

CRIMINOLOGÍA

**Sección dirigida por el Prof. Dr. Antonio García-Pablos de Molina
y coordinada por el Prof. Dr. Per Stangeland**

LA CONCILIACIÓN Y LA REPARACIÓN EN LA L.O. 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. UN RECURSO ALTERNATIVO O COMPLEMENTARIO A LA JUSTICIA DE MENORES

MARIA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ¹

SUMARIO

Presentación I. La conciliación y la reparación como principios de actuación para la Justicia de Menores II. La recepción de la filosofía reparadora en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores II.1. Los fines de la desjudicialización o el simbolismo de las formas jurídicas: la conciliación y la reparación II.2. Del principio de oportunidad y de intervención mínima a la “superjudicialización” de una intervención selectiva II.3. Un juego de intereses: la distancia entre las Prestaciones en Beneficio de la Comunidad y la Reparación III. Algunas propuestas de implementación de la conciliación y la reparación atendiendo a los errores de la actual Justicia de Menores aragonesa. IV. En perspectiva

¹ Esta publicación se ubica en el programa de Formación de Doctores en el Extranjero del M.E.C. desarrollada entre julio 1999 hasta junio 2001 (EX 99 29101535) en el Centre National de Formation et d'Etudes de la Protection Judiciaire de la Jeunesse, 54, rue de Garches, F- 92420-Vauclresson.

Presentación

Alguien incluyó la mediación entre los “oficios” más antiguos. No obstante, las razones que llevan a su actual promoción en la justicia de menores, junto con sus consecuencias —de reparación del daño o de conciliación con la víctima— deben enmarcarse en una determinada coyuntura jurídica y social aparentemente contradictoria. Así, por un lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños defiende la necesidad de buscar mecanismos alternativos al procedimiento ante el juez de menores para evitar la estigmatización individual y social que aquél pueda fomentar. En el otro extremo, el incremento de la delincuencia urbana, la saturación de los juzgados de menores y el consiguiente “abandono” de los casos considerados de escasa relevancia económica y social genera un sentimiento de inseguridad y de desprotección social muy fuerte. Sentimiento que va a exigir la prevención de la reincidencia interviniendo desde la primera infracción cometida y al margen de cuál sea su gravedad. Junto a estas demandas —legales o sociales— el desarrollo de la victimología aspira a dar mayor protagonismo a la víctima, favoreciendo el sentimiento de que la justicia se preocupa de su suerte. Por último, y de manera complementaria, en el entorno de la Justicia de Menores, se ha producido una transformación en las teorías de la responsabilidad. En este sentido, la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*², afirma con rotundidad que el menor es responsable “penalmente” de sus actos; si bien, con unas consecuencias que divergen de las que, en otro caso, corresponderían a los adultos. Como respuesta a este conjunto de exigencias, como digo aparentemente contradictorias³, se produce el ascenso de la reparación y la conciliación en el ámbito que nos ocupa: el de la justicia de menores. Con ellas se da respuesta a la exigencia de desjudicializar para así minimizar los niveles de estigmatización de la infancia y burocratización de la justicia. Al tiempo que ofrecen una respuesta real a esa delincuencia primaria y de escasa importancia.

² Publicada en el BOE núm. 11 de 13 de enero del 2000. Ha entrado en vigor el pasado 13 de enero de 2001.

³ Víctor Sancha señala que la insatisfacción ante los resultados (alto coste económico o elevados niveles de reincidencia...) que se producen con otras medidas educativas se encuentra detrás de la promoción de la conciliación y la reparación en la Justicia de Menores; cfr. SANCHA MATA, V.: “La mediación en el sistema penal de menores y jóvenes”, en VV.AA., *Mediación: una alternativa extrajudicial*, Colegio Oficial de Psicólogos, Madrid, 1995, p. 126.

