

## **UNHA LECTURA RESTAURATIVA DA FASE DE INVESTIGACIÓN DO PROCESO PENAL DE MENORES: ESPECIAL REFERENCIA Á MEDIACIÓN PENAL**

Una lectura restaurativa de la fase de investigación del proceso penal de menores: especial referencia a la mediación penal

*A restorative reading of the investigation phase of the criminal process of minors: special reference to the criminal mediation*

DOI: <http://dx.doi.org/10.15304/dereito.25.1.2805>

CRISTINA ALONSO SALGADO  
Doutora en Dereito  
Universidade de Santiago de Compostela  
[cristina.alonso@usc.es](mailto:cristina.alonso@usc.es)

### **Resumo**

A mediación penal converteuse, nos últimos tempos, en protagonista de gran parte dos debates doutriniais sobre a necesidade de modernizar o sistema de Xustiza penal español.

Con todo, o certo é que a configuración do actual proceso presenta non poucas dificultades para a incorporación da mediación penal. E isto porque, entre outras cuestións, a súa estrutura mantén unha concepción *decimonónica*, polo debate principio de legalidade-oportunidade, etc.

É por isto que resulta de especial interese o estudo da Lei Orgánica 5/2000, de 12 de xaneiro, Lei Orgánica de Responsabilidade Penal dos Menores<sup>1</sup>, tendo en conta que, coa súa aposta por algúns postulados próximos á mediación, se rebaten algúns dos reparos habitualmente esgrimidos para censurar a posíbel incorporación xeneralizada da mediación no proceso penal de adultos.

**Palabras chave:** Proceso penal, Mediación, Menores.

### **Resumen**

La mediación penal se ha convertido, en los últimos tiempos, en protagonista de gran parte de los debates doctrinales sobre la necesidad de modernizar el sistema de Justicia penal español.

Con todo, lo cierto es que la configuración del actual proceso presenta no pocas dificultades para la incorporación de la mediación penal. Y ello porque, entre otras cuestiones, su estructura mantiene una concepción *decimonónica*, por el debate principio de legalidad-oportunidad, etc.

Es por ello que resulta de especial interés el estudio de la Ley Orgánica

---

<sup>1</sup>En diante, LO 5/2000.

5/2000, de 12 de enero, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, toda vez que con su apuesta por algunos postulados próximos a la mediación, se rebaten algunos de los reparos habitualmente esgrimidos para censurar la posible incorporación generalizada de la mediación en el proceso penal de adultos.

**Palabras clave:** Proceso penal, Mediación, Menores.

### **Abstract**

In recent times, criminal mediation has become protagonist of many of the doctrinal debates on the need to modernize the Spanish criminal justice system.

However, the truth is that the current process configuration presents many difficulties for the incorporation of penal mediation. This is because, among other issues, the structure of the process maintains a nineteenth-century concept, according to the debate-opportunity rule of law, etc.

It is therefore essential the study of the Organic Law 5/2000 of January 12, Organic Law of Criminal Responsibility of Minors. Due to its commitment to incorporate some principles close to the mediation, some of the traditional objections employed to deny the widespread incorporation of mediation in adult criminal proceedings are disputed by the Law.

**Keywords:** Criminal process, Mediation, Minors.

### **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN.- 2. VERBO DAS POSIBILIDADES RESTAURATIVAS NA FASE DE INVESTIGACIÓN DO PROCESO PENAL DE MENORES.- 3. CONCLUSIÓNS.- 4. BIBLIOGRAFÍA.

### **SUMMARY**

1. INTRODUCTION.- 2. ABOUT RESTORATIVE OPPORTUNITIES IN THE INVESTIGATION PHASE OF THE CRIMINAL PROCEEDINGS OF MINORS.- 3. CONCLUSIONS.- 4. BIBLIOGRAPHY.

### **1. INTRODUCCIÓN**

A mediación penal en menores conta cun máis que relevante respaldo na normativa internacional. Neste senso pódense salientar a Convención sobre os dereitos do neno, adoptada pola Asemblea Xeral das Nacións Unidas o 20 de novembro de 1989 (Resolución 44/25); Resolución 40/33, de 29 de novembro de 1985, da Asemblea Xeral das Nacións Unidas pola que se aproban as Regras Mínimas para a Administración de Xustiza de Menores (Regras de *Beijing*); Resolución 45/110, de 14 de decembro de 1990, da Asemblea Xeral de Nacións Unidas, pola que se aproban as Regras Mínimas sobre as medidas non privativas de liberdade (Regras de *Tokyo*); Recomendación n.º R (87) 21, de 17 de setembro de 1987, do Comité de Ministros do Consello de Europa sobre a asistencia ás vítimas e a prevención da vitimización; Recomendación n.º R (87) 20, de 17 de setembro de 1987, do Comité de Ministros do Consello de Europa, sobre reaccións sociais ante a delincuencia xuvenil; e a Recomendación n.º R

(99) 19, de 15 de setembro de 1999, do Comité de Ministros do Consello de Europa, relativa á mediación en materia penal, entre outras<sup>2</sup>.

