestas, recomendaciones y demás instrumentos normativos²⁰.

El nacimiento de este nuevo paradigma, junto a los *Alternative Dispute Resolution* ²¹, permitió que se abordaran los conflictos penales en forma de diálogo, y se ha ido extendiendo a todos los rincones del mundo surgiendo diferentes programas y prácticas reconocidas: en Estados americanos como *Victim-Offender Reconciliation Programs* y Círculos Comunitarios, la Mediación Penal en Europa, Conferencias del Grupo Familiar de Nueva Zelanda y los Paneles Juveniles anglosajones.

19 ZEHR, H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, trad. Jantzi, V. E., Good Books, 2010, p. 10

20 -Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

-Resoluciones del el Consejo Económico y Social (ECOSOC), entre las que destaca la Resolución 2002/12 sobre Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal.

-Manual de programas de justicia restaurativa publicado en 2006, específicamente trata la mediación autor-víctima, por parte de la Oficina de las Naciones Unidas sobre la Droga y el Delito (UNODC)

-Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal a la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, han marcado unas pautas para la implantación de la justicia restaurativa en los países de la Unión Europea

-El Consejo de Europa mediante resoluciones ha impulsado la justicia restaurativa, ejemplo de ella es la Recomendación (99)19, sobre Mediación en Asuntos Penales, y consecuentemente la Recomendación (2018)8 dando impulso a las autoridades judiciales a llevar a cabo un modelo restaurativo.

21 Traducidos como Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), conforman aquellas herramientas utilizadas para resolver conflictos entre dos partes antes de acudir a la Justicia formal, de manera que se evitaría la ralentización de la Administración de Justicia. Los más utilizados son el arbitraje, la conciliación, la negociación y la mediación.

En suma, dentro del concepto de justicia restaurativa moderna cabría incluir aquellas herramientas que permitan acercar dos partes enfrentadas por un conflicto intersubjetivo y subsanar sus propias necesidades de una forma más plena y beneficiosa, con ayuda en algunas ocasiones de un facilitador²². Es así como se empieza a dar más protagonismo, no sólo al infractor por los actos que han desembocado la situación, sino también a una parte muy importante que ha sido olvidada durante años por el sistema legal: la víctima.

Sin duda la Criminología, y por supuesto la Victimología como disciplina integrante de esta, han influido en marcar un antes y un después en la necesidad que la víctima tiene de ser reparada, ya sea material como simbólicamente, ante tal intromisión en sus bienes jurídicos, y evitar así una victimización secundaria.

3.2 Justicia restaurativa en el ordenamiento jurídico español

Una vez analizado el panorama internacional y centrándose en la situación actual de la justicia restaurativa en España, se puede decir que en cuanto a la responsabilidad penal de adultos falta mucho camino por recorrer debido a que no se ha arraigado suficiente estas propuestas en nuestro sistema procesal. Aún así, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, parece ser esperanzador en este aspecto regulando en los arts. 181-185 del Título IV “Las formas especiales de terminación del procedimiento penal” la posibilidad de que las partes se sometan a un procedimiento de justicia restaurativa²³.

Hoy por hoy, las autoridades judiciales tienen la obligación de iniciar el proceso penal al tener conocimiento de un hecho delictivo y no poseen la legitimación de abandonarlo, a

22 Una definición complementaria y ampliamente aceptada sería la elaborada por MARSHALL: “proceso en el que todas las partes afectadas por una ofensa llegan conjuntamente a resolver de forma colectiva el modo de tratar la situación creada por la ofensa y sus implicaciones para el futuro.”

Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996, en *European Journal on Criminal Policy and Research* (1996) nº 4, p.37

23 Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, Libro I “Disposiciones Generales”, Título IV “Las formas especiales de terminación del procedimiento penal”, Capítulo III “La justicia restaurativa”, arts 181-185.

(disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf> y consultado el 16/03/2021)

menos que no se den los presupuestos materiales que lo han ocasionado, por lo que la regulación les proporciona poco o muy escaso margen de actuación restaurativa.

Aún habiendo tan pocas referencias a la mediación penal²⁴, los círculos de sentencia y las conferencias restaurativas, como herramientas más generalizada, sí se ha introducido tímidamente tanto en derecho penal sustantivo como procesal.

En lo que respecta al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refleja la posibilidad de apertura del proceso por parte de la víctima en la necesidad de denuncia de los delitos semipúblicos y querrela de los delitos privados, así como las causas de extinción de la responsabilidad de indulto y perdón del ofendido. Enfocado a un tratamiento penitenciario más benevolente, también se aprecia en las posibilidades de modificación o suspensión de ejecución de la pena y en la conformidad del acusado. Otro de los puntos a los que la justicia restaurativa confiere cierta importancia es la reparación de los daños y perjuicios, que viene establecido en el pago de la responsabilidad civil y unido a ello, la circunstancia atenuante del art. 21.5 del Código Penal.

La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 hace mención expresa a la mediación penal entre adultos por vez primera a la mediación como vía para la suspensión de la ejecución de la pena; prohibiendo a su vez la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género su aplicación en casos de este ámbito, al menos en la fase de instrucción.

A pesar de esta previsión, no hay duda alguna de que se precisa de una ley procesal de justicia restaurativa que regule adecuadamente el procedimiento y las condiciones para llegar a él. Quizá el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que se ha propuesto en 2020 sea la oportunidad idónea para ello, ya que la anterior propuesta de Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 no se consiguió llegar a buen término. Este proponía en el Título VI “Mediación Penal” del Libro II “Disposiciones generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal”, que la alternativa se aplicase según los artículos expresamente citados de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que la realizaría instituciones o profesionales de la mediación²⁵.

24 Al contrario de la desarrollada Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, y según la cual su ámbito de aplicación queda excluido de la pretensión de mediación penal en el art. 2.2.a.

25 Propuesta de Código Procesal Penal de 2013, Libro II “Disposiciones Generales sobre las actuaciones procesales y la mediación penal”, Título VI “Mediación Penal”, arts. 143-146 (disponible en https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2013/06/04/codigo_procesal_penal.pdf)

No podría faltar tampoco la mención a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, por como se ha recalcado anteriormente la participación que ha de tener la víctima para el éxito de la justicia restaurativa. Con su entrada en vigor se permite el acceso de esta a los servicios de mediación penal, siempre y cuando haya consentimiento libre tras ser informada acerca del procedimiento y asegurarse de que no corre ningún tipo de riesgo.

Los menores son la excepción a lo expuesto, ya que no sólo en ellos se contempla la justicia restaurativa sino que también se ha materializado con éxito en la práctica. La LORPM, junto al Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo, consolida el uso de la conciliación o reparación entre el menor y la víctima en el art. 19. Por tanto, bajo la aplicación del principio de intervención mínima y el principal objetivo educativo, que tanto se ha subrayado en la materia, se permite al Ministerio Fiscal, en favor del principio de oportunidad, desistir la continuación del expediente siempre y cuando se cumplan los requisitos de dicho precepto.

3.3 Principios básicos restaurativos

La justicia que se propone trataría, por tanto, de entablar una armonía social²⁶ con respuestas flexibles tras la rotura de lazos humanos que supone un delito, entendido como una acción u omisión que ocasiona daños en las personas, y que al mismo tiempo genera una obligación en el victimario que debe asumir y reconocer.

A partir de este argumento, se extraen tres conceptos consecuentes unos de otros, que fundamentan la justicia restaurativa de la que habla Howard Zehr: daños y necesidades, obligaciones y la participación de las partes afectadas. El autor une estos pilares fundamentales en una definición que concreta los aspectos básicos que deben tratarse: *“La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente*

²⁶ *“Tal como lo exponía Antonio Beristain es absolutamente necesaria la idea de una nueva cultura jurídica: victimológicamente orientada, criminológicamente fundamentada y sociológicamente avanzada, y que debe hallar los elementos de conexión existentes entre la preocupación por la víctima, por el infractor y por la sociedad”.* (GIMÉNEZ SALINAS, E., RODRÍGUEZ, A. C., “Un nuevo modelo de justicia que repare el daño causado”, *Educación social y justicia restaurativa*, Educación Social 67, 2018, p. 20.)

los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible²⁷.”