La pluralidad de actividades que buscan su ubicación entre las alternativas de resolución de conflictos y la multitud de agentes encargados de su puesta en marcha no ayudan a clarificar el panorama⁴. Si bien, en el ámbito de la LO 5/2000, esta potencial pluralidad se reduce a dos mecanismos de intervención: la reparación y la conciliación; que, como digo, asumen funciones complementarias. En primer lugar, se definen como mecanismos desjudicializadores y alternativos a los cauces ordinarios procesales de la Justicia de Menores. Recursos que, por tanto, evitan la posible estigmatización que pueda producir la comparecencia ante el Juez de Menores o la imposición de una medida judicial. Además, se plantean como la respuesta necesaria al incremento del número de casos de escasa relevancia que eran sobreesidos por los Juzgados; para poder prevenir o reducir la reincidencia con la respuesta sistemática y desde el primer instante. En estos términos, la LO 5/2000 reconoce la necesidad de desjudicializar los delitos de escasa importancia cuando concede al Ministerio Fiscal la posibilidad de sobreseer o de desistir de la continuación del expediente cuando “el menor se haya conciliado o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado” (art. 19). Por su parte, el principio de oportunidad y de intervención mínima encuentran una vía de materialización a través de la conciliación que, realizada en cualquier momento, puede finalizar el cumplimiento de la medida (art. 51).

En uno y otro caso, y para salvaguardar las garantías procesales y los derechos de los menores, estos mecanismos se mantienen a distancia de los procesos de conciliación o reparación que surgen de manera espontánea en el ámbito de la sociedad civil. En primer lugar, es preciso no olvidar que la reparación a realizar, a la víctima o a la comunidad—según exista o no voluntad de la primera—es impuesta como castigo por el daño causado. Por su parte, en el caso que nos ocupa, la gravedad determinará las acciones en las que quepa llegar a la reparación o la conciliación. De manera que sólo será posible en aquellos delitos menos graves o faltas. A la vez que sólo cabrá la finalización del cumplimiento de la medida cuando el tiempo transcurrido exprese suficientemente el reproche que merecen los actos cometidos. Además, hay que tener en cuenta que ambos son recursos cuanto menos “pseudojudiciales”. En un primer momento, previo al proceso, son medidas ratificadas

⁴ Faget da fe de la situación aludiendo a que “se colocan bajo el mismo vocablo experiencias de arbitraje, de conciliación, de reparación; se amalgaman iniciativas practicadas por policías, magistrados, expertos, trabajadores sociales, benévolos, administraciones; se asimilan tentativas realizadas más allá de las instancias judiciales con otras integradas en sus procedimientos”; cfr. FAGET, J.: “La double vie de la médiation”, *Droit et Société*, núm. 29, 1995, p. 26.

por el Ministerio Fiscal⁵; y en una segunda instancia, determinada la medida, son propuestas por el éste⁶ o por el letrado del menor con la aprobación del Juez de Menores. Además, son puestas en marcha por los expertos sociales integrados en el Equipo Técnico del mismo.

En cuanto sigue se estudiará, en primer lugar, la posibilidad de plantear la conciliación y la reparación como principios directivos y como filosofía de la justicia de menores. A continuación se plantearán las novedades que ha supuesto la LO 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en relación a una y otra. Es decir, como mecanismos aptos para desjudicializar o realmente superjudicializadores de determinados delitos leves. Así como recursos que —entre otros— logran materializar los principios de oportunidad⁷ y de intervención mínima. Al tiempo que se expondrán algunos puntos que permitan distinguir la reparación de la medida judicial de prestaciones en beneficio de la comunidad. Finalmente, se avanzarán algunas dificultades que presenta la puesta en marcha real de la medida en el entorno de la Comunidad Autónoma Aragonesa.

I. La conciliación y la reparación como principios de actuación para la Justicia de Menores

La imposición de la conciliación y la reparación como referentes en la Justicia de Menores se insertan, como decíamos, en un entorno de cambios jurídicos y sociales que afectan tanto a la funcionalidad y temporalidad de la sanción, como a la concepción de la in-

⁵ Esther Giménez-Salinas defiende que "la conciliación víctima-delincuente debe ubicarse dentro del Derecho Penal, y regirse según sus principios generales, aunque se lleva a término fuera del proceso penal"; cfr. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: "La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal", en Miguel Angel Soria Verde (comp.), *La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización*, PPU, Barcelona, 1993, p. 153.