Froito desta profusa normativa xorde no Estado Español a Lei Orgánica 4/1992, de 5 de xuño, coma consecuencia da Sentenza do Tribunal Constitucional<sup>3</sup> 36/1991, de 14 de febreiro, pola que se declarou a inconstitucionalidade do artigo 15 do Texto Refundido da Lei de Tribunais Tutelares de Menores, e que acabou, á súa vez, por determinar a aprobación da Lei Orgánica 5/2000, de 12 de xaneiro, Lei Orgánica de Responsabilidade Penal dos Menores<sup>4</sup>. Na súa formulación teñen operado criterios orientadores derivados da xurisprudencia do Tribunal Constitucional, particularmente da referida STC 36/1991, así como da STC 60/1995, de 17 de marzo, fundamentalmente en materia de garantías e do respecto aos dereitos fundamentais que ineludiblemente deben imperar «(...) no procedemento seguido ante os Xulgados de Menores, sen prexuízo das modulacións que, respecto do procedemento ordinario, permiten ter en conta a natureza e finalidade de aquel tipo de proceso, encamiñado á adopción dunhas medidas que, (...) fundamentalmente non poden ser represivas, senón preventivo-especiais, orientadas cara a efectiva reinserción e o superior interese do menor, valorados con criterios que deben buscarse primordialmente no ámbito das ciencias non xurídicas»<sup>5</sup>.

Velaquí un dos cabalos de batalla que, en relación á LO 5/2000, teñen xerado unha maior controversia non só na literatura especializada<sup>6</sup>, senón tamén na opinión pública. Volveremos sobre este aspecto.

---

<sup>2</sup>De interese, T. MONTERO HERNANZ, "La Justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, 2011, n.º 7655, pp. 2-5.

<sup>3</sup>En diante, STC.

<sup>4</sup>En diante, LO 5/2000.

*Vid.* a este respecto, «Disposición final quinta. Cláusula derogatoria. 1. Derróganse: a Lei Orgánica reguladora da competencia e o procedemento dos Xulgados de Menores, Texto Refundido aprobado por Decreto de 11 de xuño de 1948, modificada pola Lei Orgánica 4/1992, de 5 de xuño; os preceptos subsistentes do Reglamento para a execución da Lei Orgánica reguladora da competencia e o procedemento dos Xulgados de Menores, aprobado por Decreto de 11 de xuño de 1948; a disposición transitoria duodécima da Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal; e os artigos 8.2, 9.3, a regra 1ª do artigo 20, no que se refire ao número 2º do artigo 8, o segundo parágrafo do artigo 22 e o artigo 65 do Texto Refundido do Código Penal, publicado polo Decreto 3096/1973, de 14 de setembro, conforme á Lei 44/1971, de 15 de novembro. 2. Quedan asemade derogadas cantas outras normas, de igual ou inferior rango, se opoñan ao establecido na presente Lei".

<sup>5</sup>Punto V da exposición de motivos da LO 5/2000.

<sup>6</sup>Nótese en sentido crítico, o apuntado por VARELA GÓMEZ cando sinala que "Y es que ciertamente la ley de menores no acaba de asumir por completo el modelo de responsabilidad penal, la idea de que el menor es verdaderamente un delincuente cuando comete alguno de los actos tipificados por el CP, permaneciendo un tanto anclada en el modelo tuitivo o protector anterior, que tan ineficaz se ha demostrado, y ello a pesar del aumento de la delincuencia juvenil, y sobre todo de la ocurrencia de algunos casos de enorme gravedad, que se ha venido produciendo en España en los últimos años, que han causado gran alarma social, y para los que esta ley se ha revelado como inadecuada (...)", en B.J. VARELA GÓMEZ, "Mecanismos alternativos de solución en procedimiento de

Con todo, a tan aldraxada Lei en vigor supuxo, ao noso xuízo, un inequívoco punto de inflexión na política criminal española das últimas dúas décadas, non tanto pola temática en si mesma considerada<sup>7</sup>, coma pola incorporación de non poucas disposicións de carácter innovador que, analizadas a modo de globo sonda, permiten intuír futuras “deslocalizacións” da lexislación procesual penal de menores á de adultos.

Algunhas das referidas disposicións, para alén da controvertida orientación preventivo-especial cara a efectiva reinserción e o superior interese do menor, contan cun inequívoco *protagonismo* restaurativo<sup>8</sup>. Xustamente a este aspecto, dedicaremos as liñas que seguen.