Es, por tanto, un encuentro entre víctima y victimario (a veces incluso la participación se extiende a familiares, profesionales o una comunidad entera interesada en la solución del conflicto), mucho más humano en el que se consigue poner cara al otro y preguntar todo lo que se necesite para sanar definitivamente las heridas abiertas de la víctima. Sólo escuchando de primera mano el relato, el ofensor puede llegar a entender el daño que ha causado, responsabilizarse de sus actos y algo muy necesario, tanto para él como para la persona que tiene delante: pedir perdón y llegar a un acuerdo mutuo de reparación o restauración. Asimismo, aunque se dé por hecho una confrontación directa, no es preceptivo que haya un cara a cara, ya que es una cuestión que puede cohibir en especial a la víctima, sino que se abre la oportunidad de que haya un encuentro indirecto (a través de una carta, por ejemplo) o una reparación simbólica que aporte beneficios a la persona o comunidad afectada.

Para llegar a este punto, cuanto menos idílico, y conseguir resultados óptimos no hay manera de llevarlo a cabo que no sea por voluntad propia de ambas partes. Es decir, no caben las presiones, coacciones o cualquier otra forma que obligue a nadie porque sería un proceso vacío sin sentido. A consecuencia de ello, no todas las personas están dispuestas para dar comienzo a este encontronazo, bien por razones morales bien porque no se sienten preparadas psicológicamente, a lo que sería crucial apoyo profesional que les aconseje e informe de las posibilidades que más se adaptan a sus necesidades y circunstancias personales.

Tampoco tendría sentido un proceso restaurativo, si no transmitiera los valores que construyen una sociedad unida, que respeta la variedad de culturas y pensamientos particulares de cada uno de los ciudadanos que la forman. Porque, sin duda, gran parte de los conflictos de hoy en día surgen por no escuchar, pero sobre todo, por los prejuicios hacia aquello que es diferente y las continuas faltas de respeto en que desembocan. Por lo siguiente, se produce una estabilización de las partes que les confiere una igualdad de condiciones, que aunque parece un factor obvio en un acuerdo de este calibre, es una de las debilidades de la justicia formal por la posición inferior y olvidada que ha tenido la víctima hasta hace bien poco.

²⁷ ZEHR, H., *op. cit.*, p. 45.

Por último, cabe recalcar que el proponer esta alternatividad no significa desmerecer ni reemplazar la necesidad que tiene la sociedad del sistema legal, y más tratándose de nada menos que de hechos delictivos, porque no podría existir una justicia restaurativa sin la protección de los derechos inherentes a los seres humanos. De lo que se trata es de ofrecer una perspectiva diferente a la establecida tradicionalmente que la complementa incorporando aspectos más personales y dejando a parte el castigo.

3.4 Beneficios y argumentos a favor

Como se ha reiterado anteriormente, la ampliación del círculos de sujetos que intervienen en la justicia restaurativa supone centrar la atención en las necesidades, no sólo jurídicas, de las partes, más allá de seguir las teorías absolutas de la pena que la entienden como el medio para conseguir el castigo y la disuasión. Para reforzar la necesidad de incorporar los principios en los que se basa, se procede a estudiar los beneficios que aporta a cada uno de los intervinientes.

3.4.1 Perspectiva de la víctima o perjudicado

Antes de la reivindicación de la Victimología y de la entrada en vigor de la Ley 4/2015, las víctimas del delito se han sentido poco o nada atendidas por el sistema de justicia, e incluso atropelladas por la victimización que supone revivir los actos ante personas desconocidas una y otra vez. Por no decir, que tradicionalmente el crimen ha sido considerado más un perjuicio para el Estado que para las personas físicas.

Sin embargo, es la víctima la única que ha sufrido en sus propias carnes las consecuencias negativas sin buscarlo. Desde el momento en que empieza a ser consciente de lo que ha sucedido, se preguntará constantemente por qué le ha pasado y qué ha hecho para merecerlo. Por esta razón algunas víctimas sienten que tienen que encontrarse con esa persona y preguntarle las dudas que pueda tener para sanar sus propias heridas, así como recibir una información real y no sesgada por otros.

Otras víctimas sienten que relatando la vivencia conforme ellas lo han vivido podrán quitarse un peso de encima y hacer entender su impacto de primera mano. Los motivos se sustentan en que viendo el suceso como un trauma y en consecuencia el surgimiento en mayor o menor medida de estrés postraumático, enfrentarse a la realidad en un ambiente cómodo preparado con anterioridad, supone un avance en su proceso terapéutico. Se trata, pues, de regular ese concepto que tienen de sus vidas, que tanto

les han cambiado desde el suceso, y recibir un reconocimiento, necesidad que nace de la injusticia que han vivido, y que no tendrían si no fueran escuchadas de esta manera.

En relación a este aspecto, el desahogo de haber soltado lo que llevaban dentro y escuchar al ofensor “tú no tienes la culpa”, así como un perdón sincero, va a permitir empezar a recuperar el control de su vida.

3.4.2 Perspectiva del ofensor

La otra parte de la historia, a pesar de ser el culpable del daño del bien jurídico, también ha de atenderse y llegar a entender la génesis de su comportamiento. En vez de reaccionar conforme a la sed de venganza, darle la oportunidad de contar su historia proporciona información que puede ser elemental para estudiar y trabajar aquellos “daños” y factores criminógenos que le han llevado a delinquir.

Una vez dado el tiempo para explicar su punto de vista, tanto escuchar a la víctima como a la persona que esté mediando en el encuentro debe producir una reflexión en el ofensor sobre las consecuencias que ha tenido su comportamiento y generar un arrepentimiento real en él. No menos importante será expresarlo al exterior y con ello, fortalecer habilidades y destrezas sociales que tan necesarias son para empatizar con la víctima, como puede ser la escucha activa entre los interlocutores para llegar a un consenso en el que estén de acuerdo ambos.

Todas las cualidades que va adquiriendo en el proceso, junto con la sensación de haber enmendado su error dentro de lo posible, sensibilizan al ofensor e incrementan las posibilidades de disuasión, por lo que es muy probable que si el resultado es favorable este influya mucho en la prevención de reincidencia futura. Ni mucho menos significa que la justicia restaurativa asegure ser un programa de reincidencia, porque su objetivo real no es este, pero sí puede reducirse la tasa en cuanto las necesidades sean cubiertas satisfactoriamente y el sujeto se reintegre en la sociedad con habilidades suficientes para afrontar situaciones susceptibles de factores de riesgo.

3.4.3 Perspectiva de la comunidad

La amplitud de participantes puede ser tal que se ha considerado la inclusión de más personas interesadas, a parte de las dos partes implicadas directamente por el sucesos, como pueden ser las familias y amistades de ambos.

Pero también se ha introducido el concepto más general que incluye al resto de la sociedad: la comunidad como grupo afectado por la debilitación del sentido de unidad. Su intervención, que tiene lugar en los círculos y conferencias, también ha de recibir atención por cuanto se prevé la posibilidad de fortalecer el vínculo humano desde un punto de vista emocional que no tiene la justicia penal, y procurar evitar futuras conductas delictivas. Para ello, al igual que sucede en las demás personas que participan, se fomenta un ambiente de respeto y de escucha, tanto para el colectivo como para el resto.

Por tanto, su participación se tiene en cuenta porque parte de la responsabilidad de la correcta reinserción del delincuente y la creación de comunidades sanas, también está en manos del resto de ciudadanos, de quienes surge el desprecio y el etiquetamiento que forman una sociedad desconfiada, deseosa de venganza.

3.4.4 Perspectiva del sistema judicial

La justicia restaurativa también se ha entendido como un medio para agilizar la justicia²⁸, y al mismo tiempo dar una respuesta adecuada al delito cometido que satisfaga las necesidades y seguridad jurídica de los ciudadanos.

De esta manera, no sólo se resolvería el asunto de forma individualizada y que se adapte a las necesidades de las partes, sino que se haría frente a la excesiva lentitud y saturación que muestra la justicia española; ahorrando a su vez recursos que puedan ser destinados a causas que por sus circunstancias deban resolverse mediante la vía judicial.

