



JOSÉ DÍAZ CAPPA

Fiscal Coordinador. Fiscalía Superior de Les Illes Balears. Delegado de la Sección de Menores y de la Sección de Delitos de Odio y Discriminación. Profesor Asociado de Derecho Penal Universidad de Les Illes Balears (UIB).

www.josediazcappa.com

jose.diaz@fiscal.es

MEDIACIÓN Y OTRAS ALTERNATIVAS AL
PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
LIMITES JURÍDICOS PARA SU APLICACIÓN.
ESPECIAL REFERENCIA A LA
RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR.

@copyright

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

José Díaz Cappa.
Fiscal. Fiscalía de Les Illes Balears.
Delegado de la Sección de Menores
www.josediazcappa.com
jose.diaz@fiscal.es

SUMARIO

- I) INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL. MEDIACIÓN FAMILIAR, MEDIACIÓN ESCOLAR Y MEDIACIÓN PENAL.**
- II) PLANTEAMIENTO DEL TEMA RESPECTO DE LA MEDIACION FAMILIAR. MEDIACIÓN CON MENORES Y MEDIACIÓN PARA MENORES.**
 - A. El conflicto familiar. Concepto amplio.**
 - B. Mediación con menores. Mediación para menores.**
 - C. Capacidad del menor sujeto de la mediación familiar.**
 - D. Naturaleza contractual de la mediación familiar.**
 - E. Mediación familiar con menores e interés público.**
 - F. Consideraciones finales.**
- III) PLANTEAMIENTO DEL TEMA RESPECTO DE LA MEDIACION ESCOLAR. GESTION CONSENSUADA DEL CONFLICTO ESCOLAR.**
 - A. Consideraciones previas.**
 - B. Cuestiones generales. El Conflicto escolar. Concepto de mediación escolar.**
 - C. Sujetos de la mediación escolar. Sujetos en conflicto y sujetos del conflicto. Características del agente mediador.**
 - D. El objeto de la mediación escolar.**
 - E. Consideraciones finales.**
- IV) PLANTEAMIENTO DEL TEMA RESPECTO DE LA MEDIACION PENAL. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL CONFLICTO.**
 - A. Regulación normativa.**
 - B. Algunas especialidades generales de la mediación penal.**
 - C. Capacidad del menor.**
 - D. Conciliación y reparación como fórmulas de mediación.**
 - E. Objeto del conflicto.**
 - F. Cumplimiento de la mediación.**
 - G. Posibilidades conciliadoras y delitos contra la libertad sexual y violencia de género.**
 - H. Otros posibles intervinientes.**
 - I. Momento de la conciliación como supuesto de mediación.**
 - J. Ejecución del compromiso**
 - K. Consideraciones finales respecto de la mediación penal con menores.**

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Vayan por delante varias cuestiones prioritarias:

- Que el concepto de **mediación** que manejo en este artículo se refiere a un **aspecto amplio del mismo**, con comprensión de referencias a prácticas de todo tipo que impliquen una posible solución consensada, consentida y efectiva de un conflicto, sin una necesaria respuesta judicial como solución única al mismo.
- La **necesidad de fomentar e implementar todas aquellas alternativas a un proceso penal** en relación con la recuperación social de los menores que cometen hechos delictivos, alcanzándose con ello las necesarias dosis de legalidad, eficacia y supervisión necesarios en todo proceso de actuación con un menor de edad, sea cual fuere su circunstancia y coyuntura aplicable.
- Que para **entender el aspecto penal de la mediación** con menores, **es necesario atender a otros aspectos mediadores** en otros ámbitos sociales como el familiar o el educativo.

Lo que se expone a continuación, precisamente, tiene como objeto poner de manifiesto aquellos matices jurídicos que, precisamente, y por la entidad del sujeto destinatario de la mediación -el menor- deberían ser observados y tenidos en cuenta para consolidar adecuadamente la posible estrategia mediadora con aquel y avanzando la idea de que proceso judicial e intervención mediadora no tienen por qué ser, en todos los casos, elementos antagónicos o incompatibles.¹

I.- INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO GENERAL. MEDIACIÓN FAMILIAR, MEDIACIÓN ESCOLAR Y MEDIACIÓN PENAL.

Hablar de intervención con menores en el ámbito de la mediación, en general, supone en la actualidad centrar el tema, fundamentalmente, en **tres frentes básicos**:

- 1.- La mediación familiar.**
- 2.- La mediación escolar.**
- 3.- La mediación penal².**

En una **definición genérica y común de mediación**, -con independencia de la dificultad que tal labor entraña-, podría describirse, siguiendo algunas principales normativas comunitarias al respecto³, como “...*el proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las*

¹ Cómo dice Ana María Saravia González, Magistrado del Juzgado de Familia nº 3 de Córdoba en su artículo “La mediación familiar”, Editorial SEPIN, nº 62, enero 2007, familia, “*proceso y mediación no son opciones contradictorias, antagónicas, o enfrentadas, sino muy al contrario, estamos en presencia de distintas vías, cada una con unas ventajas y unos inconvenientes, pero que pueden perfectamente complementarse y actuar coordinadamente, en aras al fin que les es común: la resolución de conflictos*”.

² Destacar en este ámbito la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que obliga a los estados a adoptar medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria que garanticen que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, debiendo facilitar la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación

³ Recomendación R (98) 1, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar, aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros. Véase también la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros sobre ciertos aspectos de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles (2004/0251 (COD)). O la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros en materia de justicia restaurativa penal.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

partes en la negociación sobre las cuestiones objeto del conflicto, con vista a la obtención de acuerdos comunes”, o “todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro”.

Ello, centrado posteriormente en las diferentes variantes primeramente citadas, supondría su correspondencia con cada uno de los **campos de posible actuación** anteriormente mencionados, y así:

1.- El referido a la resolución de los **conflictos familiares**, en general, sin perjuicio de la normal reconducción del tema a los supuestos de crisis matrimonial o de relación de pareja y en cuanto aquella suponga la intervención directa o indirecta de y con menores.

2.- El referido a la resolución de los **conflictos de convivencia en el ámbito escolar**, con excepción de aquellos que puedan revestir carácter penal, y sin perjuicio de su compatibilidad con el sistema punitivo conforme a la normativa aplicable².

3.- El referido a la aplicación de la normativa penal específica sobre menores⁴, como método de administración del **reproche social de la conducta al menor infractor**, al margen de la imposición de una medida judicial (lo que para los mayores de edad se correspondería con lo que denominamos pena).

En todos ellos, a su vez, se plantean de manera diferente en cuanto a la forma, pero unificada en cuanto al fondo, los mismos problemas de limitaciones jurídicas derivadas del hecho fundamental de la existencia, intervención o participación de un menor en el proceso mediador, o de la incidencia de la mediación sobre aquel, surgiendo así, las **tres piezas claves del problema**, entendidas siempre tanto como elementos valorativos del acaecer mediador cuanto como imposiciones jurídicas en los casos en que así proceda, y todos ellos, además, con el común denominador de la existencia de un menor involucrado en el proceso.

Siguiendo con los aspectos más generales de la actuación mediadora, no podemos obviar que la mediación, en su sentido más amplio, tiene una serie de **características básicas**, algunas de las cuales ponen por sí mismas de manifiesto la necesidad del previo encuadre jurídico del contexto en el que se vayan a aplicar.

Así, la mediación responde al **principio de rogación**, esto es, que se solicite tal intervención mediadora por quienes puedan verse implicados o sus representantes válidos; exige, también, normalmente, un **poder de disposición de la materia** sobre la que se pretende mediar, y, por lo tanto, no todo contenido (conflicto) es susceptible de ser sometido a mediación (entendida esta en su concepto formal, y no ético); es un **mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos**, lo cual no supone que deba ser marginado de cualquier contexto o matiz legal o normativo, pues extrajudicialidad no significa extra legalidad. En este mismo sentido, el carácter *poco formal* que se predica de los procesos mediadores, no significa, tampoco, la inobservancia de ciertas reglas o marco genérico regulador; es un **proceso voluntario**, lo que significa tener en cuenta, necesariamente, la capacidad de los

² Ley Orgánica 5/2000, 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor y RD 1774/04 de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de desarrollo de aquella.

⁴ Véanse los arts. 19 y 27.4 de la LO 5/00 de 12 de enero y el art. 5 del RD 1774/04 de 30 de julio, que se desarrollarán más adelante.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

intervinientes en el proceso para someterse, válidamente y de forma no viciada o condicionada, al mismo, pues, de igual modo, es también un **proceso personalísimo e inmediato**; es, también, sin duda, y como consecuencia de lo anterior, un proceso directamente **relacionado con la intimidad personal**, y, por ende, un proceso en el que las reglas del juego protectoras de la misma, de la confidencialidad, de la reserva de datos o, con carácter más concreto, el principio general de reserva de las actuaciones referidas a menores, deben ser tenidas especialmente en cuenta, y, tales conceptos, no son sino aseveraciones normativas. Este aspecto legal restrictivo debe predicarse no sólo respecto de las víctimas, sino de los propios victimarios; tiene, asimismo, **carácter no vinculante**, pero, ahora bien, que el resultado del proceso mediador no revista carácter obligatorio para los que al mismo se someten, no significa que durante el desarrollo del mismo no debieran observarse las pautas de actuación correctas y adecuadas; y, también, es un proceso con un **ineludible interés público**, pues, y tratándose de menores sobre todo, supone una implicación del Estado más allá de la simple consideración de un conflicto entre partes privadas, lo cual, conlleva, necesariamente, la obligada intervención, en algunos casos, y como se comentará más adelante, de Instituciones de carácter público (por ej: el Ministerio Fiscal, las entidades públicas de protección de menores o las diferentes autoridades educativas).

Por ello, **los caracteres generales de la mediación no son transmisibles, sin más, a todo proyecto de acercamiento consensuado entre partes en conflicto cuando alguna de ellas es menor o, no siéndolo, el resultado de la misma le va a afectar de forma necesaria**. Muchos de los adjetivos que sirven para definir aquella, no responden cuando se aplican a la segunda, o al menos, no encajan tan fácilmente, y ello es así porque **la mediación que tiene de una u otra manera como destinatarios a menores, produce, de forma inmediata, su conexión con la asistencia social protectora de los mismos, con el interés público de la materia y con las limitaciones a la posibilidad de disposición sobre los sujetos y materias en conflicto**, todo lo cual, repercute, necesariamente, en la formación y desarrollo de la mediación en sí misma.

Es necesario también, y como paso previo, **distinguir la mediación con menores de cualquier otra figura de parecidos contenidos**, en cuanto también persiga una solución consensuada entre las partes, y así, con la *transacción*, pues esta tiene fuerza de cosa juzgada y permite el uso de la vía de apremio para su cumplimiento; o con el *arbitraje*, en cuanto este concede al árbitro capacidad decisoria; o con el simple *asesoramiento técnico*, en cuanto implica una realización más de una parte del contenido de una actividad profesional; o con las *terapias*, que vienen a suponer un tratamiento y su seguimiento; o con las *pericias*, que son informes emanados de expertos; o con la *conciliación*, en cuanto implique ausencia de altruismo; o con la *negociación*, que supone una actividad entre partes sin intervención de tercero. Todo ello, sin ánimo exhaustivo, con la finalidad de insistir en que la mediación en general, y la específica con menores implicados, en particular, tienen (deben tener) sus propias características, reglas y fórmulas de ejercicio y desarrollo.

De la misma manera, tampoco la mediación legal, de la que estamos especialmente hablando, debe ser equiparada a aquellas otras actuaciones externas, de cualquier tipo, y ajenas a un procedimiento normado, que puedan servir con posterioridad para poder decidir sobre la continuación o no de un proceso penal contra un menor, y sin perjuicio, por supuesto, que la eficacia y funcionalidad de esas otras actuaciones pueda luego servir a los operadores jurídicos para tomar la decisión adecuada sobre la continuación o no del proceso judicial respecto del menor⁵.

No debe olvidarse en ningún momento que **extrajudicial no significa “al margen de las posibilidades de intervención de los operadores jurídicos institucionalmente competentes para**

⁵ Así por ejemplo, las posibilidades correctoras en el ámbito familiar o educativo que permitan luego desistir de la persecución judicial del conflicto.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

conocer de los hechos delictivos” (Fiscalía y Juzgados), sino, en la mayoría de los casos, que la resolución de ese conflicto no acabará con una medida judicial a modo de condena dictada en sentencia firme o resolución análoga.