## 2. VERBO DAS POSIBILIDADES RESTAURATIVAS NA FASE DE INVESTIGACIÓN DO PROCESO PENAL DE MENORES

Como é sabido, varios son os momentos nos que é posíbel engarzar a mediación –ou boa parte da metodoloxía restaurativa- no proceso penal de menores. Con todo, seguindo a MONTERO HERNANZ, eses momentos poden ser reconducidos a fundamentalmente tres «(...) *en que la LORPM permite la posibilidad de una intervención mediadora: con carácter previo al inicio del proceso penal, durante su tramitación y durante la ejecución de la medida. A ellas habría que unir la intervención mediadora como herramienta de trabajo en los centros de internamiento (...)*»<sup>9</sup>.

No exame das referidas posibilidades e centrando o noso foco de interese sobre a fase de investigación do proceso penal de menores, cabe salienta primeiramente o artigo 19 da LO 5/2000 no que se regula o sobresemento do expediente por conciliación ou reparación entre o menor

---

menores: una opción de futuro”, en R. CASTILLEJO MANZANARES (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2013, p. 359.

De interese para o debate *vid.*, M.S. VIDAL HERRERO, *Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un “modelo social de responsabilidad” del menor infractor*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

<sup>7</sup>Nese senso poderíanse salienta outros exemplos.

<sup>8</sup>“Con respecto al proceso penal de menores (...) lo cierto es que presenta múltiples especialidades que lo alejan significativamente de los procesos de adultos, a pesar de que la tendencia actual es la progresiva aproximación entre ambos. De entre estas particularidades, destaca el principio rector del superior interés del menor y la finalidad sancionadora-educativa, tanto del procedimiento como de las medidas que son de aplicación en el mismo. Precisamente en línea con estos principios se encuentran los preceptos relativos a la mediación en el curso del proceso contra un menor infractor, tanto en fase de instrucción como de ejecución. Éstos permiten no solo que se lleve a cabo dicha mediación, sino que, lo que es más importante, esta produzca efectos en el procedimiento en curso”, en A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal”, en R. CASTILLEJO MANZANARES (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario, ...op. cit.*, p. 400.

<sup>9</sup>T. MONTERO HERNANZ, “La Justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *...op. cit.*, p. 5.

e a vítima<sup>10</sup>. De conformidade co referido artigo, o Ministerio Fiscal poderá desistir da continuación do expediente sempre que o feito imputado ao menor constitúa delito menos grave (ou de menor entidade), en atención á gravidade e circunstancias dos feitos e do menor, así como á vista da falta de violencia ou intimidación graves na comisión dos feitos, e á circunstancia de que o menor se conciliara coa vítima<sup>11</sup>, ou asumira o compromiso de reparar o dano causado á mesma ou ao prexudicado polo delito, ou se comprometera a cumprir a actividade educativa proposta polo equipo técnico no seu informe<sup>12</sup>.

Evidentemente o que por conciliación ou reparación deba ser entendido resulta máis que relevante aos presentes efectos. Neste sentido, o apartado 2 do referido artigo ven a aclarar que a conciliación se entenderá producida cando o menor recoñeza o dano causado, se desculpe perante a vítima, e esta acepte as súas desculpas. Asemade entenderase por reparación o compromiso asumido polo menor coa vítima ou prexudicado de levar a cabo certas accións en beneficio destes ou da comunidade, seguido da súa realización efectiva, sen prexuízo do acordo ao que chegaran as partes en relación á responsabilidade civil.

A «mediación» será levada a cabo polo equipo técnico que deberá informar ao Ministerio Público dos compromisos adquiridos, así como do seu grao de cumprimento. Sen prexuízo disto que se vén de sinalar, as entidades públicas poderán, no seu caso, pór a disposición do Ministerio Fiscal e dos xulgados de menores os programas precisos para levar a cabo as funcións de mediación, tal e como dispón o artigo 8.7 do Real Decreto 1774/2004, de 30 de xullo, polo que se aproba o Regulamento da LO 5/2000<sup>13</sup>.

Así, unha vez producida a mediación ou cumpridos os compromisos de reparación asumidos coa vítima ou prexudicado polo feito delituoso, ou cando unha ou os outros non puideran levarse a efecto por causas alleas á vontade do menor infractor, o Ministerio Público dará por concluída a instrución e solicitará do xuíz o sobresemento e arquivo das actuacións con remisión de todo o actuado<sup>14</sup>. Asemade, se o menor non cumprira a reparación ou a actividade educativa acordada, o Ministerio Fiscal continuará a tramitación do expediente.

---

<sup>10</sup>De interese, I. COLOMER HERNÁNDEZ, "La mediación penal con menores infractores en la LORPM", en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89 e ss.

