




## Métodos alternativos de solución de conflictos y la mediación penal en materia de protección de menores: últimas reformas legislativas del Estado español

### Alternative methods of conflict resolution and criminal mediation in the field of minor protection: latest legislative reforms in the Spanish State

Encarnación Abad Arenas <sup>1</sup>  <https://orcid.org/0000-0003-0877-3828>

<sup>1</sup> Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España. Profesora del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho. Coordinadora del Máster Universitario Oficial (EEES) en Arbitraje y Mediación de alternativas a la resolución de conflictos. Doctora Europea en Derecho y Premio Extraordinario de Doctorado por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

 eabad@der.uned.es



#### Resumen:

*Se estudian los antecedentes de la mediación como una respuesta a la justicia restaurativa en relación con los comportamientos de carácter delictivo y su ulterior extrapolación a España. Asimismo, se hace una breve alusión a las diferentes instituciones que actuaron en España como Tribunales para menores y, la repercusión que tuvieron en su momento. Finalmente, se analiza de conformidad con la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores cuáles son los sujetos destinatarios de la mediación, así como la repercusión que en esta materia presenta el contenido establecido en los artículos 19 y 51 al preverse la posibilidad de utilizar la mediación/conciliación.*

**Palabras clave:** conciliación; tribunales tutelares de menores; víctima; delincuente.

#### Abstract:

*The background of mediation as a response to restorative justice in relation to criminal behavior and its subsequent extrapolation to Spain is studied. Likewise, a brief allusion is made to the different institutions that operated in Spain as Courts for minors and the impact that they had at the time. Finally, it is analyzed in accordance with the Organic Law in force 5/2000 of January 12, that regulates the criminal responsibility of minors who are the subjects to whom the mediation is addressed, as well as the impact that the content established in this matter in articles 19 and 51, which consider the possibility of using mediation/conciliation..*

**Keywords:** conciliation; child guardianship courts; victim; offender.

Fecha de recepción: 06 de junio de 2020 | Fecha de aceptación: 20 de enero de 2021

## Introducción

En primer lugar, conviene precisar que los primeros antecedentes de la mediación como respuesta restaurativa a los comportamientos delictivos se encuentran en el denominado Programa de Reconciliación entre la víctima y el delincuente.

Este Programa que se inició como un experimento en los años setenta en Canadá, más concretamente, en el año 1974 en Kitchener (Ontario), se resume en el hecho de que dos jóvenes –carentes de antecedentes penales– que se encontraban drogados destruyeron varios vehículos. En este caso, el oficial de libertad condicional que tenían asignado sugirió al Juez que asumiesen sus responsabilidades, enfrentándose para ello a sus víctimas. Sugirió que, aunque en principio no fue valorada por el Juez, debido a que ésta se encontraba carente de base legal, lo cierto es que, con posterioridad, dictaría sentencia ordenando que éstos cumplieren la indicación realizada por el oficial. De este modo, los jóvenes bajo la supervisión del oficial admitieron los hechos cometidos ante sus víctimas, y en el plazo de tres meses restituyeron los daños originados a los perjudicados, experimentando de esta forma la comunidad una sensación de participación responsable que, indudablemente, el castigo no habría ofrecido (Highton et al., 1998, p. 36).

De modo que, los Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente comenzaron como una sentencia de carácter alternativa, que era posterior a la condena basada en la libertad condicional, justificándose ello, en el hecho de que los encuentros entre víctima y delincuente podían ser útiles para ambas partes.

Asimismo, conviene precisar que este experimento que evolucionaría de forma paulatina y, que finalmente, se convertiría en un programa destinado a la reconciliación entre la víctima y el delincuente, se encontraba financiado, tanto por las donaciones procedentes de la iglesia como por los subsidios del gobierno, además del apoyo que procedía de diversos grupos comunitarios (Armentia Hernández, 2010, p. 121).

Además, conviene matizar que después de la realización de un amplio elenco de iniciativas canadienses, sería en el año 1978 cuando se realizase el primer proyecto en Estados Unidos, extendiéndose a partir de éste los programas por Estados Unidos e, introduciéndose posteriormente en Europa. Para una mayor argumentación en relación con los antecedentes de la justicia restaurativa, McCold (2013) y, Gorjón Gómez y Reyes Nicasio (2013).

En relación con los programas de reconciliación entre la víctima y el delincuente, Gordillo Santana precisa que:

En el año 1977 tiene lugar el primer programa de reparación en Gran Bretaña (*victim-offender-reparation*), y más tarde llegarían los Comités noruegos de resolución de conflictos y las experiencias municipales finlandesas. Ya a mediados de los años 80 comienzan las experiencias en Holanda, Alemania y Austria; iniciando sus experiencias Francia, España, Italia y Bélgica a comienzos de los 90. (Gordillo Santana, 2007, p. 261; también en sentido, Giménez-Salinas i Colomer, 1996, pp. 193-195)

Asimismo, aunque en un primer momento la mediación entre la víctima y el delincuente no se consideró como una reforma del sistema de justicia penal, lo cierto es que su utilización puso de manifiesto que contemplaba dichas posibilidades. De ahí que se comenzase a utilizar la expresión de justicia restaurativa con una doble finalidad: de una parte, realizar una descripción individual de sus elementos y, de otra, considerar unos elementos en relación con los otros.

En definitiva, tenga presente el lector que el auténtico impulso a la utilización de la mediación en estos supuestos de violencia juvenil se origina como consecuencia de la nueva orientación en la política criminal con jóvenes que se encuentra contenida en las normas aprobadas por la Organización de Naciones Unidas y por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

## **1. Resoluciones del consejo de Europa en materia de justicia de menores**

De conformidad con lo expuesto en párrafos previos y, en tema de menores, la norma internacional principal se encuentra en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores –también denominadas Reglas de Beijing–, que serían adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Su finalidad se concreta en procurar el bienestar del menor, evitándose para ello –en la medida en que fuera posible– que el menor pasase por el sistema de justicia de menores y, en el supuesto de imposibilidad para ello, intentar que fuese lo menos perjudicial para el menor.

Por tanto, con estas Reglas se recomienda, de una parte, el establecimiento de medidas positivas para promover el bienestar general del menor y, de otra, reducir la necesidad de que intervenga el Estado, en el entendido de que la intervención en etapas tempranas es la mejor forma de prevenir la delincuencia juvenil y, a la par, que la justicia restitutiva es la mejor forma de impedir la reincidencia (sí el *Informe sobre la juventud mundial 2005*, 2004). En este sentido, Reglas de Beijing (1985) precisa que: “Se examinará la posibilidad, cuando pro-

ceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14. 1 infra, para que los juzguen oficialmente” (regla 11.1).

Tenga presente el lector, que frente a la imposibilidad de establecer una definición de órgano o persona competente para dictar sentencia que goce de aceptación universal, con la acepción de autoridad competente contenida en las Reglas de Beijing (1985, regla 11) se trata de designar a todas aquellas personas que presidan cortes o tribunales –ya se trate de órganos unipersonales o, ya colegiados–, incluyéndose también dentro de éstos a los Jueces –letrados y no letrados– y, a los organismos administrativos y comunitarios, cuya naturaleza les permita emitir sentencia.