La denominada economía procesal²⁹ prevé pues que se intervenga con herramientas restaurativas en cualquier fase del proceso, ya sea antes, durante o tras la celebración del juicio. La relación causal entre la disminución de la cantidad de trabajo de operadores judiciales y las decisiones alternativas que se toman, sobre todo aplicado en el tratamiento

28 La mayoría de propuestas por la Fiscalía General del Estado al Ministerio de Justicia del 24 de abril de 2020, coincidiendo con las primeras medidas de desescalada en un momento crítico tanto socialmente como jurídicamente por la situación sanitaria del COVID-19, van encaminadas a cumplir dichos objetivos.

“Nuevas medidas para la agilización de la Justicia”, 2020, disponible en <https://www.fiscal.es/ca/-/nuevas-medidas-para-la-agilizacion-de-la-justicia>

29 “Alude a la exigencia de que el proceso debe conseguir su objetivo de dar una solución pacífica y justa a los conflictos con el menor esfuerzo posible de tiempo, trabajo y dinero. A este fin económico deben responder tanto la regulación del proceso, como la actuación de los Jueces y Tribunales al aplicar las normas procesales. Si para una necesidad procesal son posibles varias alternativas igualmente válidas, debe elegirse la más rápida y eficaz y la menos costosa.” (Diccionario jurídico, Expansión- Diario económico e información de mercados, s.f.)

juvenil, es inversamente proporcional y así se ha demostrado en estudios cómo el que proporciona la profesora Soletto Muñoz, en su exposición de hipótesis resueltas en base a las estadísticas nacionales de desistimientos y soluciones extrajudiciales ³⁰.

Al fin y al cabo, se trata de buscar no una sustitución de sistema judicial, así como tampoco se pretende excluir el encarcelamiento³¹, pero sí es una propuesta más a tener en cuenta a la que dar una oportunidad, y así conseguir no sólo un sistema más rápido, sino también más justo y humano.

3.5 Objeciones y desventajas

La principal crítica³² a la que se enfrenta el principio de oportunidad con el que actúa la justicia restaurativa, es la apariencia contradictoria que tiene respecto a los principios fundamentales que rigen el sistema de justicia en España, especialmente el principio de legalidad que tanta rigurosidad exige el Derecho Penal.

Dicho precepto, asegura que el proceso penal y las normas dispuestas en el Derecho material se cumplan tal y como se haya dispuesto, creando la seguridad jurídica e igualdad ante la ley que se persigue con su mandato. Por tanto, y teniendo en cuenta la definición del epígrafe anterior, aplicar el principio de oportunidad significaría tomar un camino diferente que normalmente se sigue para enjuiciar unos hechos delictivos.

La problemática se centra en si las previsiones restaurativas en la legislación, cada vez más presente en las distintas modalidades expuestas anteriormente, no contradicen las garantías procesales y el derecho a la defensa del infractor. En concreto, y al necesitar la responsabilización de los actos, se exige precisamente la voluntariedad en todo momento para no vulnerar la presunción de inocencia, el derecho del investigado o encausado a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable. Es por ello que el control judicial sobre el límite de la legalidad permite, en unos casos reglados, la flexibilización que protagoniza los procesos de menores en favor de ambas partes.

³⁰ SOLETO MUÑOZ, H., *Reflexiones en torno a la justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 11.

³¹ ZEHR, H., *op. cit.*, p. 17.

³² Destaca la ponencia de Winfried Hassemer en el "Symposium internacional sobre la transformación de la justicia penal" de Buenos Aires celebrado en 1988. HASSEMER, W., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., "La persecución penal: legalidad y oportunidad", *Jueces para la democracia*, Nº 4, 1988, p. 8-11

A su vez, la separación de poderes y las funciones previstas para el Ministerio Fiscal que establecen los arts. 117.3 y 124 de la Constitución Española, ha sido objeto de debate doctrinal³³ en cuanto a si la renuncia a iniciar el proceso y el sobreseimiento supondría una intromisión del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sin embargo, su actuación justamente se justifica por ser defensor de la legalidad y promover la acción de justicia, y no sólo tratará de actuar conforme a lo legalmente establecido sino que su petición estará controlada por el Juez o Tribunal competente³⁴.

Por otra parte, la aplicación restaurativa es limitada y no siempre puede darse en todos los casos, bien por la no adecuación de los criterios que exige la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la LORPM en su caso, o bien porque las características del delito cometido no permiten la reparación infractor-víctima que se quiere conseguir.

Los tipos penales que mejor se adaptan a este sistema son aquellos donde se haya apoderado o perjudicado bienes ajenos (hurtos y daños), en los que resulten lesiones y por sus circunstancias concretas pueda haber una conversación conciliadora, así como los delitos que prevengan una circunstancia atenuante específica en su articulado por proceder voluntariamente a restituir (véase la previsión del art. 340 del CP para los delitos sobre ordenación del territorio y el urbanismo, sobre el patrimonio histórico, contra los recursos naturales y medio ambiente y protección de la flora y fauna) o conciliar con la víctima (enunciado en los arts. 214 y 216 en referencia a los delitos de injuria y calumnia).

Como se puede comprobar, la escasa gravedad de los hechos y el no concurrir violencia o intimidación, son factores a valorar para seguir o no con las herramientas restaurativas, ya que el grado de afectación de la víctima podría ser tal que imposibilitara el encuentro. Es complicado llevar a cabo la práctica en delitos graves como el homicidio, que sean el ámbito doméstico o afecten a la libertad sexual³⁵ porque hay un claro desequilibrio de poder y la tensión emocional entre las partes podría provocar un mayor desgaste de la

33 VARGAS GALLEGU, A. I., "Principio de legalidad. Principio de oportunidad", *Revista de Jurisprudencia*, 2019.

34 NIETO LUENGO, M., "Beneficios e inconvenientes (perjuicios) de la instrucción del proceso penal de menores por el Ministerio Fiscal", *Revista de Derecho UNED*, Nº 8, 2011, p. 346-347.

35 La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su art. 44 añade el art. 87 ter a la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial. Concretamente el apartado 5 establece: "En todos estos casos está vedada la mediación."

relación intersubjetiva, ya rota por los resultados dañinos del delito. De la misma manera la diferencia de roles asumidos entre un funcionario público y un particular, también impide que el delito de atentado contra la autoridad del art 550 del CP sea resuelta mediante esta vía.

En lo que respecta a los tipos penales en los que el sujeto pasivo sea una pluralidad de personas, o directamente no haya persona física sino que es la sociedad la que es perjudicada, cómo sucede en los delitos de corrupción política o los que atentan contra la salud pública, aunque no haya un encuentro infractor-víctima se puede contemplar la restitución mediante trabajos en beneficio de la comunidad (que no debe confundirse con la pena que se impone en sentencia firme) o participando en charlas formativas que traten sobre el bien jurídico y la conducta que lo ha dañado. Esta reparación simbólica, como aplicación de la justicia restaurativa, tendría cabida sobre todo cuando el delito cometido es contra la seguridad vial, en el que el peligro es abstracto, y con el que se pretende concienciar para prevenir futuras conductas que supongan un peligro concreto para la vida del resto de conductores.

Aún así, nada impide que se contemple la práctica restaurativa en delitos graves, en las que se convierta la carga emocional negativa del hecho en un proceso terapéutico y sanador, cómo el programa de mediación realizado con presos de ETA del centro penitenciario de Nanclares de Oca en 2011 (Álava)³⁶.

4. JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL PROCESO DE MENORES

Atendiendo a los principios y valores que rigen en la responsabilidad penal de menores de edad, este ámbito especializado encaja muy bien en la filosofía que sigue la justicia restaurativa, siguiendo la línea educativa y el superior interés del menor que ha promulgado la LORPM.