<sup>11</sup>Artigo 19.6 da LO 5/2000, «Nos casos nos que a vítima do delito ou falta for menor de idade ou incapaz, o compromiso ao que se refire o presente artigo haberá de ser asumido polo representante legal da mesma, coa aprobación do Xuíz de Menores».

<sup>12</sup>Artigo 19.1 da LO 5/2000.

<sup>13</sup>Artigo 8.7 do Real Decreto 1774/2004, de 30 de xullo, polo que se aproba o Regulamento da LO 5/2000, «Sen prexuízo das funcións de mediación atribuídas no artigo 19.3 da Lei Orgánica 5/2000, de 12 de xaneiro, Reguladora da Responsabilidade Penal dos Menores, aos equipos técnicos correspondentes, tamén as entidades públicas poderán poñer a disposición do Ministerio Fiscal e dos xulgados de menores, no seu caso, os programas necesarios para realizar as funcións de mediación ás que alude o citado artigo».

<sup>14</sup>Artigo 19.4 da LO 5/2000.

De canto se vén de sinalar cabe inferir a batería argumental crítica que a continuación se relaciona. Sorprende, en primeiro lugar, a falta de precisión conceptual que preside a literalidade da disposición. E isto porque, malia rotularse «Sobresemento do expediente por conciliación ou reparación entre o menor e a vítima», o certo é que, para que o Ministerio Público poida instar o sobresemento cómpre que considere, para alén da conciliación e/ou reparación, no seu caso, que se deu cumprimento da actividade educativa proposta no informe do Equipo Técnico<sup>15</sup>.

Ademais, en segundo lugar, colíxese da dicción do artigo que o lexislador non traza a debida distinción entre a concepción «asumir compromiso», a mediación –alusión incorporada no apartado terceiro- e a conciliación. Sen entrar no que pola referida concepción deba entenderse, o que é claro é que se trata de métodos que formando parte dunha mesma lóxica restaurativa, responden a parámetros ben diferentes.

De igual modo, en terceiro lugar, dando por sentada a identificación que efectúa o lexislador, isto é, que da lectura combinada dos apartados primeiro, segundo e terceiro se infira unha definición de mediación, o certo é que a conceptualización efectuada resulta máis que discutíbel. Ese triunvirato conformado polo recoñecemento do dano, a solicitude de desculpas e a correlativa aceptación, resulta extravagante mesmo para identificar unha fórmula restaurativa que se por algo se caracteriza, é pola súa natureza flexíbel. Non son esas as claves nas que se ten movido o lexislador español para definir o procedemento mediador nos últimos anos<sup>16</sup>.

Cabería interpretar que, xustamente, en atención á orientación á que *supra* se facía referencia, isto é, á orientación preventivo-especial cara a efectiva reinserción e o superior interese do menor, resulta preciso incorporar algúns elementos *extra-ordinem* á definición do procedemento mediador. Con todo, para alén da imprecisión que tal interpretación comporta, o certo é que, ao noso xuízo, ese tipo de conceptualización acabaría por desnaturalizar á propia configuración da mediación<sup>17</sup>.

<sup>15</sup>A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal”, en R. CASTILLEJO MANZANARES (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario, ...op. cit.*, p. 404.

<sup>16</sup>Por exemplo, véxase o artigo 1 da Lei 5/2012, de 6 xullo, Lei de mediación en asuntos civís e mercantís: “Enténdese por mediación aquel medio de solución de controversias, calquera que sexa a súa denominación, en que dous ou máis partes intentan voluntariamente alcanzar por si mesmas un acordo coa intervención dun mediador”.

<sup>17</sup>En canto á referida conceptualización, *vid.*, I. GONZÁLEZ CANO, “La mediación penal en España”, en S. BARONA VILAR (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 25; S. BARONA VILAR, “La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia”, *Tiran Online*, 2011, nº TOL2.313.226, pp. 10-16; L.F. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 345; J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN e J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, Majadahonda, 2012, p. 81; A. DEL MORAL GARCÍA, “La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias”, en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ e M. DE PRADA RODRÍGUEZ (Dir.), *La mediación*.



Por último, en cuarto lugar, habida conta da indefinición en relación ao que por «*se conciliase coa vítima*» deba ser entendido, e xustamente con base nas liñas precedentes, na nosa opinión, o artigo posibilita o recurso a outras fórmulas restaurativas máis alá da evidencia representada pola conciliación e a mediación.

Así pois, por exemplo, naqueles supostos nos que o clima de tensión entre as partes sexa evidente, mesmo sen concorrer unha violencia ou intimidación graves na comisión do feito delituoso, poderíase recorrer a unha *Shuttle communication* ou *Shuttle diplomacy mediation*. Este método, baseado nunha formulación comunicativa de natureza indirecta, posibilita a comunicación sen o contacto *face-to-face*, motivo polo que potencia a figura do facilitador que, desta volta, actúa ao tempo como intermediario.