De esta forma, con esta Regla se contempla la posibilidad de poder ocuparse de la delincuencia juvenil sin necesidad de recurrir a los órganos encargados de proceder a su enjuiciamiento formal, facultándose para tal extremo a “La policía, al Ministerio fiscal y a otros organismos...” (Reglas de Beijing, 1985, regla 11.2).

También, en el apartado cuarto de esta Regla y, con la pretensión de facilitar –en los casos de menores– la tramitación discrecional se facilita a la comunidad la realización de “...programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas” (Reglas de Beijing, 1985, regla 11.4).

Asimismo, conviene precisar que dos han sido los aspectos por los que la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada, abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y, que finalmente, entraría en vigor el 02 de septiembre de 1990, ha influido en la figura del menor.

De una parte, debido a que esta figura se concibe como un sujeto de derechos que requiere de una protección especial que permita su bienestar y desarrollo –debido a que en la Convención se proclama que los menores, sin discriminación alguna de naturaleza, ostentan idénticos derechos que cualquier otra persona y, además requieren de una protección especial, de forma que, en relación con el menor se abandona la acepción de sujeto tutelado, para acogerse al término de sujeto de derecho– y, de otra, porque nos encontramos ante una norma de carácter imperativo que resulta de acatamiento obligatorio para todos aquellos Estados parte que la suscribieron en su momento.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), precisa que:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños

de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

[...]

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. (art. 40, b)

En síntesis, con este precepto se exige a los Estados parte que articulen los mecanismos que sean necesarios para que se puedan adoptar –cuando sea necesario– las medidas contra estos menores que han infringido las leyes sin necesidad de recurrir a procesos de carácter judicial, pero respetándose en todo momento, tanto los derechos humanos como las garantías legales de que gozan estos menores.

También, conviene destacar que la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa N.º R (87) 20, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, “sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil”, que fue adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1987, durante la 410ª reunión de los Delegados de Ministros, partiendo de lo establecido por las Reglas de Beijing, así como del hecho de que los jóvenes todavía se encuentran en una fase de desarrollo, considera que cualquier sistema penal debe ser encauzado hacia la educación y la reinserción de los menores en la sociedad, evitándose con ello –en la medida en que fuese posible– su reclusión.

En este sentido, tenga presente el lector que lo anterior originó que se favoreciesen de forma prioritaria todas aquellas medidas que adoptadas se realizasen en su entorno habitual, debido a que ello comportaba que la comunidad local se comprometiese.

Por otra parte, en el apartado intitulado “Desjudicialización (diversión) – Mediación” en el punto 2, se exige a los Estados que revisen su legislación, con la finalidad de:

Alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución (clasificación sin persecución) o a nivel policial, en los países donde la Policía tenga funciones de persecución, a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello... (Recomendación N.º R (87) 20, 1987, II, 2)

En este sentido, Saavedra Gutiérrez (2017) pone de manifiesto que con esta Recomendación se establece la necesidad de que:

...para que la educación y la integración social, los jóvenes no fuesen juzgados por los tribunales de mayores, instando a los Estados miembros a revisar su legislación y su práctica, recomendando el desarrollo de la desjudicialización y de la mediación, con el

fin de evitar que las personas menores de edad ingresen en la espiral nociva del sistema de justicia penal y sufran sus consecuencias. (p. 4)

En consecuencia, se puede concluir que, en esta Resolución se presta una especial atención a la desjudicialización de todas y cada una de estas conductas de carácter delictivo, reconduciéndolas hacia la mediación, con la pretensión de intentar solventar los conflictos sin necesidad de acudir a la vía judicial y, en el supuesto de que lo anterior no fuese posible, se prevé la posibilidad de que los juzgados asuman el rol de órganos especializados en el procedimiento de menores, ostentando éstos todas las garantías de carácter procesal, como serían, entre otras, por ejemplo: la presunción de inocencia, la defensa y la presentación de pruebas, la apelación.

A mayor abundamiento y, de especial importancia resulta la Recomendación N° R (99) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros "sobre el modo de mediación en materia penal", adoptada por el Comité de Ministros el 15 de septiembre de 1999, en la 679ª reunión de los viceministros, debido a que tres son los aspectos de interés que de su texto se desprenden:

De una parte, se define o conceptualiza la mediación en el ámbito penal, estableciéndola como: "todo proceso que permite a la víctima y al delincuente participar activamente, si libremente así lo consienten, en la solución de las dificultades resultantes del delito, con la ayuda de un tercero independiente (mediador)"; de otra, se establecen los principios rectores que deben tener en cuenta los Estados miembros para desarrollar la mediación en materia penal, es decir, aquellos principios que, necesariamente, deben informar un proceso de mediación, es decir, la confidencialidad; la voluntariedad y, la neutralidad de los mediadores y, finalmente, se describen cuáles son las características que deben cumplir los servicios de mediación y, a la par, se pone un especial énfasis al precisar cuál debe ser la categoría profesional que debe ostentar el mediador.

En suma, con esta Resolución se evidencia la importancia de fomentar la participación en la resolución de un conflicto relativo al ámbito penal, tanto de la parte delictiva como de la víctima y, de aquellas otras personas que pudiesen encontrarse afectadas por tal acto. Por afectación Soletto Muñoz (2007) entiende: "...afectadas de forma actual o potencial por el conflicto –es decir, en cuanto el futuro contenido del acuerdo que resuelva el conflicto– pacificación social–, entendiendo que también aquí se encuentra incluida la comunidad en general" (p. 187).

Con posterioridad y, en idéntico sentido en la Recomendación N° R (2003) 20 del Comité de Ministros a los Estados miembros “sobre nuevas formas de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil”, adoptada por el Comité de Ministros el 24 de septiembre de 2003, en la 853ª reunión de los Diputados de los ministros, se pone de manifiesto por el Consejo que hasta ese momento la justicia juvenil era lenta e ineficaz, de ahí que reclamase a los medios de comunicación la instauración de un código deontológico, con la finalidad de ofrecer una información integral sobre la justicia juvenil. Con esta recomendación se pone de manifiesto que

...el estado de la opinión pública que ve en el internamiento en centro cerrado la única medida que puede evitar la reincidencia de menores, que considera siempre insuficiente la duración de las medidas y que cree que existe una tendencia constante al aumento de la delincuencia juvenil. (Bernuz Beneitez y Fernández Molina, 2008, p. 9)

Por ello, tres serían los objetivos que se pretendieron conseguir mediante la utilización de los nuevos métodos. Siendo éstos: de una parte, que se fomentase la prevención de la delincuencia juvenil y su reincidencia; de otra, que se consiguiese la reintegración de los delincuentes y, finalmente, que se hiciese frente a los intereses y a las necesidades de las víctimas.