Las diferencias enunciadas no son simplemente metódicas, pues trascienden de nuevo al hecho de la mediación en cuanto en ella se vean implicados menores de edad, porque la capacidad de compromiso y el valor del mismo por parte de estos, así como el nivel de exigencia de aquel, responden a parámetros distintos a las fórmulas de consenso entre adultos.

Una vez hechas las consideraciones anteriores, y realizado con ellas el encuadre previo, apuntaré una serie de criterios más concretos sobre cada de uno de los tres pilares básicos de la configuración de un método mediador, al margen de su propio contenido técnico:

a) **Límites subjetivos:** aquellos que se refieren a los sujetos del conflicto, tanto a los directamente implicados por el mismo, - su edad, su capacidad de intervención en el proceso mediador, a la válida configuración o consideración del consentimiento prestado, a la intervención, en su caso, de sus representantes legales, su intimidad-, como a los que hacen referencia a otros posibles intervinientes en la solución del conflicto, fundamentalmente los mediadores o agentes mediadores, como parte imprescindible, u otros contingentes al proceso como los profesores, el centro escolar o la Administración.

b) **Límites objetivos:** referidos, fundamentalmente, al poder de disponibilidad de la materia a someter a mediación y a la selección del objeto (conflicto), en atención al interés público ínsito en la misma.

c) **Límites ejecutivos:** referidos al grado de obligatoriedad y posibilidades de exigencia del compromiso y a su valor como tal. En tal sentido se hace necesario, también, el seguimiento de las actuaciones llevadas a cabo y su estudio global y comparativo.

Así centrado el tema, las cuestiones a resolver en todos los supuestos citados vendrán determinadas por tres interrogantes básicas, cuyas respuestas determinarán, en cada caso, la correcta configuración inicial del proceso mediador con menores. Así:

1.- **¿Quiénes** pueden ser **sujetos de la mediación?**

2.- **¿Qué** aspectos pueden ser **objeto de la mediación?**

3.- **¿Cómo se desarrolla** y qué **efectos** produce el hecho de la **mediación?**

II) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA “MEDIACIÓN FAMILIAR”. MEDIACIÓN CON MENORES Y MEDIACIÓN PARA MENORES.

A. El conflicto familiar. Concepto amplio.

Si nos atenemos a las diferentes definiciones de mediación familiar contenidas en algunas normas autonómicas relativas al tema⁶, podemos observar cómo, en una primera aproximación, todas

⁴ Así, por ejemplo, en la Ley Asturiana de Mediación Familiar, Ley 3/2007, de 23 de marzo; Ley Catalana sobre la materia, Ley 15/2009, de 22 de julio; Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de Canarias; Ley

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

ellas parten de un concepto de conflicto proyectado en el seno de los que pueden ocurrir en el ámbito de las relaciones matrimoniales o de pareja en general, y susceptibles de generar acuerdos necesarios sobre las inevitables consecuencias de la terminación o modificación de aquellas relaciones de convivencia. Visión inicial poco coincidente con la realidad normativa autonómica, que, como ya ocurre con la comunitaria *ut supra* mencionada, mantienen sin embargo un concepto y unos criterios de mediación tendentes a su extensión a muchos otros campos relativos a la conflictividad familiar en general, o, al menos, así se deduce del carácter abierto de las definiciones y de la relación y enumeración de supuestos a que se refieren.

Es curioso, además, que las referencias sobre los posibles supuestos de conflictividad familiar que se postulan tiene un claro matiz referido a relaciones entre adultos, cuando, en muchas ocasiones, son también susceptibles de producirse entre menores de edad, a los que, normalmente, se les relega en las normas citadas a su consideración de “interesados”, “receptores” o “beneficiarios” de acuerdos entre adultos y no como partes reales y únicas a veces, de un conflicto familiar mediable. Sin duda, esto viene a constatar la necesidad de una observancia de ciertos límites normativos cuando se habla, en general, de mediación con menores, diferenciándola de la mediación para menores.

Queda clara, pues, la indefinición, en la propia normativa europea antes citada, y así, en Resolución (98) 1, antes mencionada, se hace constar como la mediación familiar, está concebida como “*medio apropiado de resolución de los conflictos familiares*” (nº 11. II) y para tratar “*...los conflictos que pueden surgir entre los miembros de una misma familia, que estén unidos por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinadas por la legislación nacional*” (principio I, letra a).

Lo importante a apuntar aquí, en todo caso, además del amplio sesgo de conflictos familiares susceptibles de mediación, es la extensión de los posibles sujetos parte en los mismos y la indicación de la necesaria escucha y participación del menor en el citado proceso como parte interesada en el mismo, sin perjuicio de deducirse mayoritariamente la necesidad de que los sujetos reales de la mediación familiar sean mayores de edad⁷.

Ello traerá a colación lo comentado más adelante sobre el proceso de posible prestación del consentimiento⁸ de un menor para participar y comprometerse en un proceso mediador.

1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar, en Galicia; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco; Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, o Ley 14/2010, 9 de diciembre de Mediación Familiar de Les Illes Balears, entre otras.

⁷ En la Ley Catalana de Mediación, antes citada, se contempla expresamente, como supuesto de legitimación para la intervención como parte real en el proceso mediador, y no solo como receptores de los acuerdos entre los adultos, que “2. *Los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que los afecten. Excepcionalmente, pueden instar la mediación en los supuestos del artículo 2.1.d, e y f. En los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o defensora*”.

⁸ Consentimiento informado, sin duda.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

B. Mediación con menores. Mediación para menores.

De lo acabado de exponer resultan dos aspectos esenciales, según la posición del menor en el proceso mediador.

Por un lado la consideración del menor como receptor indirecto del resultado de la mediación, lo que podríamos acuñar con el término de **“beneficiario de la mediación”**, emergente de la necesaria evaluación de los límites del proceso mediador derivados de la existencia de menores de edad destinatarios del posible consenso, pero ajenos a la consideración de parte real en aquel proceso, pues, como hemos tenido ocasión de observar, la mayoría de las directrices normativas referidas a la mediación familiar, abundan en la consideración de los sujetos partícipes de la misma como mayores de edad en situación de conflicto, y en la clara tendencia a consolidar la base de la mediación como fórmula de conciliación extrajudicial de los problemas surgidos entre ellos. Sin embargo, lo que no es menos cierto, es que los destinatarios principales y, por tanto, beneficiarios de la solución coyuntural, son, en la gran mayoría de los supuestos, los hijos menores.

Y, en segundo lugar, el referido a la consideración del menor como verdadera **parte del proceso mediador** por su directa relación con el conflicto objeto del mismo. Ello resulta del concepto amplio de conflicto familiar (objeto de la mediación) que venimos manejando, y que determina, a su vez, necesariamente, la necesidad de evaluar la capacidad general y concreta de un menor para adquirir y desarrollar eficazmente tal posibilidad (a modo de derecho suyo).

C. Capacidad del menor sujeto de la mediación familiar.

Tales circunstancias, -me refiero a la mayoría de edad o la emancipación-, como premisas básicas de la mediación familiar, en cuanto contrato, y derivado, en la mayoría de los casos, de la exigencia de la capacidad de obrar necesaria para someterse al mismo, no está tan clara cuando se observa la diferente legislación autonómica al respecto, en la que, salvo excepciones, no aparece claramente definida la necesidad de la mayoría de edad para ser considerado sujeto de este tipo de fórmulas extrajudiciales de consenso, introduciendo en el objeto de las mismas situaciones que, si bien no necesariamente, sí disponen la posibilidad de intervención de sujetos menores de edad como elementos directos de la mediación. Así mediante una pretendida ampliación indefinida del concepto de conflicto familiar, se implica necesariamente como sujeto del mismo a personas que, por su especial consideración (en este caso la minoría de edad) no responden, o no deben responder, a los mismos parámetros de posibilidad de intervención que aquellos otros que por su mayoría de edad, gozan, inicialmente, de todas las posibilidades de participación en el proceso mediador, como ya mencionamos.

La consideración de la edad y de la capacidad como factor de **madurez**, aparece también como trascendental. En todos aquellos casos en que deba buscarse o necesitarse la **voluntad** del menor, debe ésta distinguirse, además, del **consentimiento**. Este supone una manifestación concreta y expresa de permisibilidad para la ejecución de un acto específico o para su sometimiento al mismo, mientras que la voluntad supone una afirmación o reafirmación de la disponibilidad del menor para el desarrollo de una actuación dilatada en el tiempo, en mayor o menor medida, que implica la continuidad de actos concretos o de sus consecuencias durante el mismo. Es necesario, pues, considerar la **capacidad jurídica** del menor, esto es, su capacidad para ser titular de derechos inherentes a la persona; y su **capacidad de obrar**, esto es, su aptitud para ejercitarlos, debiendo tener en cuenta que el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, dispone que **“las limitaciones a la capacidad**

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva” y el art. 9 del mismo texto legal viene a recoger un principio general de audiencia al menor, al establecer que *“El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”*. Aunque tales consideraciones puedan parecer ajenas a la mediación, no lo son, pues todas apuntan a la necesaria consideración previa por el agente mediador, por un lado, de las posibilidades reales de sometimiento del menor al proceso mediador, y, de otro, de la verosimilitud, consistencia y no condicionamiento de la voluntariedad del sometimiento del menor al referido proceso, así como de la real comprensión por el mismo, tanto de su contenido como de sus objetivos, esto es, la valoración de lo que podría denominarse *capacidad natural*, entendida como posibilidad real de toma de decisiones plenamente consentidas, válidas, y no condicionadas.

Y en íntima conexión con lo anteriormente expuesto, deberá también considerarse si es necesario complementar esa capacidad del menor con la **representación legal** del mismo. Criterio este que también habrá de ser objeto de consideración previa por el agente mediador. En este sentido es necesario recordar, con el Tribunal Constitucional⁹, que *“los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales...sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos, se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia...cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar”*. Debe recordarse, asimismo, para los casos de desacuerdo entre menores y sus representantes legales, que los derechos y libertades de unos y otros deben ser ponderados teniendo siempre presente el *interés superior del menor* (lo que no es sinónimo de único o exclusivo), y que existen vías de resolución judicial de estos conflictos con intervención del Ministerio Fiscal¹⁰.

El ejercicio de la patria potestad debe hacerse siempre, como se dispone en el Código Civil, en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, comprendiendo la obligación de representar a aquellos. Ahora bien, dicha representación legal no es ilimitada, pues se exceptúan, entre otros, *“los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*¹¹.

Es importante, pues, la concreción de las exigencias legales en cuanto a la capacidad de compromiso del menor, así como la incidencia de la emancipación y otras habilitaciones legales para el ejercicio de determinados actos por el propio menor.

D. Naturaleza contractual de la mediación familiar.

En relación con lo anterior, surge, además, un importante problema jurídico, no sólo semántico, y que tiene derivaciones distintas según nos estemos refiriendo a la mediación familiar o al resto de posibles mediaciones con menores, y es la **naturaleza contractual** de la primera de acuerdo con las diferentes disposiciones normativas que lo regulan. Este aspecto hace suponer inicialmente la imposibilidad de que los menores no emancipados tengan la capacidad necesaria para llevar a cabo el mismo, pues, con carácter general, el art. 1263 del CC dispone que los menores no emancipados no

⁹ STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁰ Véanse arts. 162.2º y 163 y concordantes del Código Civil.

¹¹ Art. 162.1º del Código Civil.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

pueden prestar el consentimiento necesario para la celebración de los contratos, y, sin embargo esto choca plenamente con otros aspectos que iremos analizando pero podríamos concretar en:

1.- La propia definición general de mediación contenida en la normativa europea inicialmente citada, que no confiere necesariamente a la mediación un carácter contractual, y que, sobre todo, busca con la misma el encuentro no contencioso y el acercamiento entre personas para la solución de determinados problemas de naturaleza familiar y social, normalmente resolubles en vía conciliadora.

2.- El carácter discriminatorio que supone tal circunstancia respecto, por ejemplo, de la llamada mediación escolar.

3.- Con el hecho de que los menores tengan la capacidad jurídica suficiente como para impetrar el auxilio judicial por sí mismos (véase art. 158 CC), solicitando una respuesta judicial a un posible conflicto¹², que bien puede ser familiar, siéndoles impedido, sin embargo, en base al criterio formal de la necesaria presentación como contrato, el acceso a una posible solución consensuada mediante un proceso mediador, siquiera sea con la supervisión de otras personas o instituciones (Ministerio Fiscal) que permitan salvaguardar sus derechos en este sentido, cual si los ejercitara en forma en un proceso judicial, sea cual sea la denominación que se pretenda acuñar.

4.- Con las posibilidades reales de mediación del menor infractor a que se refiere la LO 5/00, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.