Nunha liña semellante, en presenza do sinalado clima poderíase acudir igualmente as posibilidades representadas pola *Victim-absent discussions with offender and supporters about crime* ou *Offender-absent discussions with victim and supporters about crime*<sup>18</sup> que, fundamentadas sobre un modelo de comunicación unilateral –dada a ausencia da vítima ou do vitimario– buscan a resolución do conflito mediante a participación dun facilitador que actúa como nexo para posibilitar un acordo de natureza restaurativa<sup>19</sup>.

En ausencia dun contexto de tensión, para alén da opción da celebración dunha mediación estándar, pode resultar de particular interese o recurso aos denominados *Circles* que, inseridos nunha lóxica de pacificación e reparación, se fundamentan na participación, para alén das partes, das persoas representativas da comunidade interesadas en intervir na resolución do conflito<sup>20</sup>.

---

*Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Ed. Netbiblo, Oleiros, 2010, p. 51; M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "La mediación penal en España: estado de la cuestión", en M. MARTÍNEZ ESCAMILLA e M.P. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Dir.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 16; G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 21-22.

<sup>18</sup>Vid. de interese, S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 144-149.

<sup>19</sup>S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico, ...op.cit.*, pp. 144-149.

<sup>20</sup>A. BELTRÁN MONTOLIÚ, "Modelo de mediación en los Estados Unidos de América", en S. BARONA VILAR (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 53-62.

De interese, "Circle sentencing. Sentencing circles are conducted in many aboriginal communities in Canada. In circle sentencing all of the participants, including the judge, defence counsel, prosecutor, police officer, the victim and the offender and their respective families, and community residents, sit facing one another in a circle. Circle sentencing is generally only available to those offenders who plead guilty. Discussions among those in the circle are designed to reach a consensus about the best way to resolve the conflict and dispose of the case, taking into account the need to protect the community, the needs of the victims, and the rehabilitation and punishment of the offender. The sentencing circle process is typically conducted within the criminal justice process, includes justice professionals and supports the sentencing process. Circle sentencing is perhaps the best example of participatory justice in that members of

Sen ánimo de esgotar o mundo de recursos que proporciona metodoloxicamente a Xustiza restaurativa, salientamos por último, na liña “comunitarista” antes apuntada, a posibilidade representada polas *Conferences*, mediante as que se procura involucrar a todas as persoas afectadas polo feito delituoso, nun proceso de toma de decisión sobre o mellor xeito de responder perante a súa comisión. Téñase presente a este respecto que, entroncado co ámbito que nos ocupa, o xurdimento desta práctica restaurativa tivo lugar en *New Zealand* coa aprobación en 1989 da *Children, Young Persons and Their Families Act*<sup>21</sup>.

De todo canto se acaba de sinalar colíxese que, para alén da imprecisión conceptual do lexislador, a indefinición en relación aos parámetros restaurativos previstos no artigo 19 da LO 5/2000 abre un marco de posibilidades para outras metodoloxías restaurativas. E isto, en tanto que amplía o catálogo e favorece a adaptación das prácticas ao específico caso, posibilitando deste modo, un xeito de operar máis eficiente.

Para alén da relevancia da disposición que vimos de analizar, no estudo das posibilidades restaurativas da LO 5/2000 cómpre asemade salientar o parágrafo primeiro do seu artigo 18<sup>22</sup>, de conformidade co que o Ministerio Fiscal poderá desistir da incoación do expediente<sup>23</sup> cando os feitos denunciados constitúan delitos menos graves sen violencia ou intimidación nas persoas ou «faltas»<sup>24</sup> tipificadas no CP ou nas leis penais

---

*the community can become directly involved in responding to incidents of crime and social disorder. This is done through the formation of a Community Justice Committee (CJC) that may also include representatives from justice agencies. The common objective of the members of the CJC is to find more constructive ways to respond to conflict in their community. The CJC plays an integral role in the overall circle process, including liaising with criminal justice agencies, community organizations as well as with the various stakeholder groups in the community. Cases are referred to the CJC, generally from the police, prosecutors and judges, although cases may also come from the schools, victim services programmes and families.*

*There are four stages to the circle process: Stage 1: Determining whether the specific case is suitable for a circle process. Stage 2: Preparing the parties that will be involved in the circle. Stage 3: Seeking a consensual agreement in the circle. Stage 4: Providing follow-up and ensuring the offender adheres to the agreement”, en UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, Handbook on Restorative justice programmes, Ed. United Nations, New York, 2006, pp. 22-23.*