⁶ Según Bonafé-Schmitt la mediación judicial representa únicamente una forma diferente de ejercer la acción pública por el Ministerio Fiscal. Se trata, no tanto de fomentar medidas más educativas para el menor, como de evitar el archivo que acrecienta la indefensión de las víctimas y acentúa el sentimiento de inseguridad en la población; cfr. BONAFÉ-SCHMITT, J.P.: "La où les médiations des conflits", *Violences, Conflits et médiations*, núm. 92, 1993, pp. 117-118.

⁷ En relación a otros mecanismos legales que materializan el principio de oportunidad me remito a DOLZ LAGO, M.J.: "La justicia de menores: una cuestión de principio. (La incoación del expediente judicial)", *Actualidad Penal*, núm. 6, 1996, pp. 84-ss. Así como a MARTIN OSTOS, J.: "Aspectos procesales de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores", *Cuadernos de Derecho Judicial XV*, CGPJ, Madrid, 1996.

fancia y sus propias capacidades de integración social, así como a la percepción de la propia infracción.

En relación al primer extremo, a la naturaleza de la reacción a la infracción cometida, la justicia de menores ha mantenido hasta el momento una “disyuntiva” entre responder a la demanda de sancionar la acción cometida o a la exigencia de educar al niño que ha cometido la infracción. Creyendo, con esta actitud, que la respuesta a la primera exigencia desconoce la segunda. Y sin ver que las legislaciones y la doctrina se han encargado de desvalorizar progresivamente la atención exclusiva hacia el pasado, al daño cometido. Al mismo tiempo que la misma puesta en marcha de las normativas ha hecho perder la confianza en el futuro, en la reintegración del niño exclusivamente a través de la sanción. Se demanda que la actividad jurisdiccional de menores no se centre en la búsqueda de un castigo proporcional al daño cometido, por más que mantenga cierta relación con el mismo. Ni tampoco ponga el acento únicamente en la reeducación del menor, olvidando cualquier otro interés existente en el conflicto. Es decir que no gire únicamente en torno al pasado y, por tanto, a una concepción retributiva de la sanción. Ni tampoco se limite a una mirada hacia el futuro, generalmente unida a una concepción preventiva de la misma⁸. En consecuencia, la doctrina concentra su atención en el presente, en la responsabilización del menor. Y, en concreto, en la reparación y la conciliación como mecanismos capaces de aunar los objetivos propuestos para los dos tiempos verbales. Por un lado, cumplen funciones de restablecimiento del equilibrio roto y de comprensión del daño cometido, mirando de este modo hacia el pasado. Por otro lado, en cuanto tienden hacia la responsabilización social de los menores dirige una mirada hacia el futuro, hacia la función social del castigo.

En segundo lugar, tanto la reparación como la conciliación se integran en un contexto jurídico y social que fomenta la protección y promoción de los derechos de la infancia y la juventud. La LO 5/2000, ha asumido la concepción del menor como sujeto de protección recogida por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños de 1989. De manera que la normativa de justicia de menores ya no se centra exclusivamente en la puesta en marcha de una acción educativa sobre el menor. A principios del siglo pasado (siglo XX), las legislaciones de menores planteaban un tratamiento educativo individualizado, excluyente de cualquier otro objetivo social y, en cierto modo, limitativo de las capacidades reales del menor, en cuanto impuesta y di-

⁸ cfr. OST, F. y M. VAN DER KERCHOVE: “Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices?” en G. FARJAT (comp.), *Philosophie du Droit et Droit Economique. Quel dialogue?*, Editions Frison-Roche, Paris, 1999, pp. 481-482.

rigida⁹. Ahora se pretende incidir en la necesaria responsabilización del niño, a través del enfrentamiento con las consecuencias de la infracción, mediante la potenciación de sus capacidades para restaurar la situación al estado previo, así como para responder de los actos cometidos¹⁰. Como afirma Garapon¹¹, con la promoción de los procesos de reparación y conciliación se nos coloca ante una nueva concepción del menor como “capaz en el sentido jurídico del término, habilitado para definir sus intereses y autor de una palabra propia”. Al tiempo que se trata de asignar un papel sustancial a la justicia y a la comunidad como mecanismos, en sí, integradores del niño en la sociedad¹².