La madurez que empieza a adquirir el adolescente es la base sobre la que se trabaja para que entienda el alcance de sus actos y responsabilizarse de ello, cuya intervención supone una reflexión acerca de sus valores y cómo puede llevar en un futuro una vida adaptada a la sociedad. Los objetivos de la justicia restaurativa, por tanto, se centran en

³⁶ CEBERIO BELAZA, M., “El perdón cara a cara entre víctima y verdugo”, *El País*, 2 de mayo 2018 (disponible en https://elpais.com/politica/2018/05/01/actualidad/1525195409_343496.html; consultado el 7/04/2021)

reforzar las carencias educativas, sociológicas y psicológicas que han llevado al menor a delinquir, basando sus premisas en la teoría criminológica de las técnicas de neutralización que proponen MATZA y SKIES³⁷.

Actualmente, los Juzgados de Menores aplican los medios de aplicación del principio de oportunidad regulado en la LORPM, primando la finalidad educativa y rehabilitadora de las formas alternativas a la vía judicial. Ejemplo de ello son las reconocidas sentencias del juez CALATAYUD³⁸, y la reivindicación que este ha dado a la mediación en materia de menores como primera opción, así como la excesiva judicialización a la hora de solucionar los conflictos³⁹.

Los datos proporcionados por el Consejo General del Poder Judicial⁴⁰, y en especial el Compendio por Especialidades de 2019 de la Fiscalía General del Estado, permiten afirmar la ideas generales que presupone la justicia restaurativa en menores, como representan las tablas expuestas a continuación.

Tabla 1

Infracciones cometidas por menores en 2019

		TOTAL NACIONAL
Delitos contra la vida e integridad física	Homicidios/ asesinatos dolosos	83
	Lesiones	12.473
Delitos contra la libertad	Agresiones sexuales	563

37 “Las técnicas de neutralización son una serie de métodos que aquellos que cometen actos ilícitos utilizan temporalmente para neutralizar ciertos valores dentro de sí mismos que normalmente les prohibirían la realización de tales actos, tales como la moral, la obligación de cumplir con la ley, y así sucesivamente.”

BOMPADRE, F. M., “David Matza y Gresham Skyes: Las técnicas de neutralización en los jóvenes que delinquen”, *Derecho a la réplica. Espacio crítico sobre control social, sociedad y conflictos globales*, 30 de noviembre de 2015 (disponible en <https://derechoareplica.org/index.php/mas/criminologia/828-david-matza-y-gresham-sykes-las>; última consulta en 06/04/2021)

38 CALATAYUD, E., MORÁN, C., “Mis sentencias ejemplares”, *La Esfera De Los Libros, S.L.*, 2008 <https://www.grnadablogs.com/juezcalatayud/>

39 CAPILLA, C. “Entrevista a Emilio Calatayud, Juez de Menores de Granada”, *Diario de mediación*, 15 de diciembre de 2017 (disponible en <https://www.diariodemediacion.es/juez-emilio-calatayud-hay-demasiada-judicializacion/>)

40 Consejo General del Poder Judicial, Estadística Judicial, Justicia Dato a Dato- Año 2019 (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Justicia-Dato-a-Dato/>)

sexual		
	Abusos sexuales	1.370
Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico	Robos con fuerza	3.739
	Robos con violencia o intimidación	4.442
	Hurtos	9.451
	Daños	3.364
Delitos contra la salud pública		894
Delitos contra la seguridad vial	Conducción etílica/ drogas	51
	Conducción temeraria	107
	Conducción sin permiso	1.820
Delitos de violencia doméstica		5.055
Delitos de violencia de género		788
Delitos contra el orden público	Atentados y delitos de resistencia y desobediencia grave	1.174
	Otros delitos contra el orden público	419
Otros delitos		12.477
Delitos leves		10.868

Elaboración propia a partir del "Compendio por especialidades- Año 2019" de Actividad del Ministerio Fiscal, proporcionado por el Consejo General del Poder Judicial⁴¹.

En primer lugar, los datos a nivel nacional aportados indican que los delitos cometidos por menores que más incidencia han tenido en los procedimientos penales de 2019, son

41 Consejo General del Poder Judicial, Estadística judicial, Actividad del Ministerio Fiscal, "Compendio por especialidades- Año 2019" (disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> consultado el 10/04/2021)

aquellos mencionados en el epígrafe anterior, en los que se prevé una posible intervención de la justicia restaurativa de menores: lesiones, hurtos y delitos leves.

En relación a las medidas, siguiendo el principio de flexibilidad y mínima intervención, la que más se adoptó en 2019 fue la libertad vigilada (10.377), y por debajo de esta, las prestaciones en beneficio de la comunidad (3.436). Siendo la privación de libertad la medida más restrictiva, se observa que el régimen semiabierto se aplica en elevadas ocasiones (2.632) respecto del régimen abierto (177) y cerrado (757).

Tabla 2

Tramitación de diligencias y expedientes de la jurisdicción de menores en 2019

		TOTAL NACIONAL
Diligencias preliminares	Incoadas	71.512
	Archivadas por ser el menor de 14 años	7.526
	Archivadas por desistimiento de incoación	7.502
	Archivadas por otras causas	28.970
	Pendientes a 31 de diciembre	4.797
Expedientes de reforma	Incoados en el año	28.460
	Soluciones extrajudiciales	4.048
	Sobreseimiento por propuesta del Equipo Técnico (art. 27.4 LORPM)	984
	Escrito de alegaciones art. 30 LORPM	17.893
	Pendientes a 31 de diciembre	9.860

Elaboración propia a partir del “Compendio por especialidades- Año 2019” de Actividad del Ministerio Fiscal, proporcionado por el Consejo General del Poder Judicial.

Entrando en materia de las alternativas a las medidas, la Tabla 2 diferencia las actuaciones previas al inicio del proceso y las de la incoación del expediente en fase de instrucción que anticipan la finalización del proceso, entre las que interesa aquellas que se archiven por aplicación del principio de oportunidad que se desarrollarán en los puntos

siguientes: desistimiento de incoación y sobreseimiento mediante soluciones extrajudiciales.

Añadir que, además de estas, la LORPM incluye otras posibilidades de finalización del proceso que no se van a tratar en el presente trabajo: el art. 30.4 que permite al Ministerio Fiscal solicitar el sobreseimiento en los casos que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los arts. 637 y 641⁴², y los arts. 32 y 36 contemplan los supuestos de conformidad.

4.1 Intervención del Ministerio Fiscal

Como viene siendo introducido anteriormente, el Ministerio Fiscal es un órgano fundamental en la jurisdicción de menores, al que le pertenece única y exclusivamente el papel de “director de la fase de instrucción”. Con ello reduce las funciones del Juez de Menores a pronunciarse ante aspectos relacionados con los derechos fundamentales de las partes en este momento del procedimiento, y la fase de audiencia en su ejercicio de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” tras recibir el peso probatorio.

Por tanto, asume dos funciones: la de instructor que acuerda la práctica de diligencias para preparar el juicio oral, o en su caso solicitar el sobreseimiento, y la que ya tiene encomendada en la jurisdicción de adultos, la acusación pública en la fase de audiencia. Tanto es así, que el principio acusatorio que recae sobre las actuaciones del Ministerio Fiscal, implica que el Juez de Menores tenga que respetar los límites impuestos por la parte acusadora. Es decir no cabrá una medida más restrictiva o que tenga una mayor duración a la que propone el Fiscal o la acusación particular, cuando se dé el caso⁴³.

42- **Art. 637:** “Procederá el sobreseimiento libre:

1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.”

-Art. 641: “Procederá el sobreseimiento provisional:

1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.”

43 Así lo establece el art. 8 de la LORPM: “El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular”

4.1.1 Desistimiento de la incoación del expediente

Regulado en el art 18 de la LORPM, y antiguamente en el art. 15.1.^a de la Ley Orgánica 4/1992, el desistimiento de la incoación del expediente es considerada la máxima expresión del principio de oportunidad⁴⁴, pudiendo el Ministerio Fiscal, el único que dispone de las diligencias preliminares, renunciar a la continuidad de la acción penal a pesar de haberse constatado la perpetración del delito y conocer el autor.