<sup>21</sup>M.J. GUARDIOLA, M. ALBERTÍ, C. CASADO e G. SUSANNE, “Conferencing: origen, transferencia y adaptación”, en J. TAMARIT SUMALLA (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012, p. 239. E continúan os autores sinalando que, en tanto que a *conference* se singulariza fundamentalmente en relación á mediación pola intervención dun maior número de persoas no proceso deliberativo, o certo é que “(...) se pierde la privacidad que caracteriza los procesos de mediación víctima-ofensor para priorizar el diálogo entre los participantes y la responsabilización de más miembros de la comunidad próxima (...) ante el hecho delictivo. Además, dando voz a más personas en el encuentro, el conductor del proceso (el facilitador) pierde el poder que en los procesos de mediación víctima-ofensor tiene el mediador”, (pp. 264-267).

<sup>22</sup>Modificado polo artigo 14 da Lei Orgánica 8/2006, de 4 de decembro.

<sup>23</sup>Comunicándollo aos ofendidos ou prexudicados coñecidos.

<sup>24</sup>As referencias ás faltas deben ser interpretadas na lóxica da disposición adicional segunda da Lei Orgánica 1/2015, de 30 marzo, pola que se modifica o Código Penal,



especiais. En tal suposto, o Ministerio Fiscal dará traslado do actuado á entidade pública de protección de menores para a aplicación do disposto no artigo 3 da LO 5/2000, isto é «(...) a fin de valorar a súa situación, e dita entidade haberá de promover as medidas de protección adecuadas ás circunstancias de aquel conforme ao disposto na Lei Orgánica 1/1996, de 15 de xaneiro»<sup>25</sup>. Porén, cando conste que o menor cometeu, con anterioridade, outros feitos da mesma natureza, o Ministerio Fiscal deberá incoar o expediente e, no seu caso, actuar de acordo co artigo 27.4 da LO 5/2000. De acordo coa referida disposición, o equipo técnico poderá propor a conveniencia de non continuar a tramitación do expediente en interese do menor, por considerar inadecuada calquera intervención, dado o tempo transcorrido dende a comisión dos feitos, ou por ter sido expresado suficientemente o reproche a través dos trámites xa practicados. Nestes supostos, «(...) o Ministerio Fiscal poderá remitir o expediente ao Xuíz coa proposta de sobresemento, remitindo ademais, no seu caso, testemuño do actuado á entidade pública de protección de menores que corresponda, aos efectos de que actúe en protección do menor»<sup>26</sup>, sempre que se cumpran os requisitos do artigo 19.1 da LO 5/2000, aos que antes se facía referencia.

Diferenciamos o disposto nos artigos 18 e 19 por tratarse o primeiro dun desestimento da incoación do expediente por corrección no ámbito educativo e familiar, e o segundo dun sobresemento do expediente por conciliación ou reparación entre o menor e a vítima. En palabras de FERREIRÓS MARCOS, a maior parte dos casos remitidos a mediación en menores canalízase a través do artigo 19 da LO 5/2000 que, en contraste co artigo 18 da LO 5/2000, si se atopa sometido a control xudicial, «(...) dando lugar a un Auto de sobreseimiento y archivo, con remisión de lo actuado (...) El artículo 19.1 refiere que esta modalidad sólo es posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. A diferencia del supuesto del artículo 18, aquí sí que es posible que la infracción revista un cierto grado de violencia o intimidación aunque el fiscal debe atender a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor y de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión»<sup>27</sup>. Ademais, a diferenza do establecido no artigo 18, non se fai referencia ningunha á comisión, con anterioridade, doutros feitos da mesma natureza por parte do menor<sup>28</sup>.

Por último, cómpre salientar unha posibilidade de desestimento –de aí a presente ubicación–, pero relacionada, directamente, co analizado artigo

---

disposición de conformidade coa que "(...) As mencións contidas nas leis procesuais ás faltas entenderanse referidas aos delitos leves".

<sup>25</sup>Artigo 3 da LO 5/2000.

<sup>26</sup>Artigo 27.4 da LO 5/2000.

<sup>27</sup>C.E. FERREIRÓS MARCOS, *La mediación en el Derecho Penal de Menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011, pp. 181-182.

<sup>28</sup>*Vid.* unha explicación deste proceso en X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2005, pp. 503 e ss.; ou en A. VALL RIUS, "El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española", *Diario La Ley*, 2006, n.º 6528, pp. 3 y ss.

19 da LO 5/2000. Así pois, deterémonos agora, aínda que sexa brevemente, para analizar o xeito de levar a cabo as solucións extraxudiciais segundo o disposto no artigo 5 do Regulamento da LO 5/2000 para o suposto previsto no sinalado artigo da lei. Neste senso, se o Ministerio Público, á vista das circunstancias concorrentes ou a instancia do letrado do menor, apreciara a posibilidade de desistir da continuación do expediente, solicitará do equipo técnico informe sobre a conveniencia de adoptar a solución extraxudicial máis axeitada ao interese do menor e ao da vítima.