En tercer lugar, la apuesta por la conciliación y la reparación, como mecanismos de comprensión y de resolución del conflicto, parte de una idea optimista. Defiende que el enfrentamiento entre la víctima y el menor que está en la base de la infracción, no supone únicamente un síntoma de patología social o personal. Más bien constituye una forma de diálogo que sólo alberga la esperanza de ser escuchado¹³. En este sentido, los teóricos sociales tienden a ver en la falta de escucha y de comprensión una de las causas principales de los actos delictivos perpetrados durante la infancia o la adolescencia. Representan formas de llamar la atención, más que “síntoma” de problemas personales¹⁴. Esta concepción del conflicto social como ausencia de comunicación cuestiona la propiedad del mismo y reafirma que los desacuerdos deben pertenecer a quienes los fomentan, puesto que ellos son quienes en definitiva los han provocado y deben resolverlos¹⁵. Como afirma Fu-

⁹ Lacombe pone de relieve que la CDN destaca como más importantes los derechos a la protección y a la educación que refuerzan el estatus del niño como objeto del tratamiento social. Sin embargo, no olvida un conjunto de derechos reagrupados bajo el tema del derecho a la participación que confirman la posición del niño como parte activa en la configuración del vínculo social; cfr. LACOMBE, Ph., (dir.): *Mineurs délinquants: la priorité éducative et la reconnaissance de leurs responsabilités individuelles: Les Cahiers du Centre Henri Aigueperse*, núm. 27, 1999, p. 49.

¹⁰ cfr. DE LEO, G.: *La devianza minorile. Metodi tradizionali e nuovi modelli di trattamento*, La nuova Italia Scientifica, Roma, 1990, p. 133.

¹¹ cfr. GARAPON, A.: “La responsabilité”, *Droit et cultures*, núm. 31/1, 1996, pp. 119-122.

¹² cfr. SALAS, D.: “L’enfant paradoxal”, en A. GARAPON y D. SALAS (edits.), *La justice des mineurs. Evolution d’un modèle*, LGPJ, Paris, 1995, pp. 41-62.

¹³ cfr. PETERS, T. y A. NEYS: “La pena considerada desde una perspectiva de la reparación”, *Eguzkilore*, núm. 8, 1994, p. 188.

¹⁴ cfr. JACOBS, M.: “Juvenile Justice in the No-Fault Society”, en J. HACKLER (ed.), *Official Responses to Problem Juveniles: Some International Reflections: Oñati Proceedings*, núm. 8, 1991, p. 240.

¹⁵ cfr. BOUCHARD, M.: “Vittime e colpevoli: C’è spazio per una giustizia riparatrice?”, *Questione giustizia* núm. 4, 1995, p. 894.

nes¹⁶, son el propio diálogo y el contacto los que caracterizan a esta justicia que se aproxima; posibilitando que “la víctima se sienta menos víctima y los autores más autores y menos delincuentes”. Se propone el examen del conflicto a la luz de las percepciones de la víctima y las del propio menor¹⁷. Se tiene a distancia del proceso penal que aplica una pena abstracta para mantener el orden y aspira a poner de relieve la responsabilidad que tiene el menor respecto a la víctima de la infracción¹⁸. En definitiva, se adivina el paso de instrumentos conflictuales e impositivos hacia otros de tipo consensual¹⁹.

Si la infracción es representada como una confluencia de intereses y la aspiración de la filosofía conciliadora y reparadora es dar salida a todos ellos, un paso fundamental será la individualización de todos los sujetos ‘interesados’ en el mismo, para otorgarles un papel activo y responder a sus preocupaciones²⁰. Así, en la comisión de una infracción por un menor se vislumbran tres (intereses) principalmente: la comunidad afectada por el sentimiento de inseguridad que se genera, la víctima directamente agredida y el menor junto con sus padres²¹. Pese a la pretendida igualdad de los tres, en el caso de la Justicia de Menores, nos encontramos con un desequilibrio de la balanza que tiende a inclinarse hacia la tarea de responsabilización del menor. Es cierto que la inserción de la víctima en un proceso conciliador o reparador la convierte en actor cuando en otro caso su perjuicio “moral” podía verse archivado o su interés omitido por la omnipresente necesidad de responsabilizar al menor²². Además, cuando, estos procesos se integran en el entorno de la Justicia de Menores se está contribuyendo a relegitimar el propio sistema judicial al que se le ha criticado su incapacidad para

¹⁶ cfr. FUNES, J.: “La comunidad, sus víctimas, sus delitos y su justicia”, *Prevenió. Quaderns d'estudis i documentació*, núm. 9, 1993, p. 34.