Si bien en estos supuestos la consideración indirecta de los menores no hace preciso el estudio previo de los límites subjetivos, objetivos y ejecutivos a que luego aludiremos, no es menos cierto que el menor, directamente afectado por la decisión, debe, siendo posible desde el punto de vista biológico, participar en el desarrollo del proceso mediador. Así, como vimos, el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor¹³, dispone, con especial énfasis que: *“El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias”*.

Insisto en que lo necesario es la ampliación del campo de intervención del menor con capacidad suficiente para ello, como parte real del supuesto mediable, y no solo en cuanto a su necesaria e ineludible audiencia, sobre todo cuando ellos mismos son los sujetos reales del conflicto a intermediar.

E. Mediación familiar con menores e interés público.

Además de las consideraciones anteriores, deben valorarse otras circunstancias no menos importantes como es la necesaria implicación de determinados organismos, condicionada, como luego se argumentará más detalladamente por el *“interés público”* que surge del mero hecho de existir un menor de edad implicado, directa o indirectamente, en un proceso mediador.

¹² Véanse también los arts. 6 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹³ Modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Así, por ejemplo, las entidades públicas competentes en materia de protección de menores a que alude el art. 172 del CC, o el Ministerio Fiscal, en cuanto a la necesaria participación, cuando no intervención, del mismo, en todos aquellos asuntos en que esté implicado el interés de un menor, se convierte, necesariamente, en límite de base para la correcta configuración formal del proceso mediador.

El referido interés público al que nos referimos no es baladí, y no ya por el hecho específico de la posible presencia de menores sino por la propia consideración de tal carácter de los procesos matrimoniales, sede estos de la mayor disponibilidad de los recursos que se ponen en juego en la mediación y así se pone de manifiesto en diferentes pasajes de la Circular 1/2001, de 5 de abril de la Fiscalía General del Estado, sobre la *“Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”*.¹⁴

Por supuesto, no se trata de anticipar la intervención tanto del órgano judicial como del Ministerio Fiscal a un posible proceso mediador anterior o simultáneo a un proceso judicial, pero sí indicar que la existencia de menores de edad en el seno del conflicto a resolver debe determinar, sin duda, la previsión de límites de actuación en el desarrollo del proceso mediador, -que es, precisamente, el objeto de este trabajo-, tanto para las posibles partes intervinientes como, por supuesto, para el agente mediador, puesto que todo aquello que por sí mismo afecta al interés público, puede quedar extramuros del carácter dispositivo de las partes, que es, precisamente, uno de los elementos esenciales que se apuntan para el ejercicio de la mediación familiar en todas las legislaciones autonómicas sobre la materia, como hemos visto.

Y, además, la fórmula de exigencia de determinadas actuaciones procesales judiciales, como la exploración del menor a partir de los doce años, debe redundar en el estudio de su compatibilidad con un proceso mediador previo y con la necesaria evitación de intervenciones del menor en otros momentos diferentes como el mediador, sin que esto, a su vez, perjudique su derecho de audiencia a que se refiere el art. 9 de la LO 1/1996¹⁵.

¹⁴ *“El Ministerio Fiscal interviene en el proceso si existen hijos del matrimonio menores de edad o incapaces, ejerciendo una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido”... “De acuerdo con el art. 749 LEC el Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de nulidad matrimonial aunque no sea promotor de los mismos ni deba asumir conforme a la ley la defensa de ninguna de las partes y en los demás procesos especiales será preceptiva su intervención siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación legal de ausencia”.* *“En último término, la potestad de tutela del interés público implicado en el proceso la comparten ambos órganos del Estado, tribunal y Fiscal, si bien desde posiciones procesales diferenciadas...”*

¹⁵ No solo eso, puesto que por el agente mediador deben matizarse otros aspectos no menos importantes como los derivados del concepto de la emancipación, a fin de valorar la misma como criterio de consideración del menor (emancipado) y su posición real en el proceso mediador, ya sea como parte activa, o, aún, como parte pasiva, en cuanto receptor de todos aquellos aspectos de la patria potestad no contrariados por el hecho de la emancipación. O respecto de los supuestos de límites a la representación legal de los padres previstos en el art 162 del mismo texto legal; o verdaderos supuestos de planteamiento directo de un recurso mediador a iniciar por un menor como situación de verdadero conflicto familiar susceptible de contienda judicial posterior como el previsto en art. 156 párrafo segundo del CC. Y, por supuesto, el campo abonado para el planteamiento de este tipo de cuestiones por el propio menor a que se refiere el art. 158 del mismo texto normativo, que confiere, expresamente con otros, la iniciativa procesal al hijo.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

F. Consideraciones finales respecto de la mediación familiar.

De nuevo, lo que se quiere poner de manifiesto es que la existencia de menores implicados en un proceso mediador con mayores de edad en conflicto familiar, o la posibilidad real de que personas menores de edad puedan formar parte e iniciar un proceso mediador como partes directas en un conflicto susceptible de pronunciamiento judicial, suponen una situación especial del régimen mediador, y de unos límites de intervención en el mismo por parte de todos los sujetos y agentes intervinientes, distintos, y de especial naturaleza, de los normales en este tipo de situaciones, y que, resumidamente, suponen:

1.- La posible consideración del menor como sujeto principal de la relación mediadora en los supuestos de conflicto familiar conforme a las diferentes disposiciones normativas generales y autonómicas aplicables.

2.- La consideración de la emancipación en el mismo sentido.

3.- Los derechos de los menores receptores del consenso entre mayores sujetos de una mediación familiar, en cuanto a la posible intervención de aquellos en este proceso, y los límites de maniobra del agente mediador en relación con ello.

4.- Consideración de los límites derivados del interés público y, como consecuencia de ello, planteamiento y valoración de la intervención o régimen de control de determinadas instituciones como el Ministerio Fiscal o las entidades públicas competentes en materia de protección de menores.

5.- Consideración de los límites posteriores derivados de la inejecución de lo resuelto o las modificaciones susceptibles de acaecer derivadas de un hipotético incumplimiento, sobre todo, cuando ello puede ocurrir por la voluntad o ausencia de voluntad de los menores partícipes.

Esto es, el quién, el qué, quién y el cómo del proceso mediador, a que nos venimos refiriendo.

III.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN ESCOLAR. GESTION CONSENSUADA DEL CONFLICTO ESCOLAR.-

A. Consideraciones previas.-

Este segundo aspecto de la mediación con menores tiene el hándicap de no contar, por el momento, con una regulación normativa específica, cual ocurre con la mediación familiar, lo cual no impide, como en el caso anterior, promocionar, en la misma forma, los criterios de intervención reglada necesarios para la correcta configuración del proceso mediador, en este caso, de los conflictos derivados de la convivencia escolar. Esa falta de regulación obliga a ser más explícito en algunos de los puntos objeto de estudio.

Como se viene exponiendo reiteradamente en numerosos foros¹⁶ tendentes a la búsqueda de criterios de resolución de los conflictos en el ámbito escolar, una de las principales motivaciones para

¹⁶ Así, en las II Jornadas sobre “Menores en Edad Escolar: Conflictos y Oportunidades”, celebradas en Palma de Mallorca en Noviembre de 2006 y organizadas por la Fiscalía de Illes Balears y la Consellería de Educación del Govern Balear (weib.caib.es/IIjornades_menors) También en el “Encuentro Europeo por la Convivencia”, Foro por la Convivencia, en Jornadas Organizadas por el Consejo Escolar de Madrid (www.madrid.org/consejo_escolar). El presente trabajo es parte de las ponencias presentadas por el autor en dichos foros.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

ello viene determinada por la quiebra de la convivencia y el fenómeno de la violencia, en general, y en los centros educativos, en particular, lo que se ha convertido en objeto de gran preocupación en la sociedad, en la familia, en la escuela y en cualquier otro ámbito, haciéndose necesario arbitrar mecanismos que permitan su eventual solución.

Sin duda, la mediación escolar, entendida en sentido amplio, se va consolidando como un instrumento apto y potencialmente eficaz para la resolución de los diferentes conflictos que en el ámbito escolar se producen, ya sean espontáneamente generados en y por dicho ambiente, ya sean trasladados a ese campo por ser un lugar más de manifestación de otros conflictos que ya forman parte de la dinámica social al margen de la escuela, pero que encuentran en ésta un importante sustrato para su sustento, mantenimiento y proliferación.

Tal mediación escolar, asimismo, tanto en su concepto general como en las múltiples manifestaciones en que pueda representarse y que puedan ser concebidas por los diferentes profesionales, se ampara, principalmente, en aspectos y parámetros educativos, psicológicos, sociológicos e incluso terapéuticos¹⁷, pero, -y tal es también la base central de este trabajo -, no puede ser ajena a ciertas dosis, siquiera sean mínimas, de conformación jurídica, que permitan, no ya dotarla de contenido o de advenir su idoneidad, sino asegurar, en su caso, la viabilidad práctica de su puesta en marcha, aplicabilidad y ejecución. Esto es, la efectiva aplicación de la solución mediada y de su proceso precisa de un marco jurídico válido para ello, tanto a nivel subjetivo como objetivo. En definitiva, que en ocasiones el fin no justifica los medios, tampoco en el ámbito de la mediación escolar.

En modo alguno, pues, se trata de establecer una relación de dependencia entre mediación escolar y ordenamiento jurídico, sino de advertir que, al igual que en todas las relaciones humanas, por muy instauradas en los arcanos de lo inmaterial que puedan encontrarse y que supongan una manifestación exterior, existe un mínimo de adecuación y ajuste normativo que es necesario tener en cuenta para transformar en práctica la teoría.

Como se verá, tales manifestaciones normativas afectan fundamentalmente a tres parámetros, como en el caso anterior: *¿Quién* puede ser sujeto de mediación escolar y *Quién* mediador? *¿Qué* materias pueden o deben ser objeto de dicha mediación escolar? y *¿Cómo* se puede llevar a cabo el contenido de un acuerdo mediador?

En primer lugar, y para un mejor encuadre relacional entre mediación escolar y Ministerio Fiscal, debe tenerse en cuenta que éste último, como Institución básica del Estado¹⁸ en cuanto a la materia de protección y defensa de menores en general se refiere, -y a la que tanto la Constitución como el resto de ordenamiento jurídico encomiendan la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social, y, en particular, la de intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas

¹⁷ Dice Ada Cortí, Socióloga, que la esencia de la mediación es “*la práctica de un proceso de comunicación interpersonal*”. (www.mediacioneducativa.com/ar).

¹⁸ Véanse el artículo 124 de la Constitución Española y, fundamentalmente, el art. 3 de la Ley 50/81 de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, así como las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y las previsiones normativas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1774/04, de 30 de julio.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

menores, incapaces o desvalidas, ostentando, incluso, en materia de responsabilidad penal de los menores, la función de instruir los diferentes procedimientos en que dichos menores puedan verse comprometidos con capacidad de decisión sobre su terminación o no, o la forma en que debe hacerse, no puede quedar al margen del tema que tratamos, como una manifestación más de una materia que afecta a menores y en la que el Ministerio Fiscal debe intervenir como una pieza fundamental del rompecabezas multidisciplinar y del carácter colaborador que debe servir de pilar para la resolución de estos conflictos, pues el Ministerio Fiscal debe ser concebido y conocido como una Institución cercana, de apoyo a la posible solución del problema, ya sea mediante el ejercicio de las múltiples funciones legales que en la materia tiene encomendadas, como impetrando o exigiendo, en su caso, el auxilio judicial o administrativo necesario para su logro.

No se trata, pues, en modo alguno, de poner en tela de juicio los diferentes mecanismos científicos o metodológicos utilizados en la realización práctica de las actuaciones y procesos mediadores, sino de buscar su sincronización y adecuación al sistema de derechos de los diferentes intervinientes, a los límites de su capacidad de intervención y/o decisión sobre el conflicto a resolver y sobre su exigibilidad o no, ante la eventual obtención de un resultado común acordado y aceptado o sobre la valoración del cumplimiento de los compromisos mediadores preventivos previamente asumidos.

Pero, y de la misma manera, se trata de hacer observar que el proceso mediador no es sólo una representación metódica de técnicas de resolución de conflictos, sino que también, y en tanto supone, precisamente, una intervención sobre personas debe responder a unas fórmulas jurídicas de necesaria observancia o atención previa, sobre todo para el mediador (o agente mediador, como también le denominaré en ocasiones).

En estos términos, -y de forma sucinta ante la brevedad obligada-, es en los que abordaré, en este apartado, la llamada *mediación escolar*, evitando su contextualización, en la medida de lo posible, en un ámbito puramente jurídico, excepto para la concreción de los diferentes aspectos mencionados *ut supra*.