En suma, con esta Recomendación se concedió un rol más trascendental a la familia, al colegio, al barrio, es decir, al círculo más cercano del menor infractor, coordinándose para ello, su actividad con la policía, con la justicia e, indudablemente, con la administración. Además, se recomienda la aplicación de medidas de carácter alternativo al procedimiento penal, siempre que el menor acepte libremente su responsabilidad. Y, también se solicita la inclusión de los progenitores y de los tutores en el desarrollo de medidas de carácter restaurativo –es decir, en la mediación y, en la reparación del daño–, aplicándose –de forma progresiva– las sanciones en función de la edad y de la madurez del infractor.

De modo que con esta Recomendación se ofrece una visión más amplia de la conceptualización del sistema de justicia juvenil, debido a que incluye tanto a las instituciones oficiales y demás organismos necesarios para hacer frente a la delincuencia juvenil –es decir, la policía, la fiscalía, los jueces, los abogados y las instituciones penitenciarias, las ONG, los servicios de bienestar social, educación y salud–, como a las víctimas y a los testigos.

En definitiva, conviene precisar que, aunque con este texto se propuso a los Estados que implantasen medidas innovadoras que permitiesen el desarrollo en materia de delincuencia juvenil, mediante la elaboración de reglas de carácter europeo que normalizasen y, a la par, disciplinasen las sanciones y las medidas en la comunidad e, incluso, se extrapoló a las

medidas privativas de libertad aplicables a los menores que cometiesen delitos, lo cierto es que esta propuesta, como González Tascón (2010, p. 111) puntualiza, se lograría cinco años más tarde, en concreto con la Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.

Por último, siguiendo el contenido de párrafos previos y, tomando como referencia, entre otras, las Reglas de Beijing y las ulteriores recomendaciones del Consejo de Europa, conviene aludir a la aprobación de la ya mencionada Recomendación CM/R (2008) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros “sobre las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas”, adoptada por el Comité de Ministros el 05 de noviembre de 2008, en la 1040ª reunión de los representantes de los ministros.

Recomendación con la que se pide a los Gobiernos de los Estados miembros que aseguren su traducción y difusión entre las autoridades judiciales, la policía, los servicios encargados de la ejecución de sanciones y medidas dirigidas a menores infractores, las instituciones penitenciarias, de bienestar social y de salud mental en las que sean internados menores infractores y su personal, así como a los medios de comunicación y al público en general.

Además, con ella se proclama la estimulación de la mediación y, de otras medidas de carácter restaurativo en todas y cada una de las etapas del tratamiento con menores, circunscribiéndose su aplicación tanto a la protección de los derechos, como a la seguridad de los menores de edad infractores, a los que se les hubiese impuesto una sanción o medida – incluyéndose aquí cualquier forma de privación de libertad– como resultado de la realización de alguna acción tipificada como delito, promovándose para ello, su bienestar físico, psíquico y social, de modo que, tenía como pretensión la protección de los derechos y de la seguridad de los infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas, así como promover su bienestar físico, psíquico y social cuando se encontrasen sometidos a sanciones o medidas aplicables en la comunidad o a cualquier forma de privación de libertad. Además, estas reglas no se tenían que interpretar como una oposición a la aplicabilidad de otros instrumentos y normas de carácter internacional pertinentes sobre Derechos Humanos más apropiados para asegurar los derechos, la asistencia y la protección de los infractores menores de edad (Recomendación CM/R, 2008).

De esta forma, se precisa en su Regla 21 los siguientes términos: “Se considera ‘menor infractor’ a toda persona menor de 18 años que ha cometido un delito o a la que se le imputa



un delito” (Recomendación CM/R, 2008, Regla 21, 1). “Se considera *delito* cualquier acto u omisión que infringe el derecho penal” (Recomendación CM/R, 2008, Regla 21, 3) y,

Se consideran *sanciones o medidas aplicadas en la comunidad* toda sanción o medida que no sea una medida de detención, mantenga a los menores en el seno de la comunidad, e implique algunas restricciones a su libertad mediante la imposición de condiciones y/o obligaciones, y que sea aplicada por organismos designados por ley a tal efecto. (Recomendación CM/R, 2008, Regla 21, 4)

En este sentido, todas estas sanciones y medidas se debían instaurar mediante el establecimiento de disposiciones legales basadas en los principios de integración social, de educación y de prevención de la reincidencia e, impuestas por un Tribunal.

Asimismo, conviene recordar que la carencia en esta Recomendación del establecimiento de la edad mínima a partir de la cual se podían imponer sanciones o medidas comportaría su remisión a lo establecido por las disposiciones legales, indicando que esta edad no podía ser muy baja.

De ahí que, la imposición de estas sanciones o medidas se encuentren, de una parte, fundadas en el interés superior del menor y, de otra, delimitadas por la gravedad del delito cometido –es decir, en el principio de proporcionalidad–, debiéndose tener en cuenta la edad; el bienestar mental y físico y, las circunstancias del menor, mediante la aportación de informes psicológicos o psiquiátricos –cuando fuese necesario–.

En suma, resulta innegable que con esta Resolución se reconoció a las autoridades responsables de un amplio margen de discrecionalidad, del que podía derivar desigualdades de suma importancia en el trato de un caso u otro.

En definitiva, de lo transcrito en líneas previas se puede concluir que con la legislación europea: De una parte, se refuerzan los derechos del menor, al ponerse en tela de juicio el carácter paternalista que ostentaba la justicia de los menores. Y, de otra, se promueve la adopción de nuevas medidas que aportan soluciones educativas basadas tanto en la desjudicialización, como en la adopción de alternativas a la privación de libertad, debiendo el menor delincuente reparar el daño originado con su conducta a la víctima (Bohner, 1988).

## **2. Los Tribunales Tutelares de Menores en el Estado español**

En primer lugar, conviene precisar que en España la primera institución que actuaría como Tribunal para menores sería la denominada: Padre de Huérfanos de Valencia (Fuge et Pare d'Orfens) (Para una mayor argumentación, las aportaciones de Vázquez González, 2004, pp.

177-178), creada en la ciudad de Valencia en el año 1337, por Pedro IV de Aragón también conocido como "El Ceremonioso" o, "El del Punyalet".

Esta figura que funcionaría en Aragón, en Valencia y en Navarra hasta el año 1793 –al ser suprimida por Carlos IV–, aunque consistía en una institución encargada de recoger a todos aquellos menores –vagabundos, huérfanos o desvalidos– que deambulaban por las calles, internándolos en la Casa Común, con la pretensión de que recibiesen la instrucción necesaria para aprender un oficio, lo cierto es que también ejercía las funciones de Tribunal en relación con menores que habían sido acusados de la realización de hechos delictivos (Roca Chust, 1954).

Tenga presente el lector que, aunque en sus inicios esta figura se encontraba carente de autonomía jurídica, de ahí que ocasionase que el Curador tuviese que depender de forma directa de la Justicia civil, lo cierto es que sería en el año 1407 cuando se dotase al Curador y al Padre de Huérfanos de potestad plena en materia delictiva de menores, estableciéndose así el Tribunal de Huérfanos.