¹⁷ cfr. BARREDA, A.: “La víctima en la jurisdicción de menores”, *Jornadas especializadas para jueces de menores*, Madrid, 1996, p. 10; FUNES, J.: “La comunidad, sus víctimas...”, op. cit., p. 30.

¹⁸ cfr. PETERS y NEYS: “La pena considerada...”, op. cit., p. 188.

¹⁹ cfr. BOUCHARD, M.: “Vittime e colpevoli...”, op. cit., pp. 911-912.

²⁰ cfr. WALGRAVE, L.: “Justiça reparadora para jovens: só uma técnica ou uma alternativa com pernas para andar?”, *Infância e juventude*, núm. 1, 1996, p. 15; MARS-HALL, T.: “Out of Court” More or Less Justice?”, en R. MATTHEWS (ed.), *Informal Justice?*, Arrosmiths-Sage, Bristol, 1988, p. 30.

²¹ La idea de vincular a los padres a la medida impuesta a sus hijos cuando éstos han cometido una infracción atiende a la idea de que toda medida educativa para cumplir con sus objetivos y ser realmente efectiva debe contar con el beneplácito y apoyo de los padres.

²² Se hace referencia al perjuicio moral o psicológico porque —como se verá más adelante— los daños y perjuicios cuantificables desde un punto de vista económico ya son asumidos a través de la responsabilidad civil que se resuelve en pieza separada (arts. 61-64 de la LO 5/2000).

acallar la alarma e inseguridad sociales que generan estos pequeños actos de delincuencia previamente archivados²³. Ahora bien, cuando como ocurre en la Comunidad Autónoma Aragonesa, la mediación precisa para llegar a la conciliación con la víctima o la reparación del daño es realizada por estructuras y organismos vinculados por el interés superior del menor²⁴, cabe la tentación y la tendencia²⁵ a utilizar la mediación y, en consecuencia, a la víctima como punto clave de una política de rehabilitación de los menores infractores²⁶.

De entrada, todos, operadores jurídicos y expertos sociales, acuerdan que —si bien la LO 5/2000 ha intentado mejorar la situación— en el transcurso del procedimiento ante el Juez de Menores se produce una indefensión total de aquél que ha resultado víctima de la infracción, en beneficio del menor que la ha cometido. Éste último aparece sobreprotegido desde un punto de vista legislativo y desde la práctica judicial. Obviando que, en la mayoría de las ocasiones, el perjudicado es también otro menor que, en consecuencia, aparece doblemente vic-

²³ cfr. PETERS y NEYS: “La pena considerada...”, op. cit., pp. 167, 179. De hecho, Jean-Pierre Bonafé-Schmitt ubica la novedad y éxito de la conciliación y la reparación en su inserción en un “marco de crisis sin precedente del sistema judicial de regulación de los conflictos”; vid. para ello BONAFÉ-SCHMITT, J.P.: “Médiation: un nouveau mode pour régler les litiges”, *Plädoyer*, núm. 2, 1996, p. 53.

²⁴ Según la LO 1/1996, de *Protección Jurídica del Menor*, todos los organismos de menores estarán condicionados por el mismo.

²⁵ Los expertos sociales, entusiastas con este mecanismo —novedoso desde la LO 4/1992, de 5 de junio, *sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores*— confiesan una “cierta” presión realizada sobre las víctimas para que acepten la reparación del daño o al menos la conciliación con el menor autor del perjuicio; vid. BERNUZ, M.J.: *De la protección de la infancia a la prevención de la delincuencia*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 239-ss. Por ello, para salvaguardar los intereses de los afectados, se plantea la necesidad de que estos procesos se realicen en un ámbito judicial. De manera que se ofrezca a las partes espacios de seguridad para negociar con autonomía; cfr. HUMPHRIS, N.: “Educational Aspects of French Cabinet Justice”, *Official Responses to Problem Juveniles: Some International Reflections, Oñati Proceedings*, núm. 8, 1991, p. 232. Por su parte, Jean Carbonnier defiende la postura contraria. Así, considera que debe excluirse la posibilidad de realizar conciliaciones o reparaciones, como en Francia, por magistrados profesionales en activo, ya que en este caso no se produce ningún proceso desjudicializador y destaca que “conservarán en el manejo de la mediación hábitos de ‘palacio’ (de justicia), sedimentos de mentalidad jurídica”. Alude a que “esta infrajusticia no será menos fascinada por la justicia superior, se otorgará formalidades, retrasos, adquirirá esta percepción tan original del tiempo que tienen todas las justicias”; vid. CARBONNIER, J.: “Réflexion sur la médiation”, en VV.AA., *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflicts?*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1992, pp. 13-15.