B. Cuestiones generales. El Conflicto escolar. Concepto de mediación escolar.

Antes de abordar cada uno de los pilares básicos arriba mencionados, es necesario tener en cuenta una serie de cuestiones principales que ayuden al correcto encuadre de aquellos. Dichos aspectos generales se pueden resumir así:

El **conflicto** (término que no usaré a lo largo de esta exposición en sentido peyorativo) es una situación consustancial a la condición humana, pero no así el uso de la violencia para su resolución. Como afirma José Antonio San Martín¹⁹, “...nos relacionamos con personas con intereses diferentes y por ello surge espontánea la discrepancia, los puntos de vista distintos, el conflicto. El conflicto es algo ineludible, es algo vivo que sigue su curso, a pesar de que huíamos de él”.

Pero, puesto que, como dice Luís Rojas Marcos²⁰ “en nuestra cultura se exalta la rivalidad y se admira el triunfo conseguido en situaciones de enfrentamiento, que siempre requieren un vencedor

¹⁹ Licenciado en Historia. En su libro “La mediación escolar: un camino para la gestión del conflicto escolar”. Editorial CCS. Pg. 10.

²⁰ Citado por José Antonio San Martín. “La mediación escolar: un camino para la gestión del conflicto escolar”. Editorial CCS. Pg. 27.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

y un vencido. La creencia de que el antagonismo y la pugna son elementos necesarios y necesarios en todas las actividades de la vida diaria está profundamente imbuida en la sociedad occidental”, la violencia es una especie, -inidónea- de aquel género, que no debe servir como pauta válida para su solución, o, al menos, como fórmula natural de finalización del mismo.

Sin duda, tampoco deben confundirse violencia y agresividad²¹, puesto que la actitud agresiva, como sinónimo de voluntad de superación y de esfuerzo, puede incluso ser beneficiosa. La actitud agresiva, pues, no tiene por qué ser violenta. Asimismo, podemos distinguir, con Guillermo Cánovas²² entre *agresividad emocional*, como respuesta ante un estado emocional negativo, y la *agresividad instrumental*, esto es, el empleo de la violencia como instrumento o medio para conseguir el fin pretendido.

En esta tesitura, todo conflicto entre personas debe tener una solución o posibilidad de ésta mediante mecanismos normativos expresamente previstos para esa situación o analógicamente aplicables. Y ello es así aun cuando hayamos partido de la premisa de la consideración de la *mediación escolar* en su aspecto puramente técnico, puesto que extra juridicidad no puede significar alegaldad, esto es, la consideración, estudio o comprensión de una materia (en este caso la mediación escolar) desde el punto de vista puramente metódico o técnico, no puede obviar la necesidad de amparar su reproducción práctica en las pautas normativas que puedan resultar aplicables en relación, por un lado, con los sujetos a los que va o puede ir dirigida; por otro, con el objeto sobre el que ha de recaer; y, finalmente, con los mecanismos válidos de actuación en caso de tener que ponerlo en marcha, desarrollarlo, y considerar la validez y eficacia de lo llevado a cabo.

Desde este punto de vista amplio y partiendo del concepto base de mediación referido al inicio del presente trabajo, **la mediación escolar podría definirse** como un “*método técnico y complejo de resolución de conflictos entre personas determinadas o determinables, aplicable, con carácter voluntario y a través de otra/s persona/s con aptitud acreditada y carácter neutral, a un contexto escolar válido y a un objeto previamente seleccionado, y dirigido a la resolución de aquellos y/o a la prevención individual y general de conductas similares*”.

Dentro del campo de la prevención²³ su ámbito de eficacia se verá refrendado tanto si lo que se pretende es la evitación general de la resolución violenta de los conflictos, como si lo que se pretende es la concienciación individual en tal sentido de aquellos que, anteriormente, hicieron uso de la violencia para solventar un conflicto previo, y en evitación de secuencias futuras análogas ante hechos similares o, en su caso, la continuidad de las mismas²⁴.

²¹ Así lo afirma, entre otros, Jesús Beltrán Llera, Catedrático de Psicología Evolutiva de la Educación de la Universidad Complutense de Madrid. ²⁹ Presidente de la Asociación Protégeles.

²² Director de EducaLIKE

²³ Dan Olweus, Catedrático de Psicología Evolutiva de la Universidad de Bergen, y experto reconocido en materia de “acoso escolar”, manifiesta en su libro “Conductas de Acoso y Amenaza Entre Escolares”, Editorial Morata, tercera edición, que los objetivos principales de su programa de intervención son “...reducir al máximo posible – eliminar por completo sería lo ideal – los problemas existentes de agresores y de víctimas que se plantean dentro y fuera del recinto escolar, y prevenir el desarrollo de nuevos problemas”.

²⁴ La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de Mayo, de Educación, establece, como uno de los principios básicos del sistema educativo español, “la educación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos, así como la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social” (art. 1 letra k), y, asimismo, establece, entre los fines que enumera en su artículo siguiente, el de “la educación en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, así como en la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos” (art. 2 letra c).

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Los **mecanismos preventivos, frente a los puramente represivos**, tienen la ventaja inicial de permitir el desarrollo de comunicación y la cooperación en el ámbito escolar y fomentar las habilidades y técnicas sociales de resolución de los problemas, no sólo en el campo escolar sino en el social y familiar tangencial al mismo.

Por ello, como luego insistiré, no se debe relacionar el derecho penal de menores con los meros mecanismos represivos. Al menos, no se debe fomentar tal radical simetría. Las actuaciones mediadoras en este ámbito, como se establece en la Exposición de Motivos²⁵ de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, gozan de la misma naturaleza *sancionadora-educativa* que el resto de los mecanismos de solución que se incluyen en el referido texto legal.

Al hilo de lo comentado, pues, y sin perjuicio de lo que indicaré al referirme al *objeto de la mediación*, debe tenerse en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, los mecanismos interescolares de resolución de conflictos, sobre todo cuando trascienden a las meras conductas disruptivas o de comportamiento o de disfunciones educativas, convirtiéndose en actos agresivos negativos y violentos (incluyendo en este término tanto la *violencia física* como la *violencia psíquica*), la actividad mediadora debe ser matizada.

De nuevo, el trabajo multidisciplinar es imprescindible, pero no concebido a modo de jerarquía piramidal con otras instituciones, sino en respuesta paralela dentro de cada ámbito competencial, sin intentar excluir ninguno de ellos, y sin olvidar la obligación de poner en conocimiento de las autoridades correspondientes (fiscalía y juzgados), todos aquellos hechos cometidos por menores que tengan caracteres delictivos, sin perjuicio de la posible actuación paralela en el ámbito educativo que pueda, posteriormente, en su caso, y atendiendo a la entidad delictiva y circunstancias del menor, procurar una respuesta legal de la Fiscalía en relación con la continuación o no de un proceso penal.

En este sentido, la mayoría de los métodos y programas de mediación escolar tienden a prevenir las conductas violentas²⁶, ya sea entre los propios alumnos o entre éstos y cualesquiera otros miembros o individuos de la comunidad educativa, procurando los mecanismos mínimos necesarios para conseguir las pautas y habilidades culturales y sociales necesarias para su eventual solución al margen

Véase también el RD 732/1995, de 5 de mayo, sobre Derechos y Deberes de los Alumnos y Normas de Convivencia.

²⁵ Se dispone en la referida Exposición de Motivos que “...*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, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución*”.

²⁶ Se ha argumentado en ocasiones que el uso de la mediación escolar en los casos de violencia grave puede no garantizar la implicación del agresor ni su empatía con el proceso, en el que sólo busca ventajas prácticas (como la evitación del “castigo”) o que, en estos casos, se ubica en situación de igualdad a agresores y víctimas, sin tener en cuenta el hecho grave relevante que les hace, de por sí, estar en distintos escalones de exigencia.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

de la agresividad o de la violencia²⁷, pero no tienden a la erradicación de la causa del acaecer violento, que, en muchas ocasiones, puede incluso ser más trascendente que el hecho violento en que se manifestó.

Como veremos, pues, cuando el posible objeto de la mediación escolar son las conductas violentas -ya se denomine *acoso escolar*, o se trate de conductas aisladas o de lo que se ha venido denominando como “micro-violencia”- la actividad mediadora pasa por varios filtros:

- 1) La necesaria intervención de determinadas instituciones estatales y autonómicas y la aplicación de unas reglas predeterminadas.
- 2) La posible compatibilidad de las mismas con otras soluciones mediadas ajenas a la referida institucionalización, en defecto o como complemento de la misma.
- 3) La prevalencia del parámetro preventivo sobre el represivo, sin perjuicio de la actuación individual concreta sobre el sujeto activo por el hecho cometido.
- 4) La consideración del carácter multidisciplinar de la intervención, dentro de cada ámbito competencial, no a modo excluyente o jerárquico, sino de necesaria puesta en conocimiento para la evaluación de la situación y la determinación de la necesidad o no de intervención real en ese campo.
- 5) Compatibilización y diferenciación de la mediación escolar y el régimen disciplinario de los centros educativos de todo tipo.

C. Sujetos de la mediación escolar. Sujetos en conflicto y sujetos del conflicto. Características del agente mediador.

Inicialmente podríamos distinguir entre los **sujetos en conflicto**, esto es, aquellos cuya conflictividad pretende ser mediada; y los **sujetos del conflicto**, esto es, aquellos que participan, en cualquier modo, en el proceso mediador, al margen de los protagonistas.

Centrando el tema en los supuestos de mediación escolar como mecanismo Inter escolar de resolución de conflictos o como método de prevención individual en la evitación de la continuación de uno ya existente, los sujetos del conflicto serían aquellos directamente implicados en el mismo,

²⁷ Leo en un artículo de Merçé Beltrán, en relación con el Decreto de derechos y deberes del alumnado de la Generalitat de Cataluña, que “*la mediación, que no será un paso previo obligatorio en la resolución de problemas, podrá utilizarse como estrategia preventiva en la gestión de conflictos entre miembros de la comunidad escolar, que no están necesariamente tipificados como conductas contrarias o gravemente perjudiciales para la convivencia en el centro. También podrá ofrecerse como estrategia de reconciliación, tras la aplicación de una medida correctora o una sanción, para restablecer la confianza entre los protagonistas del conflicto y dar respuestas para evitar otras soluciones problemáticas*”.³⁷ Son muchos los estudios que avalan la no aplicación de la actividad mediadora en supuestos en los que la base del problema estriba en, por ejemplo, toxicomanías y otras adicciones, maltrato, ausencia de libre consentimiento, disfunciones psíquicas no severas, etc.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

normalmente, menores de edad, y ya sea en conflicto con otros menores o con otros miembros de la comunidad educativa²⁸ (profesores).

En una consideración previa de las partes en conflicto, la **mediación inter pares**, siendo todos menores de edad, sugiere el equilibrio real y jurídico de las voluntades en juego; sin embargo, la actuación mediadora entre diferentes (alumno-adulto), puede suponer una situación de indefensión no sólo teórica, sino también real, en el desarrollo y resolución del proceso, que puede afectar, fundamentalmente, al grado de validez del consentimiento prestado por el menor para el compromiso. Puesto que pueden existir conflictos entre alumnos y profesores, normalmente debe tenderse a la *mediación plural*, en la que estén representados, como agentes mediadores, ambos sectores, pero la razón de ser de esta apreciación estriba más en cuanto al momento de forjar el compromiso mediador que respecto a la actuación mediadora en sí, puesto que lo que se trata de evitar es que la voluntad del adulto se superponga a la del menor a la hora de aceptar el compromiso mediador como método de solución válido.

La edad, como criterio biológico, debe servir para la consideración por el agente mediador de la conveniencia de la aplicación del proceso mediador o no, concretando si el mismo puede llegar a tener un carácter aflictivo o negativo no deseado. Además, la edad deberá ser un dato considerado de forma conjunta, esto es, atendiendo a todos los sujetos en conflicto, pues, de ser elemento distorsionante en alguno de ellos, afectaría a la consideración global positiva de la intervención mediadora y a la eficacia real de la misma.

En cuanto a la capacidad y la representación legal, debe reiterarse lo dicho con anterioridad al hablar de la mediación familiar, debiendo, además, considerarse, que el ejercicio de esa representación legal afectará a menores víctimas y victimarios. A modo de ejemplo, en el caso de que la víctima de un hecho delictivo cometido por un menor fuera también menor de edad, el consentimiento de éste para participar en un proceso mediador deberá ser confirmado por sus representantes legales y puesto en conocimiento del juez de menores²⁹.