Otra institución de suma importancia se localiza a comienzos del siglo XVIII, en concreto, en el año 1723 –con la instauración de hospicios, casas de expósitos y casas de misericordia para la recogida de los niños abandonados– en que se creó el denominado Hospicio de los Toribios (para una mayor argumentación, las aportaciones de Vázquez González, 2004, pp. 178 -179; Cámara Arroyo, 2010, pp. 120-128) en la ciudad de Sevilla, denominación en atención a su fundador (el fraile franciscano Toribio de Velasco) y, que desaparecería tras su fallecimiento en el año 1730- (Lasala Navarro, 1945).

Esta Institución, cuya finalidad consistía en reformar el carácter y las costumbres de los niños delincuentes (Martínez-Pereda Rodríguez, 1996, pp. 29 y ss.), se organizaría con un sistema educativo con participación de los menores, con horarios delimitados para cada actividad y, con el registro personal de éstos, instalándose talleres para su formación profesional.

En este sentido, téngase presente que durante el siglo XIX la problemática de la infancia delincuente quedaría en manos de la cárcel común, siendo a comienzos del siglo XX cuando los gobiernos comenzasen a interesarse por el bienestar de los menores que iría *in crescendo*, al encontrarse este interés apoyado por la sensibilidad social ante los problemas de la infancia, originándose con ello, la creación –puntual– de instituciones dedicadas a la custodia, protección y reeducación de los menores disociales, como sería el caso, por ejemplo, del Coronel Montesinos que en el Presidio de Valencia consiguió la separación de los

niños presos de los mayores, creándose así una sección especial para los menores de dieciocho años dotada de talleres y de escuela.

A mayor abundamiento, en el año 1880 se fundaría El Patronato de Nuestra Señora de la Merced para la redención de niñas y niños presos de la ciudad de Barcelona, reorganizándose éste en el año 1890 con la denominación Patronato de Niños y Adolescentes Abandonados y Presos (Alboraya, 1910, pp. 35-36), con la finalidad de "lograr la rehabilitación moral y social de los jóvenes encarcelados y amparar y proteger a los demás contra el abandono, la miseria, los malos tratamientos y la inmoralidad" (Lasala Navarro, 1959, p. 7).

También, en el año 1870 se iniciaría una campaña de defensa de los menores encarcelados, que tendría como objetivo la fundación de escuelas especiales dedicadas a los menores que hubiesen cometido acciones de carácter delictivo (Palacios Sánchez, 1987).

No obstante, conviene precisar que sería a finales del siglo XX cuando se crease un amplio elenco de escuelas de reforma que desempeñarían el rol de instituciones auxiliares de la futura Ley de Tribunales de menores, como sería el caso, por ejemplo, de la escuela de Santa Rita, creada en el año 1875 en Madrid o, la escuela Asilo Toribio Durán del año 1890, en Barcelona.

A la par, también se crearía un amplio abanico de Patronatos como, por ejemplo, el Patronato de Valladolid, creado en el año 1904 que sostuvo a un asilo que, por Real Decreto, de 28 de marzo de 1912 se transformó en Escuela de Reforma. También, en el año 1906 se crearía un Patronato de Jóvenes Presos y Abandonados en Madrid y, en el año 1910 un Centro de Reeducción de menores en Córdoba, costado por el Ayuntamiento (Palacios Sánchez, 1987, pp. 31-34).

Además, sería en el año 1918 cuando se promulgase la Ley de Bases de 02 de agosto, autorizando al Gobierno para publicar una Ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños (Gaceta de Madrid, N.º 227, de 15 de agosto de 1918) y, el Real Decreto-Ley, de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños (Gaceta de Madrid, N.º 331, de 27 de noviembre de 1918).

De esta forma, en España se constituyen los primeros Tribunales Tutelares de Menores, creados a través de iniciativa legislativa y, organizados territorialmente en capitales de provincia donde hubiera centros dedicados al tratamiento de menores. Además, y por lo que aquí interesa, conviene puntualizar que su función quedaba circunscrita a la corrección de los menores de dieciséis años que hubiesen cometido una infracción de carácter penal.

A partir de ésta y, hasta el año 1948 –que sería cuando se crease una jurisdicción especial para menores en España–, el desarrollo legislativo de los Tribunales para menores se puede resumir, entre otras, en las siguientes disposiciones: Real Decreto de 10 de julio de 1919, aprobando el Reglamento provisional de la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños (Gaceta de Madrid, Nº 194, de 13 de julio de 1919); Real Decreto de 06 de abril de 1922, aprobando el Reglamento definitivo que se publica para aplicación de la Ley de Bases de 02 de agosto de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños (Gaceta de Madrid, Nº 99, de 09 de abril de 1922); Real Decreto de 15 de julio de 1925, aprobando con el carácter de Ley el proyecto de reforma de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños (Gaceta de Madrid, Nº 197, de 16 de julio de 1925); Real Decreto-Ley de 03 de febrero de 1929, aprobando, con el carácter de Ley, el proyecto de reforma y adaptación del Decreto-Ley de 15 de julio de 1925, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños (Gaceta de Madrid, Nº 37, de 06 de febrero de 1929); Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de Menores (BOE, Nº 358, de 23 de diciembre de 1940); Rectificación de la Ley de 13 de diciembre de 1940 sobre Tribunales Tutelares de Menores (BOE, de 25 de enero de 1941); Ley de 01 de marzo de 1943 por la que se modifica el artículo tercero de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 13 de diciembre de 1940 (BOE, de 12 de marzo de 1943) y, el Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores (BOE, Nº 201, de 19 de julio de 1948) (Citado en (Sánchez Vázquez y Guijarro Granados, 2002, p. 131).

En este sentido, y por cuanto atañe a la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (Decreto de 11 de junio de 1948), conviene matizar que aunque intercedía una potestad de carácter discrecional y paternalista mediante la cual el menor podía ser ingresado en un reformatorio por tiempo indefinido, poniendo ello de manifiesto la inexistencia de garantía jurídica alguna, lo cierto es que esta legislación se encontraba apoyada en la intitulada Escuela positiva, de forma tal que el menor era concebido como un ser necesitado de ayuda y de tratamiento tutelar.

Así, en el texto se regulaba el tratamiento conferido tanto a los menores infractores, como a los menores necesitados de tutela que, careciendo de garantías procesales básicas, se encontraban desprotegidos entre otros extremos: del derecho a la asistencia letrada, de intervención del Ministerio Fiscal, y de la existencia de normas de carácter procedimental.

De esta forma, Landrove Díaz (2007, pp. 33-25) precisa que de conformidad con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 –en materia de derecho penal material–, no se

encontraban garantizados ni los principios de legalidad ni de tipicidad. De forma que, el proceso tenía un marcado carácter inquisitivo, al prescindirse de la intervención del Ministerio Fiscal y, por tanto, los menores quedaban al margen del derecho penal y, de las garantías procesales, debido a que ostentaban la consideración de irresponsables y, matiza que a nivel procesal, ni se recogían las garantías procesales de doble instancia, ni la asistencia de letrado ni, incluso, el derecho a ser informado, negándose con ello al menor de las garantías procesales mínimas.

Asimismo, será con la Constitución Española de 1978, cuando al reconocerse los principios básicos de actuación procesal que, de forma conjunta con la aprobación de las Reglas de Beijing (1985) y, de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa N.º R (87) 20 (1987), del Comité de Ministros de los Estados Miembros –ratificadas por el Estado español–, se establezcan tanto los derechos y garantías de los menores infractores, como los principios generales informadores de los sistemas nacionales de justicia penal juvenil.