La introducción de los medios de desjudicialización, y este en especial relevancia, ha sido propiciada internacionalmente por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)⁴⁵; mientras que en el ámbito europeo se ha instaurado en la Recomendación del Consejo de Europa R (87) 20 del Comité de Ministros de los Estado Miembros, sobre Reacción Social ante la Delincuencia Juvenil (Capítulo II. Desjudicialización- mediación). También la Convención ONU sobre los Derechos del Niño de 1988 hace referencia a la adopción de medidas que eviten el enjuiciamiento formal en el tratamiento de menores infractores, en su art. 40.3.

Lo cierto es que la posibilidad de desistir la incoación que tiene el Fiscal de oficio, determina la finalización prácticamente en el momento ya que, tanto en el art. 18 como en el art. 25 de la LORPM, no se prevé que la acusación particular, la otra figura que puede ejercer la acción penal, pueda continuar insistiendo en su procedibilidad a pesar del archivo del Fiscal. La problemática es que, aunque la preocupación hacia la participación

44 FERNÁNDEZ OLMO, I., “La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal”, Julio 2007, p. 11.

45-Regla 11.2: *“La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.”*

-Regla 11.4: *Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.”*

(Reglas de Beijing, Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985)

de las víctimas en el proceso es notoria en las últimas reformas, sigue sin constatarse una actuación de estas más allá del derecho de ser informadas del archivo⁴⁶.

En cuanto a los requisitos tasados por el art. 18, se distinguen tres en relación a la gravedad que revistan los hechos delictivos:

- Que el delito sea menos grave o leve, es decir que esté castigado en el Código Penal y las leyes penales especiales con pena menos grave o leve, conforme a los arts. 13.2 y 33.3 del Código Penal.
- Que no haya mediado violencia o intimidación, expresa o tácitamente expresado en el precepto, en la perpetración de los hechos. Se entiende por violencia toda acción o fuerza que se realice con el fin de dejar sin posibilidad de resistencia de la víctima; mientras que la intimidación es el pronunciamiento de un mal que despierte en la víctima un miedo real para ella.
- Que el menor no sea reincidente por hechos de la misma naturaleza. A pesar de recordar a la circunstancia agravante del art 22.8ª del Código Penal aplicada a los adultos, el art. en cuestión no habla de delitos condenados por sentencia firme sino que se refiere simplemente a hechos. La nombrada Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado (VI.2.C) aclara que los hechos de la misma naturaleza, son aquellos que sean constituidos por delitos graves y delitos menos graves perpetrados con violencia o intimidación.

Aunque no se trate de un requisito expreso, el propio nombre del art. indica que el desistimiento se dará por corrección en el ámbito educativo y familiar, con la adecuada intervención de la entidad pública de menores, en aplicación del art. 3 de la LORPM. Cabría pensar que su planteamiento como requisito está descartado debido a la imposibilidad que supondría acceder a esta solución a los menores con una condición familiar desfavorable.

Por último, en caso de apreciar que algún requisito no se da, el Ministerio Fiscal debe incoar el expediente, y si se cumplieran los presupuestos del art. 19.1, podría remitirlo al Juez como propuesta de sobreseimiento.

⁴⁶ VARELA GÓMEZ, B. J., «Desistimiento y sobreseimiento en el procedimiento penal de menores (arts. 18 y 19 LORPM)». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, p. 374.

4.1.2 Sobreseimiento del expediente

La regulación del art. 19 de la LORPM, es un importante acercamiento a la mediación y a la reparación de la víctima, tras el movimiento de protección hacia esta de los últimos años. Aún siendo la LORPM el gran punto de inflexión, estas alternativas ya estaban propuestas en la Ley Orgánica 4/1992, haciendo hincapié en una reparación extrajudicial que pudiera celebrarse en cualquier fase del procedimiento.

En este caso el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y desistirá de la continuación del procedimiento, y no de su incoación a diferencia del art. 18, de la que será necesaria la aprobación del Juez de Menores. Se habla por tanto, de un sobreseimiento por motivos de oportunidad, siempre y cuando los requisitos exigidos legalmente se hayan cumplido.

De antemano, se estudia las circunstancias en las que se han desarrollado los hechos, en especial a la falta de violencia o intimidación grave. Aún teniendo similitudes con el desistimiento de la incoación del expediente comentado en el punto anterior, ambos supuestos difieren en que en este caso sí se aprecia control judicial porque el archivo se se debe pedir y ser acordado por el Juez de Menores; además de que al requerir falta de gravedad en las circunstancias de los hechos, se abre la posibilidad de que se sobresea aún habiendo violencia o intimidación que se considere poco relevante.

Por último, en relación a las razones por las que desiste la continuación del expediente, se diferencian tres presupuestos subjetivos relacionados con la conducta del menor:

- Conciliación, se entiende por el apartado 2 del art. 19 de la LORPM como el acuerdo alcanzado tras haber reconocido el menor los hechos y una petición de disculpas a la víctima por los daños causados. El resultado sería una satisfacción o “indemnización moral”⁴⁷ por parte de ambos, con el consentimiento y aceptación del perdón por parte de la persona dañada para finalizar el encuentro. Será de vital importancia la asistencia, tanto al Juez como al Fiscal, del informe que proporcione el Equipo Técnico sobre la idoneidad de la alternativa, que además también intervendrá mediando entre las partes.

⁴⁷PERIS RIERA, J.M., “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2001, p. 1.

- Reparación que, más que un resarcimiento psicológico, se refiere a la asunción del menor de comprometerse a realizar un número determinado de actividades que resulten beneficiosas materialmente para la víctima o el perjudicado, o incluso para la comunidad si el delito hubiera causado desperfectos en bienes materiales comunes. La idea que se persigue es la misma que la de los trabajos en beneficio de la comunidad que establece el art. 7 de la LORPM, que en principio ha de estar relacionada con el delito para que aprenda sobre el daño que ha cometido y así compense simbólicamente a la víctima, previo acuerdo de reparación. Todo ello, como indica el apartado 2 de dicho art., sin perjuicio del cumplimiento de la responsabilidad civil.

- Actividad educativa, a propuesta del Equipo Técnico en su informe, en el caso de que los anteriores supuestos no puedan llegar a término y así se considere adecuado conforme las circunstancias del menor. El contenido de esta solución no está descrito en los apartados de los que se compone el art. 19, que se remitirá a las medidas de trabajo en beneficio de la comunidad y realización de tareas socioeducativas, al igual que sucede con la reparación, pero sin ser su contenido igual a estas medidas porque no se trata de una sanción penal impuesta por una sentencia⁴⁸. Las actividades son específicas en relación al delito que ha cometido el menor para su reinserción social, entre las que se encuentran la asistencia a un taller ocupacional, cursos de empleabilidad laboral o talleres de animación sociocultural, entre otras⁴⁹.

4.2 Intervención del Equipo Técnico

El soporte de los Equipos Técnicos en el proceso penal de menores ya se tenía en cuenta en los Tribunales Tutelares de Menores⁵⁰, ya que se percibía la necesidad de tener expertos en ramas no jurídicas que completasen el tratamiento específico en menores, y ahora son un elemento clave, sobre todo en la instrucción, en los Juzgados de Menores a los que están adscritos.

⁴⁸ VARELA GÓMEZ, B. J., *op. cit.*, p. 382.

⁴⁹ Exposición de motivos de la LORPM, III. 19.

⁵⁰ MINGO BASAIL, M. L., "Psicólogos, educadores sociales y trabajadores sociales en los juzgados de menores. La actuación del equipo técnico", *Indivisa: Boletín de estudios e investigación*, Nº 6, 2005, p. 117

La aprobación de la LORPM, y en concreto el Reglamento aprobado el 30 de julio de 2004, supuso la definición exacta de los profesionales que integran el Equipo Técnico, en el art. 4 del Reglamento, siendo estos psicólogos, educadores y trabajadores sociales, dependientes orgánicamente del Ministerio de Justicia o de las comunidades autónomas con competencias y funcionalmente del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Menores. Además, dicho art. deja abierta la posibilidad de que se incorpore, permanente o temporalmente, otros profesionales que sean necesarios, acordados por el órgano competente. A efectos de realizar un análisis completo, y como expertos del delito, sería interesante valorar la inclusión de los criminólogos dentro de este grupo de profesionales, que ofrecerían información muy útil desde un punto de vista diferente por las distintas materias que contiene su formación, e incluso llegar a regular su participación concreta como lo está con los profesionales que integran por el momento los Equipos Técnicos.