²⁶ cfr. BONAFÉ-SCHMITT, J.P.: “Une esquisse d’état des lieux de la médiation”, *Le Groupe Familial*, núm. 10, 1989, p. 14.

timizado: primero por la infracción y, *a posteriori*, por el propio desarrollo del procedimiento judicial. Esta actitud desconoce la exigencia de unas políticas de protección extensibles a todos los niños; incluyendo también, por tanto, las demandas del menor que ha sufrido la infracción. De forma que la respuesta a sus necesidades, por el momento, resulta absolutamente precaria; por no decir inexistente. Así, ni encuentra réplica desde las instancias de Protección de Menores que siguen concentrando sus esfuerzos en los problemas de los niños en el entorno familiar. Ni tampoco desde el Juzgado de Menores que, como decimos, sigue centrándose en la defensa del interés del menor infractor. Desde este punto de vista, la protección global del menor que proclama tanto la Convención de los Derechos de los Niños, como la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*, permanece todavía ajena a la práctica de las instituciones judiciales de menores.

En ocasiones, lo que ocurre es que el interés del perjudicado resulta menospreciado atendiendo al escaso valor económico de la mayor parte de las infracciones que llegan ante los juzgados de menores. Haciendo que la índole de la compensación apropiada no sea tanto monetaria como afectiva o moral. La LO 5/2000 sí que ha prestado más atención que la previa normativa a esta situación de ausencia de compensación del perjudicado. El perjuicio afectivo o moral lo satisface, en parte, posibilitando la conciliación y la reparación entre el menor infractor y la víctima. En relación a los daños materiales, se establece que el Juez de Menores, recibido el parte de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, abrirá la pieza separada de responsabilidad civil (arts. 16.4 y 64)²⁷. No obstante, para salvaguardar los derechos y las garantías procesales del menor, no cabrá el ejercicio de acciones por particulares, salvo cuando se trate de personas que en el momento de cometer la infracción tuvieran cumplidos los dieciséis años y hubiera mediado violencia o intimidación, o grave peligro para la vida de las personas. Si bien, sí que se les concede la posibilidad de que, llegado el caso de celebración de audiencia, se personen en la causa de cara a valorar el conjunto de la prueba realizada (art. 25).

Desde otra perspectiva, es preciso reseñar que la entrada de la víctima en la discusión de los problemas y en la reconstrucción del conflicto puede resultar interesante (e interesada) desde el momento en que puede contribuir a realizar tareas de prevención general positiva y de

²⁷ Con esta prescripción se acaba con la situación que constataba un letrado, en el entorno de un grupo de trabajo (30 de abril de 1997) de que sólo un reducido número de perjudicados por infracciones de menores acaban acudiendo a la vía civil; vid. BERNUZ, M.J.: *De la protección de la infancia...*, op. cit., p. 326.

legitimación del sistema de cara a la opinión pública. En primer lugar, la comunidad queda satisfecha al obligar al niño o adolescente infractores a reparar el daño, sea directamente realizando un servicio a la víctima, o indirectamente, en su defecto —cuando el perjudicado se niega a tener cualquier tipo de contacto con el menor—reparando a la comunidad²⁸. Además, la propia incorporación de la víctima a la discusión de sus intereses legitima, por sí, un sistema que antes la excluía de manera injusta y la reducía al anonimato. Por su parte, la práctica generalizada de los juzgados de menores que tienden a proponer la reparación o la conciliación para delitos poco graves o faltas que, caso de no existir la medida habrían sido archivados, acalla la alarma social producida por la falta de respuesta a la delincuencia de *bagatela* de los menores. Por último, se defiende que esta práctica responsabiliza a los menores que con el archivo o el sobreseimiento incondicional pueden —eventualmente— acrecentar su sentimiento de impunidad.