En suma, con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y, la ulterior Ley Orgánica 6/1985, de 01 de julio, del Poder Judicial, se ha hecho necesaria la revisión de la justicia de menores, para su posterior adaptación a los principios informadores de los sistemas nacionales de justicia penal juvenil, creándose así en cada provincia por lo menos un Juzgado de Menores.

No obstante, conviene tener presente que hasta el año 1992 se aplicaba la normativa contenida tanto en el Texto Refundido de la Ley, como en el Reglamento de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948, pero con una doble función, de una parte, protectora y, de otra, sancionadora, debido a que su normativa era de aplicación a los menores de 16 años, independientemente de que fuesen víctimas de malos tratos o, que fuesen los propios autores de delitos y faltas, ya que estos menores sujetos a protección eran objeto de idénticas respuestas de carácter social.

Asimismo, en el año 1992 y como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley precedente (Sentencia N.º 36/1991) –es decir, de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948–, se originaría una profunda reforma de la legislación de menores concretada en la Ley Orgánica 4/1992, de 05 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, suponiendo ello el establecimiento del principio de legalidad penal, lo que comporta el reconocimiento de su carácter de provisionalidad y, el establecimiento de un marco de carácter flexible y legal, con la finalidad de que los Juzgados de Menores puedan establecer qué medidas son de aplica-

ción a los menores que tienen conductas de carácter delictivo bajo el principio del interés superior del menor.

En este sentido, Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1992 de 05 de junio, precisa que: "La presente Ley tiene el carácter de una reforma urgente que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores" (párr. 5). Y de conformidad con ello, dentro de las modificaciones sustanciales que introduce, destacan que:

...establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a los menores que hayan realizado hechos susceptibles de ser tipificados, como infracciones penales, pero siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor.

[...] dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador

[...]

establece un límite temporal a la duración de la medida de internamiento, la posibilidad de suspender el fallo y la de revisar las medidas impuestas, en atención a la evolución de las circunstancias del menor. (Ley Orgánica 4/1992, exposición de motivo)

En suma, con esta Ley Orgánica 4/1992, se instaura un marco normativo para los menores de doce a dieciséis años –es decir, menores a quienes el Ministerio Fiscal imputase hechos tipificados como delitos o faltas de conformidad con lo establecido en el Código Penal–, adecuándose con ello la política criminal juvenil a las exigencias de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (1990, art. 40) (así, Ornos Fernández, 2003); se prevé la reparación a la víctima por las consecuencias derivadas del hecho delictivo; se corrigen las irregularidades de carácter procesal; se recogen todas las garantías que derivan del ordenamiento constitucional y, se proporciona una base legal de carácter sólido a un programa que únicamente había sido posible por la voluntad y por el consenso entre los Jueces de menores y de la administración catalana (Dapena y Martín, 1999).

En síntesis y, desde el punto de vista procesal se introduce la figura del Ministerio Fiscal en el procedimiento, atribuyéndole la dirección de la investigación y las facultades necesarias para establecer la terminación del proceso cuando proceda; se reconoce la asistencia de letrado y la limitación temporal de las medidas de internamiento, así como se organiza el equipo técnico que debe intervenir en el proceso, precisándose en su Disposición Adicional Tercera que "La ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia" (Ley Orgánica 4/1992, Disposición adicional tercera).

En definitiva, la Ley Orgánica 4/1992, de 05 de junio, sirvió de base hasta la entrada de la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, que como Ferreirós Marcos et al. (2011, pp. 171-172) –con acierto– dice marcará una nueva etapa en materia de responsabilidad penal de menores, como se analizará en líneas posteriores del presente estudio.

### **3. El Principio de Oportunidad en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero**

#### **3.1 Los destinatarios de las medidas en materia de mediación**

En primer lugar, conviene precisar que con la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores se regula tal y como se desprende del apartado primero de su artículo 1 la responsabilidad penal de los menores de entre 14 y 18 años, al precisar el precepto que: “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” (Ley Orgánica 5/2000, art. 1, inc. 1).

No obstante, en este punto conviene precisar que la modificación legislativa practicada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, originó la derogación del Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ello compartía, tanto la desaparición –en el texto legal– del libro destinado a las faltas y sus penas, como el hecho de que los menores de catorce años quedasen al margen de su aplicación.

En este sentido, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en su Disposición derogatoria única –literalmente– precisa que: “1. Queda derogado el Libro III de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”. Y en su art. 9 modifica el apartado 3 del art. 13, teniendo ahora la siguiente redacción: “3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve”.

Por otra parte, por cuanto atañe a los menores de catorce años la Ley Orgánica 5/2000, en su artículo 3 precisa que:

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pú-

blica de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. (Ley Orgánica 5/2000, art. 3)

Por tanto y, de conformidad con el texto contenido en el precepto, se desprende que la exigencia o no de responsabilidad penal, así como la normativa que será de aplicabilidad en cada caso, estará en función de la edad que ostente la persona en el momento concreto en que realiza la ejecución del hecho.

Y, en este sentido, y por lo que aquí interesa la Ley Orgánica 5/2000 en su artículo 10 intitulado "Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas", al objeto de establecer la duración de las medidas, distingue claramente dos grupos de edad; es decir, de una parte, los mayores de catorce y menores de dieciséis años y, de otra, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho.

En definitiva, y de conformidad con lo anterior, se diferencia entre los menores de catorce años, carentes de responsabilidad penal (Ley Orgánica 5/2000, art. 3) y, los menores entre catorce y dieciocho años, a los que sí se les exigirá la responsabilidad penal, estando la duración de la medida en función del grupo de edad al que pertenezca el menor (Ley Orgánica 5/2000, art. 10).

### **3.2 Responsabilidad Penal de Menores: artículos 19 y 51 de la Ley Orgánica 5/2000**

En la actualidad, en España, la mediación en el ámbito de la responsabilidad penal de menores se encuentra regulada en la Ley Orgánica 5/2000, haciendo referencia a esta posibilidad, entre otros, en los artículos 19 y 51.

De esta forma, con la Ley Orgánica 5/2000 se incorporan en nuestra legislación los principios de justicia reparadora, principios que se centran en la reeducación del menor infractor y, en consecuencia, se potencia esta reeducación con la reparación del menor hacia la víctima.

No obstante, téngase presente que esta reparación puede consistir en una medida de reparación del daño desde el punto de vista educativo –es decir, en la que el menor asume su responsabilidad y, repara a la víctima mediante la realización de determinadas actividades– y, no necesariamente en una reparación traducida en una medida de carácter económico.



Así, en la Exposición de Motivos se precisa que la conciliación tiene por objeto que: “la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón”.

De lo anterior, se desprende que la reparación material exige de una reparación de carácter psicológico sometida a que la persona ofendida otorgue su perdón, dándose con ello lugar al sobreseimiento y, al ulterior archivo de la causa.

En este sentido, Martínez Soto (2011) precisa que “se trata de dar una segunda oportunidad al menor que reconoce el mal de su acción” (p. 22).