Su intervención empieza cuando el Fiscal le solicita elaborar un informe multidisciplinar, en el que conste la situación psicológica, social, educativa, familiar y cualquier circunstancia sobre el entorno del menor que haya de tenerse en cuenta en aras de proponer la medida más adecuada (art 27 LORPM), en aras de conseguir los fines educativos conforme al superior interés del menor.

En materia de las soluciones extrajudiciales que contempla el art 19 es donde más importancia tienen sus funciones, ya que van a ser los Equipos Técnicos los terceros imparciales o mediadores que lleven la conciliación y la reparación, además de ser preceptivo su informe para que el menor lleve a cabo actividades socioeducativas, cuando las anteriores soluciones no puedan producirse.

Teniendo en cuenta la relevancia que tienen los informes para las decisiones durante el procedimiento también cabe la posibilidad, según el art 27.4, de que, por considerar suficiente reproche el procedimiento y que se cumplan los requisitos del sobreseimiento del art. 19, el Equipo Técnico, dé propuesta para la no continuación del expediente en su informe y con ello el Ministerio Fiscal lo remita al Juez de Menores como propuesta de sobreseimiento, dando copia al letrado del menor.

5. MEDIACIÓN PENAL CON MENORES INFRACTORES EN ESPAÑA

La mediación es, sin duda, la práctica más extendida para aplicar la justicia restaurativa como estrategia de resolución de conflictos, no sólo en el ámbito penal en el que se centra el trabajo, sino que se ha aplicado primeramente en otros órdenes jurisdiccionales. Incluso

en situaciones que no han derivado a un proceso judicial, como la mediación familiar, policial, laboral o vecinal, también se contempla la mediación, entre otras soluciones alternativas o *ADR*, ya mencionadas.

Sin embargo, los mitos que rodean a la mediación y el desconocimiento general de la población, impide que se aplique más ocasionalmente en el día a día, y si hablamos de justicia de adultos aún escasea más por falta de legislación⁵¹ y el choque que supone el cambio de paradigma hacia la justicia restaurativa en España. En cambio, donde sí se ha visto conveniente, e incluso con resultados satisfactorios que presentan algunos programas y las estadísticas del INE y el Consejo General del Poder Judicial, es en el tratamiento de menores infractores y ello se consolida sobre todo en la promulgación de la LORPM, como se ha desarrollado en los epígrafes anteriores.

5.1 Definición y tipos de mediación

El concepto de la mediación que se aplica en menores, tal y como se entiende en la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se define como método de resolución de conflictos autocompositivo y propuesto como alternativa al procedimiento judicial, mediante el cual dos partes enfrentadas por un conflicto intersubjetivo llegan a un acuerdo común, siempre y cuando su participación sea voluntaria⁵². El resultado del encuentro es un diálogo que permita encontrar una solución que beneficie a ambos, con ayuda de un tercera persona imparcial que conduzca la plática y acerque las posturas. Se añade además el objetivo de que, más allá de que se alcance el acuerdo, se consiga la reeducación de la que se preocupa la jurisdicción de menores, que realmente el infractor se responsabilice de sus actos y la víctima sienta que sus necesidades están en mayor o menor medida satisfechas.

Siguiendo la línea de la “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, los principios que deben regir la mediación penal, ya sea juvenil como de adultos, son:

- Voluntariedad por parte de ambas partes, con la información que precisen del proceso.

51 Se contempla únicamente la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y esta prohíbe expresamente su aplicación en mediación penal en el art. 2.

52 “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”, Consejo General del Poder Judicial (España). Gabinete Técnico. Mediación, 2016.

- Gratuidad, ya que por el carácter público del Derecho Penal los gastos los asume la Administración de Justicia.
- Confidencialidad y privacidad de la mediación, tanto del mediador como de las partes. Sólo se comunicará el inicio, la finalización, los compromisos que se hayan adquirido y el grado de cumplimiento.
- Oficialidad, siendo la iniciativa del Ministerio Fiscal la que lleva a la derivación del caso a mediación penal.
- Flexibilidad, adaptándose los pasos y la duración según las circunstancias de las partes.
- Bilateralidad, con la que se posibilita que puedan expresar sus posturas y voluntad de reparación.

Dependiendo del momento procesal en el que se produzca, el Reglamento de 2004 distingue entre mediación pre-sentencial y post-sentencial, dependiendo de si se trata de la conciliación que se sobresee el expediente en la instrucción o si ha dejado sin efecto las medidas ya impuestas en sentencia⁵³.

El primer supuesto es el que contempla el art. 19 de la LORPM, en el que el Equipo Técnico recibe el caso y revisa la documentación para valorar la idoneidad de la solución extrajudicial. Si procediera se contacta por una parte, con el menor junto a sus padres y su letrado, y por otra con la víctima (si fuera menor de edad o incapaz se comunica a su representante legal), con la intención de preparar el abordaje posterior según el apoyo que tengan las partes así como la voluntad de participar activamente. También se decide si la víctima participará directa o indirectamente en el encuentro (conciliación y reparación), o si es conveniente un programa sin participación de la víctima (actividad educativa)⁵⁴.

El resultado satisfactorio desembocará en el sobreseimiento del expediente, así como también se archivará cuando no pudiera llevarse a término por causa ajenas al menor;

53 Art 51.3 LORPM: “ *La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.*”

54 ÁLVAREZ RAMOS, F., “Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales”, *International E-Journal of criminal sciences*, Nº 2, 2008, pp. 7-15

mientras que sí que se seguirá con la tramitación del expediente cuando el menor haya incumplido el acuerdo.

En cambio cuando se produce una mediación post-sentencial, mucho menos utilizada en el ámbito juvenil y en la justicia de adultos sólo se conoce en países anglosajones⁵⁵, el menor ya está cumpliendo la medida impuesta por la sentencia condenatoria y su participación podría llevar a finalizarla, cuando la mediación sea considerada suficiente reproche según el criterio del Juez de Menores. El desarrollo se lleva a cabo de la misma manera que se sigue la pre-sentencial, pero con la especificidad de que quien se encarga va a ser la entidad pública de protección de menores correspondiente, y no el Equipo Técnico, aunque este será oído tras la propuesta.

El concepto de mediación también cambia cuando sea post-sentencial, en cuanto el art. 51.3 en el que se trata, sólo cabe la conciliación con la participación de la víctima, aunque no se impide extender la posibilidad a una reparación⁵⁶. Nada se dice tampoco de la limitación que hay en el art. 19 de se pueda reducir la mediación a delitos leves o menos graves en los que no haya habido violencia intimidación, lo que abre la posibilidad de cesar medidas de internamiento por delitos graves cuando las circunstancias lo permitan y el reproche sea suficiente.

5.2 Programas de Mediación Penal con menores en España

La evaluación de Programas de Mediación Penal en el ámbito juvenil, tan importantes para comprobar su eficacia o detectar los errores cometidos, son muy escasos y con fechas poco actuales, habiendo encontrado datos en algunas Comunidades Autónomas. Aún así, estudios como el realizado por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada en Cataluña⁵⁷, el del País Vasco por OCÁRIZ⁵⁸, y en Madrid por parte de

55 ÁLVAREZ RAMOS, F., *ob. cit.*, Nº 2, 2008, pp. 15-16

56 PERIAGO MORANT, J. J., "Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la justicia restaurativa y al principio de flexibilidad", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Artículos RECPC 22-02, 2020, p. 31

57 CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., BLANCH SERENTILL, M., ARRONIS CAMPS, O., COLOMA GONZÁLEZ, A., MULTIVA BENITO, N., "La reincidencia en el Programa de Mediación y Reparación de Menores (INFORME EJECUTIVO)", Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, *Área de Investigación y Formación Social y Criminológica*, 2012.

58 OCÁRIZ PASSEVANT, E., "Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia", *International E-Journal of criminal sciences*, Artículo 3, Nº 7, 2013.