Al margen de los anteriores, existen otros intervinientes en el proceso mediador que forman parte necesaria del mismo: **los mediadores o agentes mediadores (o facilitadores)**

El primer problema a plantearse al respecto es **quién es o puede ser mediador escolar**. Si se echa una mirada a los distintos referentes legales en materia de mediación en general y sobre todo de mediación familiar (ya sea a nivel nacional, o de CCAA, como Canarias, Cataluña, Castilla la Mancha, Galicia, Valencia o, recientemente, Baleares)³⁰, se puede observar como a todas ellas es común, cuanto menos, la exigencia de una cierta habilitación legal y preparación a modo de consideración de la capacidad y profesionalidad, -que no profesionalización o profesionalismo³¹ -, para el ejercicio de este

²⁸ Como dice Rita Ojeda Socorro, representante de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias, citada por Beatriz Rabasa Sanchís, en “La conflictividad en los centros docentes y la mediación escolar”, “...*para implantar un proyecto de mediación, toda la comunidad educativa debe estar involucrada...*”.

²⁹ Art. 19.6 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

³⁰ Como ya vimos, los diferentes textos legales autonómicos sobre mediación familiar ya mencionados advernan un cierto carácter profesional de los agentes mediadores, así como restringen el objeto de la posible mediación y las características de los diferentes sujetos implicados.

³¹ Debe evitarse que la mediación escolar sea “ofrecida” como una especie de servicio de posible contratación, y mucho más, que una pretendida “especialización profesional” pretenda monopolizar, en base a este criterio, tan importante actividad.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

tipo de funciones. Ello, que se exige para la mediación familiar en que los posibles conflictos se plantean, generalmente, en supuestos de separaciones y divorcios, en los que las partes controvertidas son mayores de edad, no puede sino exigirse también, y con más énfasis, si cabe, en una materia más concreta, como es la mediación escolar, en la que las partes, -o al menos una de ellas-, son menores de edad.

Al respecto habría que comentar que lo verdaderamente exigible sería, como en el caso de la mediación familiar, la existencia de unos criterios legales de habilitación para el ejercicio de este tipo de funciones, arbitrando los mecanismos jurídicos necesarios para su control y selección, previa acreditación de los conocimientos y aptitudes necesarios para ello. Se trata, simplemente, de someter al control legal la posibilidad de ejercer funciones mediadoras entre menores. No se trata de obviar la capacidad innata de cualquier persona para poder consensuar partes en conflicto, pero sí de hacer ver que la mediación escolar, no es simplemente un complejo teórico sino un instrumento práctico real no ajeno a la consideración de ciertos formalismos, entre ellos, no cabe duda, la delimitación, siquiera sea *a priori*, de la capacidad para llevar a cabo de forma eficaz, el proceso mediador. Por tanto, no toda persona es susceptible de ser considerada mediadora, del mismo modo que ninguna debe excluirse inicialmente. Se trata sólo de considerar la viabilidad de serlo mediante parámetros lógicos, legales y en régimen de igualdad. Tampoco se trata, en modo alguno, de profesionalizar, sino de advenir la capacitación para el desempeño de la labor de mediación.

Asimismo, y dentro de este contexto, habría que distinguir los supuestos de **especialización expresa**, dirigidos a la solución concreta de un conflicto determinado, como la que se corresponde con los supuestos de exigencia de responsabilidad penal de un menor; y de **especialización tácita**, dirigidos a la capacidad para la formación en la solución, esto es, a la especialización formativa en mecanismos mediadores de resolución de conflictos escolares.

De esta misma manera, en el criterio de selección se deberían también incluir parámetros que sirvieran para concretar la conveniencia de que la referida mediación fuera **plural** (varios mediadores) o **singular** (un solo mediador), y, dentro de la primera si tal mediación plural debe ser **compleja** (mediadores de diferente ámbito) o **simple** (mediadores de mismo ámbito), así como cuáles podrían ser los factores fundamentales para determinar si, en el proceso mediador, deben intervenir otros posibles agentes externos.

En cuanto a la posible intervención de **otros agentes** en el proceso mediador, como podrían ser los educadores, el centro escolar o la administración educativa, a través de sus oportunas representaciones, indicar simplemente que, sin perjuicio de las responsabilidades de orden económico que para las mismas pudieran derivarse y que pudieran determinar la necesidad de consenso, su participación concreta en el proceso mediador será contingente, adecuándose, en cada caso, su eventual intervención, a la consideración de la necesidad o pertinencia de la misma³².

Estos otros intervinientes, sin duda, pueden tener un papel importante en el aspecto *formativo* de la mediación, esto es, aquel en el que, al margen de la prevención y de la alternativa a la sanción, busca, a través de la mediación, dejar la impronta en los sujetos en conflicto de las alternativas no

³² Dice José María Avilés Martínez, en su estudio “Intimidación y maltrato entre el alumnado” que “*todos los sectores de la comunidad educativa deben ser escuchados sobre como conciben el proyecto, qué aportaciones pueden hacer a él y cómo quieren participar. Se ha demostrado en muchas investigaciones que se dan mejores resultados en la reducción del acoso escolar cuando toda la comunidad está implicada en la consulta. Estos resultados son más duraderos y satisfactorios cuando especialmente se cuenta con el sector del alumnado en la planificación, puesta en práctica y evaluación*”.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

violentas a la solución de sus discrepancias, no sólo en el momento actual, sino con perspectivas de futuro, mediante el aprendizaje y asimilación de los procesos y compromisos mediadores.

D. El objeto de la mediación escolar.

El segundo aspecto sería la determinación del **objeto de la mediación escolar**, esto es, la **concreción del conflicto**, ya sea real o hipotético, susceptible de posible atención por la actividad mediadora, debe ser objeto de previa determinación, no sólo para apreciar la viabilidad de la eficacia de aquella actuación, sino para concretar si existen criterios legales que determinen la necesidad de intervención de otros agentes institucionales con carácter obligado, y que hagan inicialmente indisponible dicha materia, en los términos que vengo comentando.

Como menciona Nora Femenia³³, *“las causas de los conflictos tienen múltiples raíces, son complejas y pueden ser generadas por muy diferentes causas de hostilidad, pero, por lo general, se pueden encontrar en necesidades básicas sin satisfacer, competencia por recursos limitados y conflictos de valores, todos los cuales resultan en un amplio sufrimiento a nivel personal y social, siendo ese conflicto inherente a la naturaleza humana, no así la violencia como mecanismo de resolución, como ya expliqué. Hoy día, entiendo, la baja tolerancia a la frustración se convierte también en uno de los principales desencadenantes de las conductas violentas, junto con la ociosidad desmedida e incontrolada.*

En el ámbito escolar, deben diferenciarse todas aquellas **conductas meramente disruptivas** o simplemente asociales, o derivadas de la ausencia de adquisición de habilidades sociales de diálogo, o de comportamiento inadecuado o puramente indisciplinarias, o de simple negación del sistema educativo como método de aprendizaje, que sí pueden encontrar amparo en la actividad mediadora sin demasiada oposición, de aquellas otras, que constituyen el principal problema, al **transitar a violentas o agresivas**, ya sean aisladamente consideradas (agresiones, insultos, vejaciones...) o conjuntamente, con afectación de la integridad moral y psíquica del que las sufre (*bullying*). En estas últimas existe un peculiar matiz: su inicial consideración como supuestos de posible infracción penal, lo que necesariamente influirá en la elección de la fórmula adecuada para la solución del conflicto, como se viene comentando. Indicar de nuevo que, en estos casos, y conforme a ciertos criterios doctrinales y legales, estas conductas violentas deben ser objeto de especial consideración en cuanto a las posibilidades de solución mediadora en el ámbito escolar, sin perjuicio de las intervenciones profesionales que fueren necesarias, teniendo en cuenta que si bien todo ello aparece como útil para mejorar el ambiente escolar, la comunicación entre los miembros de la comunidad educativa, la formación integral de los alumnos o la calidad de las relaciones personales y sociales, puede ser necesario evaluar en profundidad su aplicación a ciertos supuestos de actitudes violentas, si bien, se dice, aún en estos casos, sería viable una actividad mediadora a nivel de comunidad educativa, a modo de prevención individual y general de este tipo de conductas.

Existe pues, un proceso previo de selección del objeto de la actividad mediadora que no debe ser ajeno al posible mediador, consistente, fundamentalmente, en definir el tipo de conflicto, discriminando en el mismo las conductas verdaderamente violentas y su diferencia con las conductas simplemente disruptivas y las disfunciones educativas; asimismo, en determinar la posible causa del conflicto y la búsqueda de la adecuación de la relación causa-efecto, y, además, comprometiendo el

³³ Graduada del PARC (Program on Analysis and Resolution of Conflicts, Maxwell School of Citizenship and Public Affairs) Universidad de Syracuse, New York. Dirige también la Web sobre mediación www.intermediacion.com.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

proceso mediador a las fórmulas legales en los casos de conductas susceptibles de infracción penal (delito o falta), concretándose ello en la indisponibilidad del objeto que se deriva del interés público de los sujetos y elementos en juego.

En todo caso, de ninguna manera el agente mediador puede ser quien defina y decida, unilateralmente, si un determinado hecho es o no constitutivo de delito, pues ello quedaría fuera de su ámbito competencial. Como ya se ha comentado, la corrección estribaría en la comunicación simultánea a todos los operadores institucionales implicados, sin perjuicio de las actuaciones simultáneas en materia educativa que pudieran corresponder y que fueren compatibles con las funciones penales, entre otros, de la Fiscalía.

Es asimismo indispensable, antes de procurar una acción mediadora, indagar en las *causas del conflicto*³⁴ el origen del mismo, qué hay detrás, pues, en muchas ocasiones, el problema no estriba en la resolución dialogada del mismo o en la formación para la adquisición de valores que impidan su resolución violenta, sino que lo imprescindible es adivinar y resolver la causa última, (familiar, personal, psíquica...) que constituyeron su verdadero origen, buscando una correcta relación causa-efecto. En ocasiones, incluso, simplemente para evitar un tratamiento equivocado de roles en que el ofendido aparezca como ofensor, o viceversa.

Ya vengo comentando que cuando se habla de mediación escolar, se suele hacer referencia a su aplicación a supuestos de violencia escolar. Y, asimismo, que no es precisamente este ámbito el más adecuado para su puesta en marcha. Así, entre los diferentes supuestos que pueden ser susceptibles de mediación escolar, y sin perjuicio de voces discrepantes ya aludidas, se pueden encontrar aquellas conductas que impliquen algún tipo de infracción penal. Ahora bien, cuando este tipo de conductas repercuten en la necesaria aplicación de la Ley Orgánica 5/2000³⁵, Reguladora de la Responsabilidad

³⁴ Distingue Javier Elzo –Catedrático de Sociología de la Universidad de Deusto- cuatro modalidades de violencia en relación con la escuela: la violencia *interna*, asociada a la masificación, a los problemas inherentes a la propia estructura escolar, a los conflictos entre los objetivos manifiestos y las estructuras latentes del sistema escolar; la violencia *exógena* a la escuela, violencia externa a la escuela, violencia en la sociedad, de la sociedad donde esté ubicada la escuela, y que tiene su traslado con las incidencias presumibles en la propia escuela; la violencia *antiescolar*, a veces como consecuencia de los problemas inherentes a la escuela y que el alumno revierte al centro escolar, en el personal, profesores principalmente, o contra el mobiliario. A veces se ve en la institución escolar, en la obligatoriedad de la presencia en la escuela, el obstáculo para su emancipación o para sus objetivos inmediatos, y recurre a la violencia; y la violencia *identitaria*, también exógena y antiescolar, viendo a la escuela como la institución que les impide crecer y desarrollar su propia identidad colectiva”. En su libro “Los Jóvenes y la Felicidad. ¿Dónde la Buscan? ¿Dónde la Encuentran?” Editorial PPC.

³⁵ El artículo 18 de la citada LO 5/00, habla de “Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar” y dispone en su nº 1 que “*El Ministerio Fiscal podrá desistir especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado*”.