También y, aunque la Exposición de Motivos menciona que la naturaleza de este procedimiento de mediación es formalmente penal, pero materialmente sancionadora-educativa, con criterios educativos y sancionadores, lo cierto es que siempre tendrá como base el principio de intervención mínima.

Moreno Catena (2008) –con acierto– puntualiza que “se trata de una ley de carácter sancionador, en cuanto a la responsabilidad jurídica de los menores se refiere a hechos tipificados como delitos o faltas” (pp. 42-43).

Lo anterior, encuentra su justificación en el hecho de que ambas partes ostentan un papel en el proceso, compatibilizándose, de esta forma, el interés del menor con la participación de la víctima, con la finalidad de crear un proceso rápido que, aunque resulte poco formalista en cuanto al resarcimiento, lo cierto es que abre el camino a la responsabilidad solidaria que asumirán, entre otros, los progenitores, los tutores, los acogedores o, los guardadores –ya legales o ya de hecho del menor–, tal y como se desprende del Ley Orgánica 5/2000, art 61 (Martínez Soto, 2011, p. 23; Saavedra Gutiérrez, 2017, p. 5).

Además, téngase presente que, aunque se aluda en la Exposición de Motivos a que el interés del menor y su reeducación se conciben como pilares que son básicos en este sistema, lo cierto es que ello colisiona con la estructura del proceso, puesto que ello no se traduce como Martínez Soto (2011) acertadamente dice “en que esta reparación y arrepentimiento puedan ser ejercitados en el desarrollo del proceso” (p. 23).

Y, en consecuencia, de lo anterior se desprende que dos serán los momentos en los que se regule la mediación: De una parte, uno que será anterior al proceso y que originará el sobreseimiento de la causa -ya por la reparación de la víctima, ya por la conciliación-, regula-

do en el artículo 19 Ley Orgánica 5/2000 y, de otra, otro a la terminación del proceso, por medio de una sustitución de las medidas en el transcurso de la ejecución, regulado en la Ley Orgánica 5/2000 (art. 51).

Por cuanto atañe al sobreseimiento de la causa, conviene precisar que se encuentra regulado por el apartado primero del artículo 19 Ley Orgánica 5/2000, al prever que:

También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. (Ley Orgánica 5/2000, art. 19, no. 1)

Del texto contenido en el precepto, se observan los aspectos que deberá tener en cuenta el Ministerio Fiscal –concebido como el auténtico instructor de las causas judiciales en el procedimiento de menores– para solicitar al Juez de Menores el sobreseimiento y, posterior archivo de las respectivas actuaciones, originándose así el desistimiento de la continuación del expediente. Son:

De una parte, la gravedad y circunstancias de los hechos cometidos, en los que se valorará de forma positiva la inexistencia de intimidación o violencia grave y, de otra, que el menor haya conciliado o asumido el hecho de reparar el daño causado a la víctima por el delito o, se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Téngase presente que estas medidas únicamente se tendrán en cuenta cuando se trate de hechos delictivos que sean imputables al menor, pero constitutivos de delitos menos graves o leves y, por tanto, quedarán excluidos aquellos otros que sean encuadrables en tipos penales más graves.

Conviene aludir al punto cuarto de las conclusiones previstas por la Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, donde se hace referencia a la mediación y, pone de manifiesto expresamente la referencia a los delitos leves –que no faltas (término suprimido en el Código Penal)– que son imputables a los menores.

Así, el punto cuarto establece que:

En los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, los Sres. Fiscales, a efectos de decidir sobre el ejercicio de las facultades derivadas del principio de oportunidad, ponderarán los criterios establecidos en la presente Circular, atendiendo especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado. (Circular 1/2015, p. 20)

Y, por tanto, la regulación que realiza de la mediación la Ley responde tanto al “Principio de intervención mínima”, como al “Principio de oportunidad”. Principios que deberán presidir las jurisdicciones penales de carácter juvenil, todo ello de conformidad, con lo establecido por la normativa internacional.

De modo que, tanto la conciliación como la reparación al perjudicado –siempre que concurren determinados requisitos– se conciben, bien como un cumplimiento de la medida o, bien como una alternativa al procedimiento.

De lo anterior, conviene precisar que a diferencia del procedimiento penal de mayores – donde rige el Principio de Legalidad–, en el procedimiento de menores la prevalencia del Principio de Oportunidad será fundamental. Para una mayor argumentación sobre el Principio de Oportunidad, las aportaciones de Calaza López (2019; 2013; 2012a y, 2012b).

Originándose, de esta forma previamente la conciliación, para ulteriormente proceder a la reparación del daño. De ahí que el precepto en su apartado segundo establezca: De una parte, que “...se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas...” (Ley Orgánica 5/2000, art. 19, no. 2). De otra, que:

...se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil. (Ley Orgánica 5/2000, art. 19, no. 2)

Por tanto, originada la conciliación entre el menor y el perjudicado/víctima o, la reparación de los daños que se hubiese acordado, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción solicitando el sobreseimiento y el archivo de la causa al Juez de Menores, con la salvedad de que el menor haya incumplido el compromiso asumido, caso último en el que el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del proceso (Fernández Fustes, 2008, pp. 205 y ss.) (Ley Orgánica 5/2000, art. 19, no 4 y 5).

Por su parte, la Ley Orgánica 5/2000 se establece que: "El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento" (art. 19, no. 3).

En este sentido, y por cuanto atañe al contenido del equipo técnico, conviene precisar que éste se encuentra detallado en el artículo 4 del 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, de forma que, se encuentra integrado por psicólogos, por educadores y por trabajadores sociales, que deberán asistir de forma profesional a los menores desde el momento de su detención, y a los Jueces y al Ministerio Fiscal mediante la elaboración de propuestas y la redacción de informes.

Para posteriormente, proceder a comunicar a la víctima la voluntad emitida por el menor infractor respecto de llevar a cabo o no una mediación, con la finalidad de que ésta emita o no su conformidad a participar en el procedimiento de mediación (Real Decreto 1774/2004, art. 5) (Soletto Muñoz, 2008, pp. 65 y ss).

Por lo que a la terminación del proceso por medio de una sustitución de las medidas en el transcurso de la ejecución se refiere, conviene precisar que se encuentra regulada en la Ley Orgánica 5/2000 (art. 51).

En este sentido, de conformidad con el texto contenido en el precepto se solicitará por Juez de Menores –quien dictará auto motivado– competente para la ejecución de oficio o, a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente.

A mayor abundamiento, conviene puntualizar que consiste en dejar sin efecto aquellas medidas o, en su caso, sustituirlas por otras que siendo nuevas se estimen más adecuadas –por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento–, pero siempre que la nueva pudiese haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida.

Asimismo, la conciliación de las partes –independientemente del momento en que se origine el acuerdo entre éstas–, podrá dejar sin efecto la medida impuesta por 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 de reforma de menores, en el entendido de que el acto y el tiempo de duración de la medida –ya cumplida– expresan de forma suficiente el reproche que merecen los hechos realizados por el menor. Lo anterior, aunque ciertamente

no lo establece de forma expresa la Ley Orgánica 5/2000 (art. 51), entendemos que también será extrapolable al supuesto de que se origine la reparación al perjudicado/víctima.