Unha vez recibida a solicitude polo equipo técnico, citarase ao menor, aos seus representantes legais e ao seu letrado defensor. O equipo técnico explicará ao menor a posibilidade da solución extraxudicial contemplada no referido artigo 19 da LO 5/2000, e escoitará aos seus representantes legais. En caso de que, con audiencia do seu letrado, o menor aceptara algunha das solucións propostas, a ser posíbel no mesmo acto, solicitarase a conformidade dos seus representantes legais. No suposto de que o menor ou os seus representantes legais manifestaran a súa negativa a aceptar unha solución extraxudicial, o equipo técnico informará ao Ministerio Público e comezará a elaboración do informe referido no artigo 27 da LO 5/2000.

O equipo técnico contactará coa vítima para que amose a súa conformidade ou desconformidade a participar no procedemento de mediación - artigo 5.1.d)- xa sexa a través de comparecencia persoal ante o equipo técnico, xa sexa por calquera outro medio que permita deixar constancia. En caso de que prestara a súa conformidade, o equipo técnico citará a ambas partes a un encontro para concretar os acordos de conciliación ou reparación. Porén, a conciliación e a reparación tamén poderán levarse a cabo sen encontro, a petición da vítima, por calquera outro medio que permita deixar constancia dos acordos. Pénsese ao respecto, no sinalado en relación á *Shuttle communication* ou *Shuttle diplomacy mediation*, *Victim-absent discussions with offender and supporters about crime* ou *Offender-absent discussions with victim and supporters about crime*, etc.

Se non resultara factíbel a mediación en ningunha das súas variantes, ou cando o equipo técnico o considere máis apropiado para o interese do menor, proporalle a este a realización de tarefas socio-educativas ou a prestación de servizos en beneficio da comunidade.

Cómpre facer un alto no camiño para sinalar que sorprende, máis unha vez, a indeterminada alusión –malia a referencia do artigo 5.1.d)- a esa «solución extraxudicial». Sexa coma for, non fai senón que nos ratifiquemos no apuntado *supra*.

Retomando o noso fío condutor, concluída a mediación, o equipo técnico comunicará ao Ministerio Fiscal o seu resultado, os acordos logrados e o seu grao de cumprimento, ou, no seu caso, os motivos polos que non puideron levarse a cabo os compromisos acadados a efectos do disposto no artigo 19.4 e 5 da LO 5/2000.

### **3. CONCLUSIÓNS**

Para alén do inzado ao longo do texto, non nos resistimos a concluír que, por todo canto se ten sinalado, dende unha perspectiva restaurativa, malia todo, non se pode senón saudar as posibilidades que para o novo paradigma brinda a Lei 5/2000.

Como vimos de examinar, son diversos os engarces a través dos que resulta posíbel procesualmente incorporar un acordo restaurativo durante a fase de investigación do proceso penal de menores. É máis: a versatilidade das disposicións abre un marco de posibilidades para a Xustiza restaurativa que desborda, con fartura, o limitado ámbito da mediación.

Con todo, malia a lectura en positivo, o certo é que a indeterminación conceptual non fai senón revelar a pobre concepción restaurativa do lexislador español. Noutras palabras, non cabe dúbida da virtualidade –por exemplo- dunha *Conference* no proceso penal do menor, no entanto, ao noso xuízo, o censurábel é que a mesma xorde non tanto dunha vocación firme e decidida, coma dun exercicio de indefinición.

Así as cousas, á vista das posibilidades que, para alén da mediación, achegan as diversas fórmulas restaurativas, talvez sería interesante, dende unha perspectiva *de lege ferenda*, incorporar explicitamente algunhas das referidas fórmulas.

Por último, nunha lóxica filo-restaurativa, non podemos senón concordar con DURBÁN SICILIA cando afirma que, «*Desde la perspectiva de la reinserción social del delincuente, es incuestionable que los principios que presiden la expresada regulación serían en alto grado aplicables al proceso de mayores*»<sup>29</sup>.