CRESPO Y FRANCO de los Programas de Reparación Extrajudicial de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (ARRMI)⁵⁹, aportan datos esperanzadores, sobre todo en tasas de reincidencia tras la mediación, que al fin y al cabo es la mejor forma de estudiar las fortalezas y debilidades de esta herramienta. A continuación se recogen las variables que tiene en común los tres estudios:

Tabla 3

Datos de Programas de Mediaciones Penales con menores según CCAA⁶⁰

	País Vasco	Cataluña	Madrid
Sexo del menor	-Masculino: 77,55% -Femenino: 22,45%	-Masculino: 80,05% -Femenino: 19,95%	-Masculino: 76,21% -Femenino: 23,79%
Edad media del menor	17 años	16 años	17 años
Infracción penal cometida	-Contra las personas: 28% -Contra la propiedad: 49% -Amenazas: 11% -Otras: 12%	-Contra las personas: 36,3% -Contra el patrimonio: 35,8 %	-Contra las personas (lesiones, violencia doméstica): 61,32% -Contra el patrimonio (hurtos y robo con fuerza): 38,67%
Edad de las víctimas	-Menores: 32,8% -Adultos: 34,2% -Entidades públicas y privadas: 33%	-Menores: 29,9% -Adultos: 33,9% -No consta o son personas jurídicas: 36,2%	-Menores: 56% -Adultos: 44%

⁵⁹ CRESPO MARTÍN, C., FRANCO YAGÜE, J. F., "Mediación, respuestas educativas y soluciones extrajudiciales en el ámbito de la responsabilidad de los menores", *Revista de Mediación*, Nº 11, 2012.

⁶⁰ Elaboración propia a partir de los estudios del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., BLANCH SERENTILL, M., ARRONIS CAMPS, O., COLOMA GONZÁLEZ, A., MULTIVA BENITO, N., *op. cit.*, 2012); del Programa de Reparaciones Extrajudiciales de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducción y Reinserción del Menor Infractor (OCÁRIZ PASSEVANT, E., *op. cit.*, 2013) y de los cuatro Juzgados de Menores de la CAPV: Vitoria, Donostia, y los dos Juzgados de Bilbao (CRESPO MARTÍN, C., FRANCO YAGÜE, J. F., *op. cit.*, 2012).

Participación de la víctima	-Con encuentro: 31,1% -Sin encuentro: 46,3% -Ambas circunstancias: 3,9% -Información desconocida: 18,1%	-Con encuentro: 57,7% -Sin encuentro: 32,3% -Reparación por iniciativa de las partes: 10,01%	-Con encuentro: 87,67% -Sin encuentro: 12,33%
Finalización	-Positiva: 82,6% -Negativa: 17,14%	-Positiva: 80, 3% -Negativa: 19,7%	-Positiva: 83, 56% -Negativa: 16, 43%

Se establece así un perfil sociodemográfico del menor que obtiene unos resultados favorables y con éxito en la mediación, un número bastante elevado como se puede ver, (varón que inicia el programa con una edad comprendida entre 16 y 17 años), al que Cataluña ha añadido más datos por ser un estudio más complejo. Estos son que, la gran mayoría, son menores nacionales (76,4%), han finalizado mínimo la educación primaria y actualmente siguen estudiando o trabaja (84,3%).

En relación al perfil criminológico que más se ha adaptado a la mediación, además de las tipologías que comete el menor y por las que se practica la alternativa, los estudios de Cataluña ofrecen que un 73,3% no tiene antecedentes, el 78,8 % ha realizado un sólo hecho y un 52,8% de los delitos los ha cometido con un grupo de iguales, viéndose influenciados por ellos en gran parte.

También, en relación a las víctimas, el programa catalán ha transmitido que en gran parte lo han sido en solitario (80%), de sexo masculino (61%) y del círculo próximo al agresor (51,9%), lo que favorece en gran medida el encuentro y el diálogo.

Tabla 4

Reincidencia tras la finalizar la mediación según CCAA⁶¹

	País Vasco	Cataluña	Madrid
--	-------------------	-----------------	---------------

⁶¹ Elaboración propia a partir de los estudios del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., BLANCH SERENTILL, M., ARRONIS CAMPS, O., COLOMA GONZÁLEZ, A., MULTIVA BENITO, N., *op. cit.*, 2012), y de los cuatro Juzgados de Menores de la CAPV: Vitoria, Donostia, y los dos Juzgados de Bilbao (CRESPO MARTÍN, C., FRANCO YAGÜE, J. F., *op. cit.*, 2012).

Tasa de reincidencia general	-No reincidentes: 94,1%	-No reincidentes: 73,9%	No consta
	-Reincidentes: 5,9%	-Reincidentes: 26,1%	

El Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada (2011) también profundizó en el perfil de un menor reincidente, extrayendo del estudio las siguientes variables específicas que se asocian a una mayor reincidencia⁶²:

- Los chicos reinciden casi el doble que las chicas, demostrado (*28,6% y 15,7% respectivamente⁶³).
- Los menores extranjeros, en mayor cantidad provenientes de Magreb y Sudamérica, son más reincidentes que los nacionales (*33,3% y 23,9%).
- Junto a la nacionalidad, preocupa el grupo de edad de 14 años (19,3%), en cuanto al fracaso que hay en los más jóvenes, teniendo en cuenta que no es el rango que más infracciones, y por tanto mediaciones, tiene.
- Aquellos que no hayan finalizado los estudios obligatorios (Primaria no alcanzada en *45,3%, Primaria alcanzada en 27,1% y ESO alcanzada en *14,7%), y en ocasión de estar en edad de trabajar estén en el paro (*30,3%), tienen tasas de reincidencia más altas que los que tienen un trabajo (*20,4%).
- Otro de los factores que destacan los autores, y sobre los que recomienda una evaluación anterior a la mediación, es que cuantos más antecedentes penales tenga, más probabilidades tendrá de que el resultado sea negativo y persista la carrera delictiva. Cuando la cantidad oscila entre los 4, 5 o más antecedentes, las tasas de reincidencia (*92,3% de los que tienen 5 o más antecedentes) son muy elevadas, con lo que el Programa propone, o bien ampliar las intervenciones combinando recursos, o bien plantear otro tipo de soluciones más adecuadas a los delitos cometidos y las circunstancias en las que se hayan producido.

⁶² CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., BLANCH SERENTILL, M., ARRONIS CAMPS, O., COLOMA GONZÁLEZ, A., MULTIVA BENITO, N., *ob. cit.*, p. 50.

⁶³ * Los valores tienen diferencias estadísticamente significativas de $p \leq 0,05$, teniendo en cuenta la fiabilidad que supone concretar el estudio en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Por ello, los porcentajes no resultan el 100%, pero sí sirven para comprobar los datos expuestos.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA

La evolución de la jurisdicción de menores, desde el modelo tutelar que se perseguía en sus inicios por los Tribunales Tutelares de Menores, hasta el actual modelo de responsabilidad, ha conseguido adaptarse a las exigencias internacionales, en especial atención a la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Así se ha reflejado en España con la promulgación de la LORPM, estableciendo en su Exposición de Motivos y articulado posterior una prioridad del interés superior del menor, alrededor del cual pivotan el resto de principios que guiarán el procedimiento, formalmente penal pero materialmente sancionador-educativo.

SEGUNDA

La superación del populismo punitivo, con la entrada del siglo XXI, ha permitido la progresiva adaptación del paradigma de la justicia restaurativa, dando lugar a un sistema judicial que cada vez tiende más a escuchar las necesidades de los sujetos afectos desde una perspectiva mucho más humana. Es una forma, además, de reforzar el valor que tiene el diálogo y el perdón; que por una parte dé la satisfacción psicológica que la víctima necesita y, por otra, el reforzamiento cognitivo que precisa un delincuente para sensibilizarse, entender realmente el daño que ha hecho. Sin embargo, para conseguir estos objetivos y que la justicia restaurativa aporte el máximo beneficio, es necesario que todos nosotros abramos la mente para entender la justicia, no como un medio de castigo caracterizado por tener más éxito cuando más duro sea, sino como la forma de satisfacer las necesidades de los sujetos afectados dentro de los límites establecidos legalmente y conseguir la mayor seguridad jurídica posible.