En este punto conviene enfatizar que, a diferencia del texto contenido en el apartado primero de la Ley Orgánica 5/2000 (art. 19), en este precepto no se realiza alusión alguna a la necesidad de que se trate de delito menos grave o de falta.

En definitiva, se puede concluir que con independencia de la nomenclatura utilizada en la Ley Orgánica 5/2000 –mediación y/o conciliación– los artículos 19 y 51 del texto legal son los que regulan esta posibilidad. Posibilidades que dan origen a que se produzca una comunicación entre el menor y la víctima de forma voluntaria, ante un tercero que les ayudará a que dicha comunicación se realice de forma efectiva, con la finalidad última de que de ésta derive un acuerdo de cómo solventar los daños originados a la parte perjudicada por la actividad delictiva del menor.

En resumen, se puede decir que esta mediación penal de menores tendrá cabida bien antes de iniciarse el proceso –es decir, en la fase de instrucción– o, bien tras la finalización del proceso –es decir en fase de ejecución–, pero no durante el desarrollo del proceso, debido al hecho de que al menor se le niega la posibilidad de ejercer la opción de arrepentimiento y subsanación del daño originado al perjudicado, si no ha sido realizada durante la instrucción y, en consecuencia, la única posibilidad que queda es la de posponerla al momento en el que la sentencia ha emitido fallo.

## Conclusiones

Como es sabido, conviene puntualizar que los primeros antecedentes de la mediación como respuesta restaurativa a comportamientos delictivos se encuentran en el denominado “Programa de Reconciliación entre la víctima y el delincuente”. Sin embargo, aunque inicialmente la mediación entre víctima y delincuente no se consideró como una reforma del sistema de justicia penal, lo cierto es que su utilización puso de manifiesto que contemplaba dichas posibilidades. De ahí que se comenzase a utilizar la expresión de justicia restaurativa, con una doble finalidad, de una parte, realizar una descripción individual de sus elementos y, de otra, considerar unos elementos en relación con los otros.

En este sentido, la Justicia Restaurativa, se configura como un proceso en el que las partes –es decir, el delincuente y la víctima–, con la ayuda de un tercero / mediador, deciden de forma voluntaria una solución al conflicto originado defendiéndose en el ámbito penal de

menores, ciertas características destacables, como son: su inclusión en el procedimiento judicial y el potencial de su carácter educativo.

A mayor abundamiento, conviene precisar que, aunque los primeros programas de mediación penal de menores surgieron en Canadá y en Estados Unidos en la década de los años 70, lo cierto es que estos programas serían introducidos ulteriormente en Europa estableciéndose –de forma paulatina– en las legislaciones penales de menores y, en los años 80 en España.

En suma y, en la actualidad, al amparo de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, se puede decir que nos encontramos ante una práctica de carácter sistemático, en la que el concepto de mediación en la justicia comprende tanto el acto de conciliación entre el menor y su víctima conducido por el mediador, como otras soluciones de carácter extrajudicial como, entre otras, son: la reparación mediante una actividad socioeducativa o, la prestación de servicios a la comunidad. Por tanto, se trata de una alternativa al proceso judicial que facilita tanto los programas de mediación, como los de reparación, ya sea ésta de forma directa o indirecta.

Asimismo, tenga presente el lector que en España, hoy por hoy, la Ley Orgánica 5/2000 es el único sistema de mediación penal de menores y, del estudio de las posibilidades de actuación que comprende, se desprende que únicamente podrá realizarse una mediación sin necesidad de que medie sentencia, cuando se proponga ésta en la instrucción de la causa, ya que en caso contrario, la única posibilidad que tiene cabida es la de posponerla al momento en el que la sentencia ha emitido fallo, con todo lo que ello apareja.

Por otra parte, conviene precisar que el hecho de que únicamente se pueda proponer por el menor arrepentido en la fase de instrucción o tras la finalización del proceso –es decir, cuando medie sentencia– no parece lo más razonable para aquellos menores que se hubiesen arrepentido durante el desarrollo del proceso, debido a que a éstos se les está negando la posibilidad de poder ejercitar la opción de arrepentimiento y subsanación del daño originado al perjudicado, si no ha sido realizada durante la instrucción, comportando lo anterior una duda razonable en relación con la reeducación del menor.

En definitiva, de justicia sería, de una parte, extrapolar el ámbito de actuación de la mediación a la del desarrollo del proceso, dándose con ello, una opción a las partes al margen de la pena y, de otra, aunque se excluye de la mediación los delitos tipificados como graves, siendo solamente posible, en la actualidad, en relación con los delitos menos graves y las faltas (Ley Orgánica 5/2000, art. 19), entendemos que debería ser obligatoria en la fase

de instrucción, cuando estos delitos cumplieren determinados requisitos, como sería el caso por ejemplo, de la inexistencia de reincidencia y, para el caso de delitos graves debería existir la posibilidad de poder realizar la solicitud durante el desarrollo del proceso y, no solamente en la ejecución de la sentencia.

## Reconocimientos

Este artículo es uno de los resultados del Proyecto de innovación docente: Experiencias docentes con colectivos vulnerables. El derecho a la educación y el principio de rehabilitación de la pena; del Proyecto de Investigación I+D+i: Postmodernidad y proceso judicial europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial (DER2017-87114-P) y, del Grupo de Investigación: Historia del Pensamiento Jurídico-Político (GIHPJ-P), GRUPO 97.

## Referencias Bibliográficas

- Alboraya, D. (1910). *Los Reformatorios para jóvenes y las colonias de beneficencia en el extranjero*. Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús.
- Armentia Hernández, G. (2010). *El juicio oral y la justicia alternativa en México*. Porrúa.
- Bernuz Beneitez, M. J. y Fernández Molina, E. (2008). La gestión de la delincuencia juvenil como riesgo. Indicadores de un nuevo modelo. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, (10), RECPC 10-13. <https://bit.ly/3yNZ49M>
- Bohner, U. (1988). La delincuencia juvenil como objeto de estudio por parte del Consejo de Europa. *Eguzkilore*, (2), 51-59. <https://bit.ly/3OZcF3c>
- Calaza López, M. S. (2019). Jurisdicción Contenciosa y Jurisdicción Voluntaria. Racionalización del Proceso Civil a la Luz del Principio de Oportunidad. En F. Jiménez y R. Bellido Penadés, (Dir.), *Justicia: ¿Garantías versus Eficiencia?* (pp. 143-173). Tirant Lo Blanch.
- Calaza López, M. S. (2013). Las paradojas del mal llamado «principio de oportunidad» en el proceso penal. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (103), 8.
- Calaza López, M. S. (2012a). La subordinación de la oportunidad a la legalidad en el proceso penal. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (5), 207-213.
- Calaza López, M. S. (2012b). ¿Es realmente un principio la «oportunidad»?", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (842), 6.
- Cámara Arroyo, S. (2010). *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica.
- Circular 1/2015, de 19 de junio, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015. Fiscalía