Neste senso, como é sabido, en cumprimento das esixencias derivadas da Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeo e do Consello de 25 de outubro de 2012, pola que se establecen normas mínimas sobre os dereitos, o apoio e a protección das vítimas de delitos e pola que se procedeu a substituír a Decisión Marco 2001/220/JAI del Consello, non só vén de ser promulgada a Lei 4/2015, de 27 de abril, pola que se aproba o Estatuto da vítima do delito -consecuencia directa da ineludíbel transposición<sup>30</sup> da Directiva<sup>31</sup>-, senón que tamén se vén incorporando a

---

<sup>29</sup>E en relación á polémica que vimos de abordar, continúa o sinalado autor, «*En otro orden de asuntos, y sin ánimo de profundizar en una cuestión que se ha tornado polémica, el proceso de menores también debería ser tomado como ejemplo a la hora de redefinir el de adultos, atribuyendo la investigación del delito al Ministerio Fiscal, en la línea seguida por la práctica totalidad de los países de nuestro entorno. Por esta vía, el encaje del principio de oportunidad sería más perfecto y, por qué no decirlo, los jueces podrían dedicarse a las funciones que les son propias, que no son otras que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117 de la Constitución)*», L. DURBÁN SICILIA, "Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal", *La Ley Penal*, 2010, n.º 73, p. 11.

<sup>30</sup>Parcial.

<sup>31</sup>Recordemos asemade que o Goberno Español non cumpriu coa obriga encomendada polos artigos 10 e 17 da Decisión Marco, toda vez que pretendía ser acometida coa promulgación da imprescindible nova Lei de Axuizamento Criminal. Máis concretamente, o Goberno español sinalou mediante resposta parlamentaria escrita 4/001242/000 de 9 de xullo de 2004 que "(...) se trata de una cuestión que se aborda dentro de la reforma

mediación no articulado das diversas propostas que, nos últimos anos, se teñen impulsado co gallo de substituír a nosa vetusta Lei de Axuizamento Criminal.

Así pois, todo semella indicar que a potencialidade do novo paradigma do sistema de Xustiza penal se abre paso. No que a nós respecta, que así sexa.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- A. BELTRÁN MONTOLIU, "Modelo de mediación en los Estados Unidos de América", en S. BARONA VILAR (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- S. BARONA VILAR, "La incorporación de la mediación en el nuevo modelo de Justicia", *Tiran Online*, 2011, nº TOL2.313.226, pp. 1-18.
- S. BARONA VILAR, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- R. CASTILLEJO MANZANARES, *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2010.
- I. COLOMER HERNÁNDEZ, "La mediación penal con menores infractores en la LORPM", en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Mediación con menores infractores en España y los países de su entorno*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012
- A. DEL MORAL GARCÍA, "La mediación en el proceso penal. Fundamentos, problemas, experiencias", en J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y M. DE PRADA RODRÍGUEZ (Dirs.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Ed. Netbiblo, Oleiros, 2010.
- L. DURBÁN SICILIA, "Mediación, oportunidad y otras propuestas para optimizar la instrucción penal", *La Ley Penal*, 2010, n.º 73, pp. 1-9.
- C.E. FERREIRÓS MARCOS, *La mediación en el Derecho Penal de Menores*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2005.
- I. GONZÁLEZ CANO, "La mediación penal en España", en S. BARONA VILAR (Dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- L.F. GORDILLO SANTANA, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- M.J. GUARDIOLA, M. ALBERTÍ, C. CASADO e G. SUSANNE, "Conferencing: origen, transferencia y adaptación", en J. TAMARIT SUMALLA (Coord.), *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Ed. Comares, Granada, 2012.

---

*legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se examinará la conveniencia de su incorporación, así como las cuestiones relativas a los tipos penales donde puede aplicarse, la determinación de los mediadores, los efectos y consecuencias de la misma", R. CASTILLEJO MANZANARES, Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios, Ed. La Ley, Las Rozas, 2010, p. 174.*

- M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "La mediación penal en España: estado de la cuestión", en M. MARTÍNEZ ESCAMILLA e M.P. SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Dir.), *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Ed. Reus, Madrid, 2011.
- T. MONTERO HERNANZ, "La Justicia restaurativa en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores", *Diario La Ley*, 2011, n.º 7655, pp. 1-12.
- G. PÉREZ SANZBERRO, *Reparación y conciliación en el sistema penal: ¿apertura de una nueva vía?*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- J.C. RÍOS MARTÍN, E. PASCUAL RODRÍGUEZ, A. BIBIANO GUILLÉN e J.L. SEGOVIA BERNABÉ, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Ed. Colex, Majadahonda, 2012.
- A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal", en R. CASTILLEJO MANZANARES (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Handbook on Restorative justice programmes*, Ed. United Nations, New York, 2006.
- A. VALL RIUS, "El desarrollo de la Justicia restaurativa en Europa: Estudio comparado con la legislación española", *Diario La Ley*, 2006, n.º 6528, pp. 1-24.
- B.J. VARELA GÓMEZ, "Mecanismos alternativos de solución en procedimiento de menores: una opción de futuro", en R. CASTILLEJO MANZANARES (Dir.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Las Rozas, 2013.
- M.S. VIDAL HERRERO, *Crítica al modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.