Como venimos señalando, en el entorno de la justicia de menores, las mayores ventajas que se desgajan de la puesta en marcha de los procesos de reparación y conciliación se producen para el menor infractor. Se defiende que el diálogo y la conciliación con la víctima y la reparación del daño producido le facilitan la comprensión del acto y la asimilación de las normas sociales²⁹. Las razones de esta atención preferente a las necesidades del niño en conflicto con la norma deben buscarse en nuestro país en los antecedentes de los Juzgados de Menores: los Tribunales Tutelares de Menores. Estos conocían tanto de las dificultades y carencias de los niños en el entorno familiar, como de los problemas sociales que evidenciaban los menores a través de la comisión de una infracción. Unas y otros eran percibidos como síntomas de la peligrosidad social o criminal de un individuo. Y que, en consecuencia, demandaban un tratamiento: preventivo y protector los primeros y reactivo los segundos. Estos antecedentes hacen que, en cierta medida, los Juzgados de Menores se sigan percibiendo como otro instrumento más de detección y denuncia de los problemas de los niños. Y, así, el niño que infringe la norma es el que manifiesta una dolencia, y no tanto aquél que sufre las consecuencias de la infracción. En concreto, esta infracción de la norma es percibida como una señal de alarma y una demanda de ayuda por el joven infractor. Olvidando en el camino a la víctima que será tenida en cuenta en la medida en que pueda contribuir a

²⁸ cfr. WALGRAVE, L.: “Au-delà de la rétribution: la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre la délinquance (des jeunes)?”, en J.F. GAZEAU y V. PEYRE (coords.), *La justice réparatrice et les jeunes*, CRIV, Vaucresson, 1993, p. 14.

²⁹ cfr. KING, M. y C. PIPER: *How The Law Thinks About Children*, Gower, Aldershot, 1990, pp. 105-107.

concretar el interés del menor. Viéndose, en consecuencia, condenada a permanecer en el olvido de su doble victimización.

En síntesis, la reparación y la conciliación en el entorno de la Justicia de Menores, hoy en día, se materializa como otro más entre los recursos aptos para responsabilizar a los menores infractores³⁰. De manera que la atención que se presta al perjudicado resulta secundaria y, en cierto modo, “interesada”. Así, quizás por la función de quienes ponen en marcha este tipo de mecanismos, se comienza a percibir a la víctima como un elemento “conveniente” en la tarea de responsabilización social del menor. Tarea a la que, por otro lado, se compromete puntualmente la Justicia de Menores. En cuanto el contacto con la víctima puede ayudar al menor infractor a comprender el alcance real de la infracción y conseguir concienciarle de los hechos cometidos mejor que una sanción abstracta, se puede llegar a forzar en algún momento su consentimiento o al menos su asentimiento³¹.

El equívoco que rodea a la filosofía restauradora en la Justicia de Menores hace que frente a quienes defienden la posibilidad de identificar la reparación como modelo ideal de justicia se erijan aquéllos que consideran que no puede hablarse de una nueva alternativa al modelo rehabilitador y al retributivo³². Estos últimos defienden, en primer lugar, que la jurisdicción y los procesos de reparación se aplican a supuestos diferentes y plantean lógicas de actuación distintas. De manera que todo intento de conformar un modelo de “justicia reparadora” resultaría infructuoso ya que acabarían predominando las dinámicas de actuación de la justicia o las exigencias de la reparación. En segundo lugar, parten de una idea del derecho como un sistema cerrado, con sus propios filtros de interpretación de la realidad, que pese a su enclaustramiento tiene necesidad de desarrollar medidas alternativas, aparentemente más “sociales”. No obstante, ocurre que el derecho al entrar en contacto con ellas, las impregna de la ideología represiva propia del derecho (penal en este caso)³³, así como de los tiempos y de las

³⁰ cfr. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.: “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, *Eguzkilore*, núm. 10, 1996, p. 206.