Y el artículo 19 del mismo texto legal lleva por rótulo “*Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima*”, disponiendo que:

“1. 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” (hoy delito leve)

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Penal de los Menores, ello no significa que la actuación mediadora esté ausente en modo alguno, pues es precisamente dicha norma la que contiene numerosas fórmulas de lo que se denominan supuestos de **“terminación extrajudicial del proceso”**, que reconocen el uso de acciones mediadoras y conciliadoras como suficientes para la consideración del reproche social de la conducta delictiva del menor⁴⁷. Lo que ocurre, es que llegado el caso de someter a la consideración mediadora las conductas violentas acaecidas en el ámbito escolar, es necesaria la intervención de determinados órganos e instituciones que la propia norma determina, y así, el Ministerio Fiscal, los Equipos Técnicos, los Juzgados de Menores, o la administración competente para la ejecución de las medidas o la actividad mediadora, o incluso, de ser menor de catorce años el presunto responsable, la intervención de la entidad pública competente en materia de protección de menores³⁶.

A título de ejemplo, y por delante siempre la consideración de la Ley 5/2000 como instrumento sancionador-educativo (así se menciona su propia Exposición de Motivos) han de mencionarse los **supuestos de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo o familiar, previstos en el art. 18 de la Ley citada, o las conciliaciones o reparaciones indirectas del art. 19, o los supuestos de terminación extrajudicial previstos en el art. 27.4, todos del mismo texto legal.**

Ello no significa que otras actuaciones mediadoras vean acotadas sus posibilidades de intervención, pero sí que estarán supeditadas a que así se haya determinado como fórmula de terminación correcta del proceso de exigencia de responsabilidad penal del menor, ya sea por sí mismo o como contenido de la sanción (medida) impuesta a aquel. Del mismo modo, nada impedirá que otras actividades mediadoras voluntariamente consentidas por los sujetos en conflicto puedan llevarse a cabo simultánea o sucesivamente, pero, eso sí, **teniendo en consideración que el objeto de este proceso mediador ya no es de libre disposición por los mismos**, en cuanto no es evitable el encuentro con las instituciones mencionadas y con lo que las mismas puedan acordar o decidir. Ello no es sino una manifestación más del necesario carácter colaborador y multidisciplinar que deben tener las diferentes soluciones del conflicto escolar severo.

Asimismo, es necesario recordar que todo ello es consecuencia del **interés público** que se encuentra en el trasfondo de la materia que tratamos, y que aquí, es doble, por un lado, el que deviene de los propios sujetos implicados: menores; y, por otro, el que surge del objeto que les vincula: las conductas susceptibles de implicación en responsabilidad penal.

A modo de ejemplo, finalmente, mencionar que la búsqueda del respeto a los derechos de los sujetos de la mediación se recogen también en textos internacionales, así, entre otros, la Convención de los Derechos del Niño, en su art. 40.3 b), y en relación con el tratamiento de los menores incurso en posibles responsabilidades penales, ya dispone que *“siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”*.

E. Consideraciones finales respecto de la mediación escolar.

De lo expuesto, se podría concluir brevemente que:

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

- 1.- La **mediación escolar** mantiene, con la mediación en general, algunos aspectos comunes, como el carácter voluntario, pero se diferencia de aquella en otros muchos, de tal calado, - como la capacidad de los sujetos o el interés público del objeto-, que la convierten no en una especie del género mediación, sino en un **género de mediación en sí misma**.
- 2.- La mediación escolar supone una **intervención metodológica técnica que no puede ser ajena a ciertos rigores jurídicos**, tanto en lo relativo a los sujetos que puedan ser destinatarios o promotores de la misma, como en lo referente a su objeto o contenido y a sus posibilidades de ejecución o realización efectiva.
- 3.- Respecto de los **sujetos** deben considerarse, especialmente, su capacidad real y jurídica, tanto para someterse al proceso mediador como para comprender su alcance, evitando todo condicionamiento que pueda invalidar el mismo.
- 4.- Asimismo, se hace necesaria la exigencia de una **regulación legal de la figura del mediador escolar**, que, al igual que respecto de otros supuestos de mediación, permita la consideración previa de las aptitudes necesarias para el desempeño de esta actividad y delimite el alcance, contenido y requisitos de tal figura.
- 5.- En relación con el **objeto** de la intervención mediadora, debe considerarse la especialidad de los supuestos de violencia en el ámbito escolar, en cuanto estos repercuten en la necesaria intervención de determinados organismos e instituciones públicas, y con el fin de determinar la posible aplicación de otros mecanismos mediadores y su compatibilidad con los legalmente indicados para tales supuestos.
- 6.- La **voluntariedad del compromiso** del menor para aceptar el proceso mediador, y su mantenimiento, se convierte en la pieza angular sobre la que se sustenta la posible aplicación práctica de los resultados obtenidos.
- 7.- En materia de mediación escolar, como en cualquier otra en que existan menores implicados, el **Ministerio Fiscal** debe ser institución básica, en función de los cometidos constitucionales y legales que se le encomiendan tanto en materia de reforma como de protección de menores, y no sólo desde el punto de vista meramente legal y formal, sino, también, en el colaborador y de asistencia, dentro de sus competencias, correspondiente al carácter multidisciplinar que la solución de la materia exige, siendo necesario recordar la necesidad de poner en conocimiento del MF todas aquellas actuaciones relacionadas con menores que puedan suponer una impetración ante los órganos judiciales de las actuaciones procesales necesarias para la salvaguarda de algún derecho de los mismos; para el requerimiento a la administración correspondiente de la implementación o reconocimiento de dicho derecho, o, especialmente, ante la existencia de hechos de cualquier tipo que puedan tener la consideración de delito.

IV.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN RELACIÓN CON LA “MEDIACIÓN PENAL”. FORMULAS DE TERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DEL CONFLICTO³⁷.

A. Regulación normativa.-

³⁷ Véanse el Manual de Justicia Restaurativa de UN https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf y el Modelo de Protocolo para la práctica de la Justicia Juvenil Restaurativa en los Ministerios Públicos de la AIAMP https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2021/09/Herramienta_63_4.pdf

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

En este último estadio del estudio de la mediación relacionada con menores de edad, es donde menos problemas de falta de concreción se plantean, pues la propia dinámica de los procesos penales, con su detallada regulación, dejan poco margen de duda a las preguntas que, en los dos casos anteriores, nos hemos venido formulando.

Además, ya hemos comentado como este tipo de mediación tiene conexión estrecha con otras, como la mediación escolar en algunos casos.

La definición, contenido, agentes intervinientes y forma la forma, ejecución y consecuencias de la mediación penal, se recogen, de manera específica, fundamentalmente, en los siguientes preceptos que se transcriben a continuación³⁸:

Artículo 19 de la LO 5/00, de 13 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, el cual, con el título de “Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre menor y la víctima” dispone:

1. 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.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquellos 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.

Cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad.

3. 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.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

³⁸ No olvidemos tampoco los contenidos de los arts. 18 LORPM (desistimiento por corrección en el ámbito educativo o familiar); art. 27.4, en cuanto a las posibilidades de no continuación del procedimiento penal por suficiente reproche con actuaciones ya practicadas o por el tiempo transcurrido que hace innecesaria ya una intervención con el menor; o las posibilidades de conciliación posterior a sentencia (art. 51 LORPM). (en este sentido, en el Modelo de Protocolo para la práctica de la Justicia Juvenil Restaurativa en los Ministerios Públicos de la AIAMP se dice que: Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional).

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

6. *En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.*

Y en el **artículo 5 de su Reglamento aprobado por RD 1774/04 de 30 de julio**, el cual establece, en relación con el modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales, que expone:

Modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales.

1. *En el supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se procederá del siguiente modo:*

a) *Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima.*

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

c) *El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oír a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales.*

Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero.

d) *El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia.*

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

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

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

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

2. *Si, conforme a lo previsto en el artículo 27.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el equipo técnico considera conveniente que el menor efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, informará de tal extremo al Ministerio Fiscal y al letrado del menor. Si este apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la solución extrajudicial más adecuada y se seguirán los trámites previstos en el apartado anterior.*

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

3. Lo dispuesto en este artículo podrá ser aplicable al procedimiento de mediación previsto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, sin perjuicio de la competencia de la entidad pública y de lo dispuesto en el artículo 15 de este reglamento. Las referencias al equipo técnico hechas en este artículo se entenderán efectuadas a la entidad pública cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.7 de este reglamento, dicha entidad realice las funciones de mediación.

Una de las cuestiones esenciales es **no confundir todas estas actuaciones mediadoras legales contenidas en la legislación sobre responsabilidad penal del menor con cualesquiera otras actuaciones que puedan tener como finalidad la consecución de un efecto positivo para la resolución y para la investigación de un proceso penal por un hecho delictivo**. Por lo tanto, nada tiene que ver, en relación con la cuestión planteada, aunque sí puede tener incidencia para la toma de decisión final, actuaciones como, por ejemplo, las policiales investigadoras que tiendan a conseguir la recuperación de efectos sustraídos o la protección de una víctima o las facilitadoras de la admisión de determinados hechos, así como tampoco aquellas actuaciones paralelas como las referidas en el ámbito educativo o en el ámbito familiar o social que tengan como fin precisamente la recuperación social del menor en otros aspectos distintos a los exigibles como consecuencia del reproche penal de su conducta.

Como ya se dijo con anterioridad nos encontramos en todo caso ante un proceso multidisciplinar en el que no es necesaria la exclusión de ninguna de las posibilidades de intervención, sino el trabajo paralelo de todas y cada una de ellas, no tanto para determinar la necesidad de intervenir en todos los aspectos o campos sino precisamente para poder decidir si esa intervención es o no necesaria en unos u otros. En base a esto, cualesquiera otras actuaciones que tiendan a la obtención provechosa de beneficios tanto para el menor como para la víctima dirigidas a reconfortar la situación individual y social de unas y otras, pueden servir para configurar la decisión final por parte de la Fiscalía o del juzgado de la necesidad o no de continuar con el proceso penal en marcha.

Se trata pues de tener en cuenta que **las soluciones extrajudiciales en el ámbito de los procesos penales de menores no son nunca ajenas a este propio proceso penal**³⁹ sino que o bien se llevan a cabo como parte del mismo con suspensión de otros aspectos más gravosos o bien sirven para tenerlas posteriormente en cuenta a la hora de configurar o no la necesidad de la continuación de ese proceso penal.

Es claro que las Reglas de Beijing, por ejemplo, señalan que *se examinará la posibilidad, cuando proceda, 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), pero ello no puede tener un encaje literal en nuestro ordenamiento jurídico en tanto supondría una contradicción con el sistema penal existente y las competencias de las autoridades encargadas de ello. Como hemos comentado, ello debe entenderse en el sentido de saber que es posible que desde el proceso iniciado se valoren y establezcan alternativas a la obligatoria continuación del proceso judicial como único, pero permitiendo que después se lleve a cabo una valoración del proceso mediador extrapenal que permita indicar que, efectivamente, los objetivos cumplidos han servido para el objetivo propuesto y no es necesario continuar con aquel.

³⁹ En el Modelo de Protocolo para la práctica de la Justicia Juvenil Restaurativa en los Ministerios Públicos de la AIAMP se expone “**Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos**”.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Es posible que a veces parezca solo una cuestión formal, pero es esencial no olvidarla, pues tiene que llevar como conclusión que no es posible una solución mediadora ajena a la propia consideración de la existencia de un proceso penal ya sea para que este se culmine o ya sea para que en este se determine si todo aquello otro que se ha hecho externamente cumple con las necesidades específicas de reproche que la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor exige que se cumpla. En este punto por tanto no se puede hablar con carácter absoluto de alternativas a la resolución judicial de conflictos sino de alternativas para la evitación de la decisión final de la resolución judicial del conflicto, lo cual nunca puede ocurrir al margen del proceso.