- General del Estado, Boletín Oficial del Estado, 19 de junio de 2015. <https://bit.ly/3OhFruU>
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 29 de diciembre de 1978. <https://bit.ly/2UDTD7h>
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Organización de las Naciones Unidas, 02 de septiembre de 1990. <https://bit.ly/2uLeERX>
- Dapena, J. y Martín, J. (Coord.). (1999). *La mediación penal juvenil en Cataluña, 1990-1997. Equipo de Mediación* (Vol. 19, Colección Justicia i Societat). CEJFE.
- Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 19 de julio de 1948. <https://bit.ly/3ObKMG>
- Fernández Fustes, M. D. (2008). Fase intermedia o de alegaciones. En E. Pillado González (Coord.), *Proceso penal de menores* (pp. 203-240). Tirant lo Blanch.
- Ferreirós Marcos, C. E., Amante García, C., Simons Vallejo, R. y Sirvent Botella, A. (2011). *La Mediación en el Derecho Penal de Menores* (Vol. 1). Dykinson.
- Giménez-Salinas i Colomer, E. (1996). La mediación en el sistema penal juvenil: una visión desde el derecho comparado. *Eguzkilore*, (10), 193-212. <https://bit.ly/3uu5Ej5>
- González Tascón, M. M. (2010). *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión europea. Hacia una futura política común*. Lex Nova.
- Gordillo Santana, L. F. (2007). *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Iustel.
- Gorjón Gómez, F. J. y Reyes Nicasio, R. M. (2013). Epitome de la mediación penal y la justicia restaurativa. En F. J. Gorjón Gómez, G. Martiñón Cano, A. Sánchez García y J. Zaragoza Huerta (Coords.), *Mediación penal y justicia restaurativa* (pp. 11-38). Tirant lo Blanch.
- Highton, E., Álvarez, G. y Gregorio, C. (1998). *Resolución alternativa de disputas y sistema penal: La mediación penal y los programas víctima-victimario*. Ad Hoc.
- Informe sobre la juventud mundial 2005. Informe del Secretario General. A/60/61-E/2005/7. Naciones Unidas, Asamblea General, Consejo Económico y Social, 6 de diciembre de 2004. <https://bit.ly/3lmh7qG>
- Landrove Díaz, G. (2007). *Introducción al derecho penal de menores*. Tirant lo Blanch.
- Lasala Navarro, G. (1959). La juventud delincuente en España y sus tribunales de menores. *Revista de estudios penitenciarios*, 15(140), 6-14.
- Lasala Navarro, G. (1945). Los Toribios de Sevilla. *Revista de estudios penitenciarios*, 1(2), 51-65.
- Ley de Bases de 02 de agosto, autorizando al Gobierno para publicar una Ley sobre Organización y atribuciones de los Tribunales para niños. Gaceta de Madrid, Madrid, España, 15 de agosto de 1918. <https://bit.ly/3yxexDB9>



- Ley Orgánica 6/1985, de 01 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 02 de julio de 1985. <https://bit.ly/3PAgNah>
- Ley Orgánica 4/1992, de 05 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 11 de junio de 1992]. <https://bit.ly/3RBD085>
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 24 de mayo de 1996. <https://bit.ly/2Tx5gLA>
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 13 de enero de 2001. <https://bit.ly/3z9kJcE>
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 31 de marzo de 2015. <https://bit.ly/2VRUlln>
- Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. (1996). Menores privados de libertad en España. *Cuadernos de derecho judicial*, (15), 11-51.
- Martínez Soto, T. (2011). Mediación penal y su implantación en España. Ámbito de la responsabilidad del menor. Estudio comparativo con Reino Unido. *Revista internacional de estudios de derecho procesal y arbitraje*, (1). <https://bit.ly/3OVgwi4>
- McCold, P. (2013). La historia reciente de la justicia restaurativa. Mediación, círculos y conferencias. *Delito y sociedad: Revista de ciencias sociales*, (36), 9-44. <https://doi.org/10.14409/dys.v2i36.5529>
- Moreno Catena, V. M. (2008). Ámbito de aplicación y garantías procesales en el proceso penal de menores. En E. Pillado González (Coord.), *Proceso penal de menores* (pp. 21-47). Tirant lo Blanch.
- Ornosa Fernández, M. R. (2003). *Las medidas cautelares en el procedimiento penal de menores. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, (2), 829-856.
- Palacios Sánchez, J. M. (1987). La enseñanza en las instituciones españolas para la reforma de los menores (IV): El siglo XIX y las escuelas de reforma. *Menores*, 4, 31-48.
- Roca Chust, T. (1954). El padre de los huérfanos en Zaragoza. *Surga*, 6(60), 27-32.
- Saavedra Gutiérrez, M. (2017). La mediación en el proceso español de menores a la luz de la Ley Orgánica 5/2000. Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. *La Ley penal*, (125).
- Sánchez Vázquez, V. y Guijarro Granados, T. (2002). Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España. *Revista Asociación Española de Neuropsiquiatría*, (84), 121-138. <https://bit.ly/3bZ3m5c>
- Soletto Muñoz, H. (2008). Sujetos intervinientes en el proceso penal de menores I Parte. Órganos de investigación y enjuiciamiento. La administración y el personal colaborador. En E. Pillado González (Coord.), *Proceso penal de menores* (pp. 49-73). Tirant lo Blanch.

Soletto Muñoz, H. (2007). La mediación en la Unión Europea. En H. Soletto Muñoz y M. Otero Parga (Coords.), *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente* (pp. 185-203). Tecnos.

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. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 30 de agosto de 2004. <https://bit.ly/3INqFLu>

Real Decreto-Ley, de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales tutelares para niños. Gaceta de Madrid, Madrid, España, 27 de noviembre de 1918. <https://bit.ly/3ytFQ7X>

Recomendación N° R (87) 20. Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil. Comité de Ministros del Consejo de Europa, 17 de septiembre de 1987. <https://bit.ly/3ABfHXi>

Recomendación CM/R (2008) 11. Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas. Comité de Ministros del Consejo de Europa, 5 de noviembre de 2008. <https://bit.ly/3nUsWuE>

Recommendation N° R (99) 19. Mediation in penal matters. Council of Europe Committee of Ministers, 15 de septiembre de 1999. <https://bit.ly/3uEVEEna>

Recommendation N° Rec (2003) 20. Concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice. Council of Europe Committee of Ministers, 24 de septiembre de 2003. <https://bit.ly/3lt2OjY>

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33. Organización de las Naciones Unidas, 28 de noviembre de 1985. <https://bit.ly/3lqSbhd>

Sentencia N° 36/1991. (Tribunal Constitucional de España 14 de febrero de 1991). <https://bit.ly/3RAOQAM>

Vázquez González, C. (2004). Primeras normas e instituciones protectoras de la infancia delincuente en España. *BFD. Boletín de la Facultad de Derecho*, (24), 173-200. <https://bit.ly/3ytC9yU>

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Abad Arenas, E. (2022). Métodos alternativos de solución de conflictos y la mediación penal en materia de protección de menores: últimas reformas legislativas del Estado español. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 29, e4235. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4235>