Por el momento, España ha tenido una importante incorporación restaurativa en el ámbito juvenil, basada en el principio de oportunidad, dada la importancia que tiene la etapa evolutiva de las edades que interesan en la justicia juvenil: 14 hasta 18 años. En consecuencia, una adecuada intervención en menores infractores en su desarrollo hacia la vida adulta, va a ser crucial para la continuidad o abandono de su carrera delictiva.

TERCERA

La puesta en práctica de la justicia restaurativa que se prevé en la LORPM, contempla la mediación penal como el método de resolución de conflictos y reparación de la víctima por excelencia. En materia de menores, cada Comunidad Autónoma tiene la competencia para desarrollar los programas y, a pesar de que cada vez se de en más territorios,

actualmente existe muy poca información sobre la evaluación de los resultados de las soluciones extrajudiciales, habiendo encontrado únicamente análisis completos del País Vasco, Cataluña y Madrid.

Es un aspecto a mejorar en España ya que las investigaciones, tanto de los resultados positivos como de aquellos en los que posteriormente el menor haya reincidido, aportan una visión objetiva de las fortalezas y debilidades de los programas para construir programas mejorados y estudiar las variables que conforman los perfiles criminales, así como se extraen ideas a desarrollar para una política criminal más eficiente.

CUARTA

Dadas las propuestas anteriores a una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto el Código Procesal de 2013 como el Anteproyecto de 2020, está clara la intención que hay de introducir la mediación penal en el procedimiento de adultos. Sería interesante que saliera adelante la propuesta y se aprovechara la experiencia de los últimos años con los jóvenes para formar un verdadero modelo de justicia restaurativa en España, una forma diferente de entender el Derecho Penal sin olvidar el respeto de las garantías y derechos que le han asistido tradicionalmente.

Asimismo, y teniendo en cuenta el diferente desarrollo cognitivo y de personalidad que tienen los adultos, debería tenerse en cuenta otros aspectos a la hora de abordar los encuentros e incluso habrá supuestos en los que sea muy difícil que se lleve a cabo por las características del delito. Todo ello demuestra que es un campo muy desconocido por el momento, que debería empezar a inculcarse tanto a la ciudadanía como a los operadores jurídicos, y que necesita aún un trabajo para que podamos emplearlo en un futuro no muy lejano.

QUINTA

Considero que, a la hora de redactar el informe del menor por parte del Equipo Técnico, tan importante en las decisiones que se tomen durante el proceso, ha de tener un enfoque multidisciplinar que permita entender una visión holística del delito. Por esta razón la inclusión de la figura de los criminólogos, como agentes especialistas en el delito y profesionales formados en diferentes ramas que configuran el crimen y las complejas conductas antisociales, como un asesor más en el equipo podría proporcionar mecanismos clave para tratar las conductas delictivas y su prevención. Estas labores, aplicables en muchos ámbitos además del que se ha tratado aquí, poco a poco están siendo

debidamente reconocidas y este es, sin duda, un campo que tendría que considerar sus aportaciones.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN MONTERREAL, A, "Reseña histórica sobre la minoría de edad penal", *Anuario de Facultade de Derecho da Universidade de A Coruña*, Nº 11, 2007, pp 27-44.

- ÁLVAREZ RAMOS, F., "Mediación penal juvenil y otras soluciones extrajudiciales", *International E-Journal of criminal sciences*, Nº 2, 2008.

-BERZOSA FRANCOS, V., "Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal", *Problemas actuales de la justicia penal : los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas / coord. por Joan Picó i Junoy*, pp. 13-24.

-BLANCH SERENTILL, M., CAPDEVILA CAPDEVILA, M, FERRER PUIG, M., FRAMIS FERRER, B., RUIZ CABELLO, U., MORA ENCINAS J., BATLLE MANONELLES, A., LÓPEZ IZQUIERDO, B., "La reincidencia en la justicia de menores", Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, *Àmbito social y criminològic*, 2016.

-CAPDEVILA CAPDEVILA, M., FERRER PUIG, M., BLANCH SERENTILL, M., ARRONIS CAMPS, O., COLOMA GONZÁLEZ, A., MULTIVA BENITO, N., "La reincidencia en el Programa de Mediación y Reparación de Menores (INFORME EJECUTIVO)", Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, *Área de Investigación y Formación Social y Criminológica*, 2012.

- CAPILLA, C. "Entrevista a Emilio Calatayud, Juez de Menores de Granada", *Diario de mediación*, 15 de diciembre de 2017.

-CÁMAR ARROYO, S., "Imputabilidad e inimputabilidad penal del menor de edad. Interpretaciones dogmáticas del artículo 19 CP y tipologías de delincuentes juveniles conforme a su responsabilidad criminal", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014, pp. 239-320.

-CRESPO MARTÍN, C., FRANCO YAGÜE, J. F., "Medicación, respuestas educativas y soluciones extrajudiciales en el ámbito de la responsabilidad de los menores", *Revista de Mediación*, Nº 11, 2012.

-CUELLO CALÓN, E., "Los Tribunales para niños", Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1917.

-ESCORIHUELA GALLÉN, C. V., "El interés superior del menor en la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, *La Ley Penal*, Nº 114, 2015.

- FERNÁNDEZ OLMO, I., "La instrucción en el procedimiento de menores por el Ministerio Fiscal", Julio 2007.

-GIMÉNEZ SALINAS, E., RODRÍGUEZ, A.C., "Un nuevo modelo de justicia que repare el daño causado", *Educación social y justicia restaurativa*, Educación Social 67, 2018.

-HASSEMER, W., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, *Jueces para la democracia*, Nº 4, 1988.

-MARSHALL, T. F. ,*The evolution of restorative justice in Britain* European Journal on Criminal Policy and Research, 1996, pp. 21-43

-MINGO BASAIL, M. L., “Psicólogos, educadores sociales y trabajadores sociales en los juzgados de menores. La actuación del equipo técnico”, *Indivisa: Boletín de estudios e investigación*, Nº 6, 2005, pp. 117-148.

-MOLINA LÓPEZ, R. (2009) “El principio de oportunidad en el proceso penal de menores (Análisis comparado de los Ordenamientos colombiano y español)” *Nuevo Foro Penal*, No 72.

-OCÁRIZ PASSEVANT, E., “Evaluación de la mediación penal en Justicia Juvenil e impacto en la reincidencia”, *International E-Journal of criminal sciences*, Artículo 3, Nº 7, 2013.

-PERIAGO MORANT, J. J., “Las alternativas a la privación de libertad en nuestro sistema de justicia juvenil más allá de la instrucción. El recurso a la justicia restaurativa y al principio de flexibilidad”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Artículos RECPC 22-02, 2020.

-PERIS RIERA, J.M., “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2001, p. 1649-1653.

- RAMOS PASCUA, J. A., “El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero”, *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 12, 1995, pp. 503-546.

-SOLETO MUÑOZ, H., *Reflexiones en torno a la justicia restaurativa en el ámbito del menor infractor*, Dykinson, Madrid, 2019.

-VARELA GÓMEZ, B. J., «Desistimiento y sobreseimiento en el procedimiento penal de menores (arts. 18 y 19 LORPM)». *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVI, 2006, pp. 355-389.

- VARGAS GALLEGO, A. I., “Principio de legalidad. Principio de oportunidad”, *Revista de Jurisprudencia*, 2019.

- ZEHR, H., *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, trad. Jantzi, V. E., Good Books, 2010.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

-**Boletín Oficial del Estado** (www.boe.es):

-Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores

- Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores
- Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978
- Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
- Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- 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.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm, 66, de 18 de marzo de 1991)
- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020**
- Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es)**
- Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989)**
- Derecho de Réplica- Enciclopedia jurídica (www.encyclopedia-juridica.com)**
- Diccionario jurídico, Expansión- Diario económico e información de mercados (<https://www.expansion.com/diccionario-juridico.html>)**
- EL PAÍS: el periódico global (www.elpais.com)**
- Fiscalía General del Estado (www.fiscal.es)**
- Instituto Nacional de Estadística (www.ine.es)**
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (<https://www.unodc.org>):**

-Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Nueva York, 2016

-Propuesta de Código Procesal Penal de 2013

-Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985