Además de lo expuesto, es evidente que **existen múltiples conceptos y fórmulas jurídicas plenamente relacionables con la justicia restaurativa en general**, y que se cumplen en la legislación española con bastante rigor. Así:

- **Despenalización de delitos leves:** como ya hemos comentado, la levedad de la conducta, junto con la primariedad delictiva, así como la falta de violencia o intimidación, son elementos esenciales para la aplicación potencial de las fórmulas de solución extrajudicial del conflicto en la LORPM.
- **Principio de oportunidad.**
- **No penalización de delitos por razón de su condición personal**, entre los que habría que destacar los actos sexuales consensuados entre personas menores de edad (véase art. 183 *quater* CP español)
- **Medidas extrajudiciales que disponibles durante todo el proceso.**
- **Fórmulas jurídicas que permiten poner fin a un procedimiento ya iniciado formalmente** sin necesidad de llegar al dictado de una sentencia. Entre ellas podrían incluirse medidas como la conciliación, la reparación directa o indirecta, la mediación, la suspensión del proceso, las condiciones de las medidas en medio abierto, entre otras.
- **Juicios de conformidad.**
- **Beneficios procesales del reconocimiento de hechos.**
- **Etc....**

Hecho este inciso, la especificidad del tema que nos ocupa en este trabajo hace que no se trate de desarrollar la mediación penal con menores en profundidad, por lo que me ocuparé, fundamentalmente, de aquellos puntos relativos a la formación y al desarrollo del proceso mediador con mayor incidencia en el hecho de la condición de menor de los intervinientes en el mismo. En este sentido, los **principales puntos de discusión** serían los siguientes:

B. Algunas especialidades generales de la mediación penal.-

Una de las principales diferencias de la mediación penal con el resto de las posibilidades mediadoras antes referidas, es que el conflicto, en aquella, viene configurado por la presunta existencia de una infracción penal, y esto implica una doble consideración no menos importante: por una lado, que en cuanto presunción, **todavía no ha surgido una verdadera causa por la que el menor deba someterse a proceso alguno**, ni siquiera de carácter menos gravoso, como podría ser la mediación, y segundo, que en el ámbito de la LO 5/00, el hecho mismo de la aceptación, sometimiento y desarrollo de la mediación, puede suponer, y de hecho supone, **un adelanto de actos del menor, que, de otro modo, no hubiera estado obligado a cumplir** sino tras la existencia de una sentencia condenatoria firme, pues, también a diferencia de los procesos mediadores como el familiar o el escolar, la mediación penal no consiste sólo en la búsqueda del acercamiento asertivo de las partes en conflicto para la

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

obtención de una solución consensuada, sino, también, en el cumplimiento efectivo de determinadas acciones⁴⁰ por parte del menor como mecanismo, por un lado, de evitación de la continuación del proceso penal, y, por otro, como mecanismo de satisfacción de la víctima o perjudicado, aceptado por estos.

Como consecuencia de lo anterior, y sin perjuicio de tener que concurrir, evidentemente, los requisitos formales previstos en el art. 19 de la LO 5/00 para poder iniciar el proceso mediador, lo cual no es objeto de discusión en el presente trabajo, el hecho de la existencia de un posible ulterior proceso penal tendente a la sentencia, no puede ser usado como mecanismo de “presión” para intentar “forzar” el proceso mediador, pues el carácter voluntario a su sometimiento no desaparece en la mediación penal. En la misma dirección, pero en el sentido contrario, tampoco debe admitirse la mediación penal cuando la misma es aceptada por el menor solo para intentar evitar un posterior proceso penal más gravoso, pues, del mismo modo que en caso anterior, desaparecería otro de los principales objetivos de la mediación: su carácter no condicionado.

Por lo tanto, y en este primer acercamiento a la formación del objeto del conflicto y sujetos intervinientes **no se deben confundir recomendación y condicionamiento, ni mediación con mediatización.**

También a diferencia de otros mecanismos de mediación, el consenso entre las partes y la total disponibilidad sobre los términos y el desarrollo de la misma, no es tal, pues, al estar condicionada por el hecho penal, la ley permite su **culminación positiva incluso sin la participación de una de las partes (víctima o perjudicado)** si se entiende que la conducta obstativa de ésta carece de justificación, circunstancia que, sin embargo, haría inviable la obtención de un consenso válido en un supuesto de mediación familiar, por ejemplo. La legislación penal en este sentido distingue bien entre la **reparación directa y la indirecta**, admitiendo como válida tanto la que procura fundamentalmente la satisfacción del interés personal de la víctima como la que, aún sin la participación de estos⁴¹, procura y consigue la satisfacción del interés social mediante el sólo reproche formal y aceptado del menor infractor.

No debemos olvidar, en modo alguno, que no encontramos, a diferencia de otros supuestos de mediación, en el ámbito del Derecho Público, y no del Derecho Privado.

Además, debemos recordar que, en relación con la determinación de una de las partes intervinientes, la condición de víctima y perjudicado deben ser coincidentes. Sólo el directamente afectado por los hechos delictivos puede posteriormente ser parte en el hipotético proceso mediador que se llevara a cabo. Otros perjudicados o afectados, sin perjuicio de los compromisos particulares que se pudieran admitir al respecto, no pueden ser considerados válidos a efectos de la correcta formación del proceso mediador.

⁴⁰ “...o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe” menciona el art. 19.1 LO 5/00, o “...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”. (art. 19.2 del mismo texto legal).

⁴¹ El art. 19.4 de la LO 5/00 dispone que “Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. Entre esas causas ajenas se encuentra también la no aceptación sin causa por parte del perjudicado, del proceso mediador.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Y, por supuesto, tal formación puede venir condicionada por la disparidad de partes, esto es, puede ocurrir que haya varias partes en conflicto como posibilidades matemáticas de combinación haya atendido al número de menores infractores y/o de víctimas o perjudicados. Ello tampoco es baladí. Pensemos en que, por un mismo hecho penal cometido con un menor contra varios perjudicados, el consenso es posible con unos sí y otros no, o que, por el lado contrario, siendo varios menores infractores, todos menos unos logran ese contexto de consenso. En ambos casos se plantean problemas jurídicos de diferente calado, como la necesidad o no de continuar con el proceso penal o la posible discriminación de continuarlo para unos menores sí y otros no, pero, en todo caso, lo que pretende ponerse de manifiesto es que en los supuestos de mediación penal, las posibilidades plurales de intervención interfieren, necesariamente, en una decisión y actitud que, en otros contextos mediadores, impediría su formal continuación o supondría la invasión del carácter voluntario e individualizado del proceso.

C. Capacidad del menor.

Al hablar de otros supuestos de mediación ya he hecho alusión con carácter general a esta cuestión, aunque podríamos hacer aun algunas matizaciones.

Curiosamente, todas las dificultades que jurídicamente existen en los supuestos de mediación familiar y de mediación escolar respecto de la capacidad del menor infractor para comprometerse al proceso mediador, desaparecen en la mediación penal. Todo menor infractor que se encuentre en la franja legal para ello, puede admitir el compromiso, sin que ello suponga la necesidad previa de valoración general de su capacidad, con independencia de la que se pueda realizar por los profesionales sobre su participación concreta en un supuesto específico.

En relación con el menor víctima/perjudicado, sin embargo, la propia LO 5/00 determina que *“6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores”*.

En relación con esto, se dan, sin embargo, por reproducidos los comentarios efectuados *ut supra* respecto de la capacidad de menor, límites a la representación legal de quienes ostentan la patria potestad y posibilidad de conflictos de intereses entre el menor víctima/perjudicado y sus representantes legales.

De especial importancia también, referir en este apartado, por un lado, las posibilidades mediadoras que se deduzcan y deban llevar a cabo las entidades públicas competentes en materia de protección de menores respecto de los **menores de 14 años** exentos de responsabilidad penal, pues también surgen de un inicial expediente penal de necesario archivo conforme al art. 3⁴² de la LORPM, exigente de las formalidades que en el mismo se exponen y del seguimiento posterior por el MF.

⁴² Régimen de los menores de catorce años.

“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 pública 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”.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

Por otro, la necesaria especial consideración de la aplicación de tales soluciones extrajudiciales a los **mayores de edad que cometieron hechos delictivos cuando eran menores**, pero se ven en la edad adulta sometidos a la respuesta penal.

D. Conciliación y reparación como fórmulas de mediación.

Debemos también comentar que el concepto de mediación que se maneja en el campo penal, permite desde la fórmula más sencilla del mecanismo de disculpa y aceptación de disculpas entre las partes intervinientes, hasta la más elaborada de actuación concreta del menor mediante la realización de actuaciones en beneficio de la propia víctima o perjudicado o de la comunidad en general, e, incluso, la realización de actuaciones, como prestaciones de servicios o tareas, no muy diferentes, en verdad, a las que tendría que llevar a cabo de serles impuestas en una sentencia condenatoria, lo cual podría, en caso de tener que continuar posteriormente la tramitación del expediente y resultare una sentencia condenatoria por los mismos hechos, provocar problemas de colisión con el principio de “*ne bis in idem*”⁴³.

Recordemos, en este sentido, el contenido del art. 19.2 de la LO 5/00, cuando establece que “*A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y 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*”.

Esta disparidad de posibilidades puede provocar, también, una consideración de las diferentes opciones como fórmulas alternativas excluyentes, y así, la existencia de una conciliación externa y acreditada entre el menor infractor y la víctima puede provocar la eliminación de la búsqueda de otra solución mediada que los agentes intervinientes en el proceso hubieran considerado *prima facie* más adecuada a las necesidades e interés del menor.

La especialidad de la mediación penal a que venimos refiriéndonos podría incluso llegar a la consideración como tal de otros supuestos contenidos en la LO 5/00, no definidos como tales, y así, los del art. 27.4 del mismo texto legal que dispone que “*Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor*”.

⁴³ Del mismo modo podríamos preguntarnos qué consideración jurídica habría que darle a la manifestación de un menor infractor que, en un proceso de mediación, reconoce los hechos delictivos que se imputan, y que, sin embargo, posteriormente, debe verse sometido al proceso penal por incumplir el compromiso mediador adquirido.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

E. Objeto del conflicto.

En estos supuestos, el objeto del conflicto viene muy claramente determinado por el hecho delictivo, y más en concreto, como se establece en el propio texto normativo, “...cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta” (hoy delito leve) y en atención, “...de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos”.

Sin embargo, y esto es la práctica habitual, el verdadero objeto lo compone la posible responsabilidad civil derivada del hecho delictivo, pretendiéndose convertir el proceso mediador, o las posibilidades de aceptación del mismo por la víctima/perjudicado al condicionante previo del abono de las cantidades que se pudieran derivar de la infracción penal.

Sin perjuicio de que, evidentemente, la **satisfacción económica del perjudicado** tiene trascendental importancia, el dejar al albur de la misma el compromiso mediador, supone la desvirtuar totalmente el proceso⁴⁴, tanto si ello llega a hacerse efectivo (pues en estos casos el perjudicado tiende a relativizar lo importante, que es el hecho delictivo), como si no se llega a hacer compensación económica alguna en ese momento, pues en este caso, la negativa se convierte en condicionante o medio de presión para un compromiso que tiene, o debería tener, como premisa básica, una voluntad de consenso ajena al ámbito puramente económico, en la búsqueda del interés del menor.

Se trata, sin duda, de un esfuerzo añadido para la víctima/perjudicado, pero es necesario hacer ver que el compromiso que se adquiere con su participación en el proceso de mediación es en beneficio del menor infractor, y que ello no empece ni elimina sus posibilidades legales de obtención de la oportuna compensación indemnizatoria, pero no es el momento de la mediación el adecuado para ello, ni es la finalidad del mismo.

Del mismo modo debe hacerse ver al menor infractor. Otra visión supondría hacerle creer al mismo que la mediación no es sólo un proceso en que el mismo se compromete a pagar al perjudicado una determinada cantidad, que luego no cumplirá y que, además, a los que verdaderamente estará comprometiendo es a sus padres o representantes legales, o, incluso, otros posibles responsables civiles solidarios y subsidiarios⁴⁵, que, en modo alguno han participado de ese consenso y que además, no podrán verse obligados a un pago por el que no han sido formalmente condenados y que además, no deriva, aún de una sentencia que advere la premisa previa necesaria para la existencia de responsabilidad civil *ex delicto*, que es, obviamente, el propio delito.

⁴⁴ El artículo 19.2 in fine dispone que “*Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil*”.

⁴⁵ En este sentido, el art. 61.3 de la LO 5/00: “*Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos*” y los arts. 62 y 63 del mismo texto legal que establecen que “*La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente*”.

“*Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda*”

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

F. Cumplimiento de la mediación.

En relación con este aspecto, también el texto aparece claro en cuanto a las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento del mismo en los n° 4 y 5 del artículo 19⁴⁶, cuando establecen que *“Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado”* y que *“En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente”*.

Asimismo el art. 5.1. letra f) del Reglamento dispone que *“No siendo posible la conciliación o la reparación directa o social, o cuando el equipo técnico lo considere más adecuado al interés del menor, propondrá a este la realización de tareas socioeducativas o la prestación de servicios en beneficio de la comunidad”*.

Este último precepto, si bien no es el lugar para su desarrollo, plantea ciertas dudas de constitucionalidad, al hablar de verdaderas medidas penales (como lo son las tareas socio educativas o las prestaciones de servicios en beneficio de la comunidad) como susceptibles de ser propuestas y cumplidas sin la necesaria previa exigencia de las mismas en un proceso penal donde la presunción de inocencia quedara, definitivamente, desvirtuada.

Y, además, propone las mismas como mecanismo subsidiario o alternativo al que sería el verdadero proceso mediador, y sin embargo, parece concebirlo en su espíritu como parte del mismo.

G. Posibilidades conciliadoras y delitos contra la libertad sexual y violencia de género.-

El párrafo segundo del artículo 19.2 de la LORPM, modificado por la LO 10/22 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, limita ahora las posibilidades de aceptación individual de un compromiso mediador del menor, al exponer que: *“Cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad”*.

H. Otros posibles intervinientes.-

Las dudas sobre el agente mediador no son tampoco significativas en este aspecto, por cuanto la concreción de los profesionales intervinientes en cada momento del proceso, conforme a los artículos 19 de la LO 5/00 y 5 del Reglamento es lo suficientemente detallada como para dejar márgenes de duda.

Sin embargo, podemos hacer algunas puntualizaciones sobre la posible intervención de otros agentes:

⁴⁶ Recuérdense las consideraciones hechas, sin embargo, en lo relativo a la posible afectación del principio *“ne bis in idem”*.

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

- **Abogados del menor y de la acusación particular.** El artículo 5.1 a) del Reglamento dispone que: *“Si el Ministerio Fiscal, a la vista de las circunstancias concurrentes o a instancia del letrado del menor, apreciara la posibilidad de desistir de la continuación del expediente, solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y al de la víctima”*. En primer lugar, pues, es necesario concordar la posibilidad de que le letrado del menor inste la posibilidad de inicio de un proceso de mediación.

Debemos entender, por otro lado, que tal posibilidad debe concederse también al letrado de la acusación particular, si existiere, pues, si bien el Reglamento no se expresa al respecto, ello parece deducirse del propio contenido del elenco de facultades que se disponen para la acusación particular en el art. 25 de la LO 5/00, y del hecho fundamental de estar representando, precisamente, al perjudicado por el hecho delictivo, parte fundamental en el desarrollo del proceso mediador que surge. Del mismo modo, cuando el artículo 5.1 letra b) del mismo texto legal establece que *“Recibida la solicitud por el equipo técnico, citará a su presencia al menor, a sus representantes legales y a su letrado defensor”*, se está haciendo constar la necesaria participación del letrado en la inicial fase del proceso mediador, si bien, teniendo en cuenta que sus funciones al respecto no deben perder su normal consideración de asesoramiento jurídico, sin trasladarse a la órbita de sustituir la voluntariedad y el compromiso de las partes al sometimiento, participación en la mediación. Asimismo, es posible entender que esta inicial participación del letrado en la formación del contenido de la mediación y de la viabilidad del compromiso, no debe extenderse al marco del desarrollo del proceso mediador en sentido estricto, salvo que surgieren situaciones de marcado carácter jurídico que así lo indicaren y estuvieren reflejadas en la normativa al respecto. En este sentido parece que se explica el art. 5.1. c) inciso primero del Reglamento, al hablar de la audiencia del letrado del menor, en los siguientes términos: *“El equipo técnico expondrá al menor la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y oír a sus representantes legales. Si, con audiencia de su letrado, el menor aceptara alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales”*. No parece que tal precepto confiera carácter decisorio al letrado sobre la viabilidad del compromiso mediador, sobre todo cuando, inmediatamente después, el inciso segundo del mismo artículo habla sólo del menor y de sus representantes legales como necesario para tal conformación legal, de la siguiente manera: *“Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”*. Del mismo modo, en relación con una hipotética intervención del letrado de la acusación particular. En este sentido, el artículo 5.1 letras d) y e), mencionan que: *“El equipo técnico se pondrá en contacto con la víctima para que manifieste su conformidad o disconformidad a participar en un procedimiento de mediación, ya sea a través de comparecencia personal ante el equipo técnico, ya sea por cualquier otro medio que permita dejar constancia”*. *“Si la víctima fuese menor de edad o incapaz, este consentimiento deberá ser confirmado por sus representantes legales y ser puesto en conocimiento del juez de menores competente”*, *“Si la víctima se mostrase conforme a participar en la mediación, el equipo técnico citará a ambos a un encuentro para concretar los acuerdos de conciliación o reparación. No obstante, la conciliación y la reparación también podrán llevarse a cabo sin encuentro, a petición de la víctima, por cualquier otro medio que permita dejar constancia de los acuerdos”*.

- **Policías tutores o referentes.** Sin perjuicio de las múltiples funciones propias de estos agentes locales y del constante buen hacer de los mismos en materia de menores, así como los

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

positivos resultados de algunas labores intermediadoras (no confundibles con mediaciones legales) con menores y familias, se debe evitar concebir a los dichos agentes de la autoridad como especialmente investidos de competencias para poder obtener soluciones legales consensuadas en conflictos en los que se encuentran involucrados menores edad, y, sobre todo, hay que evitar la consideración de la existencia de una hipotética habilitación legal para poder exigir a un menor el cumplimiento de actividades como compensación particular o social tras la comisión de un presunto delito, pues, tales competencias pasan siempre por la aplicación de la normas de la LO 5/00 y la necesaria intervención de los profesionales que la misma indica para la adecuación a derecho de un hipotético proceso mediador. Así, cuando el art. 53.1. letra i) de la LO 2/86 de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dispone, respecto de las funciones de la Policía Local, que entre las funciones de sus agentes está la de “cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello”, no se está refiriendo, en modo alguno, a una atribución legal para la gestión definitiva de conflictos que, aún en su vertiente consensuada, está reservada su promoción, desarrollo y ejecución, a otros profesionales e instituciones.

I. Momento de la conciliación como supuesto de mediación.

Al respecto, mencionar por el momento que, en primer lugar, hay que concebir la conciliación como un verdadero criterio de mediador ajeno a la búsqueda de eliminación de situaciones más comprometidas para el menor, y, en segundo lugar, que puede darse, como dice el art. 51.3 de la Ley en el art. 5.3 del Reglamento, en momentos posteriores, y así:

“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”(art. 51.3 LO 5/00).

El artículo 5.3 del Reglamento establece que “Lo dispuesto en este artículo podrá ser aplicable al procedimiento de mediación previsto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, sin perjuicio de la competencia de la entidad pública y de lo dispuesto en el artículo 15 de este reglamento. Las referencias al equipo técnico hechas en este artículo se entenderán efectuadas a la entidad pública cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.7 de este reglamento, dicha entidad realice las funciones de mediación”.

Y, finalmente, el art. 15 del mismo texto legal prescribe que : *1.-Si durante la ejecución de la medida el menor manifestara su voluntad de conciliarse con la víctima o perjudicado, o de repararles por el daño causado, la entidad pública informará al juzgado de menores y al Ministerio Fiscal de dicha circunstancia, realizará las funciones de mediación correspondientes entre el menor y la víctima e informará de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento al juez y al Ministerio Fiscal, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Si la víctima fuera menor, deberá recabarse autorización del juez de menores en los términos del artículo*

J. Ejecución del compromiso.

La intervención mediadora, como he venido apuntando, viene siempre condicionada por su carácter voluntario, y así pues, la negación posterior del consentimiento, el rechazo tácito o expreso al compromiso o al proceso mediador en cualquier momento, vendrá condicionado por la no obligatoriedad de los acuerdos o soluciones avanzados o de las pautas ya adquiridas, lo que tampoco ha de suponer pues, responsabilidad alguna ante tales omisiones. Tal circunstancia, sin embargo, no concurre en los supuestos de aplicación de la ley penal del menor, en la que, la no realización del compromiso adquirido puede suponer la continuidad del proceso sancionador, aunque, no necesariamente para la imposición de una medida coercitiva, sino en la búsqueda de la alternativa más favorable al interés superior del menor.

Y es también necesario apuntar que, siendo la voluntariedad del compromiso pieza clave de la actividad mediadora, la misma no debe estar condicionada a ningún otro aspecto que pueda devenir en una inadecuada aceptación de la misma, y, por tanto, de su resultado. Se trataría pues de evitar la *mediatización* en el proceso mediador. Es decir, el proceso mediador debe buscar un compromiso no interesado, una verdadera funcionalidad práctica del mismo ajena a la evitación de otras posibles alternativas. El proceso mediador no debe ser usado como condición para la evitación de otros procesos más gravosos, quizás, para el menor, como el disciplinario o el penal en sentido estricto.

K. Consideraciones finales respecto de la mediación penal con menores.

- a) Las **fórmulas mediadoras de terminación extrajudicial** de un proceso penal por delito seguido contra un menor se encuentran **reguladas y definidas en la LORPM y su Reglamento**, y suponen siempre una alternativa a su resolución por sentencia que no excluye, sin embargo, que la decisión final sobre su eficacia o no deba realizarse en la fase correspondiente del propio proceso penal. **Extrajudicial no significa extraprocesal.**
- b) Ello supone también la necesidad de **no confundir las actuaciones mediadoras legales contenidas en la legislación sobre responsabilidad penal del menor con cualesquiera otras actuaciones** que puedan tener como finalidad la consecución de un efecto positivo para la resolución y para la investigación de un proceso penal por un hecho delictivo, **sin perjuicio de su atención y evaluación para la toma de decisión final.**
- c) En estos procesos debe tenerse muy en cuenta **no afrentar la presunción de inocencia del menor y evitar al mediatización** del proceso mediador.
- d) La **capacidad de compromiso y sometimiento** a este tipo de recursos alternativos **no está limitada por la minoría de edad**, siempre ajustada a la edad penal exigida. En el caso de los menores víctimas En relación con el menor víctima/perjudicado, sin embargo, la propia LO 5/00 determina que “...*el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores*”. En este sentido, es necesario también evaluar la eficacia de la **actuación mediadora en los casos de mayores de edad procesados por delitos cometidos cuando eran menores.**
- e) Debe destacarse igualmente la necesidad del contexto procesal citado cuando se trate de **menores de 14 años**, exento de responsabilidad penal, y en relación con las actuaciones a seguir con el mismo por la entidad pública conforme al art. 3 de la LORPM.
- f) En los procesos mediadores penales con menores, el **interés público** supone un factor de necesaria intervención institucional específica, siendo la sociedad en general una virtual

**MEDIACIÓN y OTRAS ACTUACIONES ALTERNATIVAS AL PROCESO JUDICIAL CON MENORES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR**

límites jurídicos para su aplicación

Autor: José Díaz Cappa. Fiscal.

@copyright

parte del proceso conciliador que permitiría su finalización positiva incluso ante negativas injustificadas de la víctima o perjudicados (reparaciones directas e indirectas)

- g) Ese interés público supone, a su vez, varias consideraciones: se trata de una **mediación con una parte indefinida (la Sociedad)**; supone la intervención obligatoria de **instituciones y agentes mediadores previamente establecidos**; tiene, asimismo, un marcado **carácter reglado**.
- h) Es trascendental en esta materia la implementación de **actuaciones mediadoras con menores víctimas** de delitos cometidos también con menores⁴⁷.
- i) Que en los casos de **delitos contra la libertad sexual o violencia de género** “*Cuando la medida sea consecuencia de la comisión de alguno de los delitos tipificados en los Capítulos I y II del Título VIII del Código Penal, o estén relacionados con la violencia de género, no tendrá efecto de conciliación, a menos que la víctima lo solicite expresamente y que el menor, además, haya realizado la medida accesoria de educación sexual y de educación para la igualdad*”.
- j) Las **consecuencias económicas del proceso penal** no pueden ser la base ni la finalidad del proceso mediador, sin perjuicio de la incidencia que pueda tener en el resultado final del mismo.
- k) Los **operadores intervinientes** en el proceso de mediación han de ser los específicamente habilidades para ello.
- l) Nunca se debe perder de vista que el conflicto en los casos de responsabilidad penal nace de la comisión de un hecho delictivo, lo que supone intentar conciliar **no solo la respuesta individual con el sujeto pasivo directamente afectado (mediación individual) y el indirectamente afectado (mediación plural)**, ya que el reproche de la conducta debe ser también siempre una exigencia principal del objetivo mediador.

⁴⁷ En este contexto, el OIJ lanza el proyecto ‘**Implementar la justicia restaurativa para niños víctimas**’ (JUST/2015/RDAP/AG/VICT/9344). Su objetivo principal consiste en **ampliar y adaptar la investigación sobre JR para demostrar su eficacia en jóvenes víctimas**. Al colaborar en este proyecto con el Foro Europeo de Justicia Restaurativa (EFRJ), el OIJ cuenta con el apoyo de dos importantes y potentes redes europeas, así como con la experiencia y a los conocimientos del EFRJ sobre esta materia. Esta combinación tiene como objetivo implementar buenas prácticas de justicia juvenil restaurativa en la UE, para satisfacer lo mejor posible las necesidades de los menores víctimas de delitos cometidos por menores infractores.