³¹ cfr. en este sentido FAGET, J.: *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Érès, Toulouse, 1992, p. 63; WALGRAVE, L.: “Justiça reparadora...”, op. cit., p. 25; VARONA, G.: *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?*, IISJ, Oñati, 1996, pp. 69, 74.

³² Marco Bouchard defiende que lo único que consiguen estos nuevos procesos es rellenar los huecos que no podía cubrir el derecho penal. De forma que el modelo reparador no es un modelo que venga a sustituir al de justicia sino que viene a apoyarlo; vid. BOUCHARD, M.: “Vittime e colpevoli...”, op. cit., p. 914.

³³ cfr. MATTHEWS, R.: “Reassessing Informal Justice”, en R. MATHEWS (ed.), *Informal Justice?*, Arrowsmiths-Sage, Bristol, 1988, p. 10.

formas judiciales. Afirman los escépticos del “modelo” reparador que la mediación es una técnica de tipo comunitario, pero nunca puede constituir un tipo ideal de justicia. Ello supondría enclaustrar los objetivos comunitarios propios de la reparación y dar salida a los judiciales y represivos. Concluyen, a la postre, que la mediación representa una “farsa” con iguales objetivos que el sistema judicial. La conciliación y la reparación aspiran en último término a “demostrar que el menor ha sufrido o que se ha reformado”, al igual que es ésta la pretensión del sistema retributivo³⁴.

II. La recepción de la filosofía reparadora en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Como han mostrado las sucesivas normativas que se han encargado de regular la justicia de menores, ésta se halla en un constante proceso de revisión y crítica de las líneas por donde debe moverse. De una fase inicial de predominio de la defensa social encubierta con fines de protección y bienestar del menor y exclusión de las garantías procesales, se pasó a otra etapa de excesiva judicialización y procedimentalización de la justicia de menores. De una mirada hacia el pasado, hacia los antecedentes y el entorno del menor, se pasó a una fijación por el futuro, por el castigo del niño y su reinserción social. De una objetivación del menor a través de su protección se pasó a otra objetivación a través de la imposición de las medidas educativas y sancionadoras. Significando el paso de una etapa a otra un mantenimiento, en ocasiones, de elementos de fases anteriores. No obstante, frente a todas las posiciones en contra, parece que la “filosofía reparadora” se erige en orientación de esta jurisdicción especializada, sea para convertirse en alternativa al procedimiento ante el juez de menores, a la hora de funcionar como medida responsabilizadora del menor, o como uno —entre otros— de los mecanismos óptimos para materializar el principio de intervención mínima. Tanto la conciliación, como la reparación intentan responder a las exigencias desformalizadoras del proceso y desjudicializadoras de la responsabilidad del menor. Si bien, en ocasiones, pueden resultar superjudicializadoras según pretendan completar o sustituir al sistema de justicia de menores.

³⁴ cfr. FAGET, J.: *Justice et travail social*, op. cit., pp. 66-67.

II.1. *Los fines de la desjudicialización o el simbolismo de las formas jurídicas: la conciliación y la reparación*

La defensa por la desjudicialización y por la búsqueda de alternativas a la comparecencia ante el juez de menores se ha realizado tanto por las instancias internacionales, como por las normativas y las prácticas —en ocasiones “extralegislativas”—puestas en marcha por algunos estados. Desde una perspectiva internacional, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores³⁵ dedican su principio 11 al “recurso a medios extrajudiciales”. También la Recomendación R(87)20 del Consejo de Europa afirma la necesidad de promover el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación al nivel de los órganos encargados de archivar el caso; con la finalidad de evitar al menor la continuación del procedimiento judicial. Igual apuesta realizará, años más tarde, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños. En concreto, ésta, atendiendo a los efectos estigmatizadores que tiene para el menor infractor la comparecencia ante instancias judiciales, promueve “siempre que sea apropiado y recomendable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3.b)³⁶.

Esta apuesta por la desjudicialización es recogida por la LO 5/2000 cuando concede al Ministerio Fiscal la posibilidad de no incoar, o de desistir de la continuación del expediente cuando el menor se haya conciliado efectivamente con la víctima, se haya comprometido a reparar el daño causado a ésta o al perjudicado, o se responsabilice a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. Evidentemente, en ambos casos será el equipo técnico del Juzgado de Menores quien, en el informe psicológico y social, evaluará la posibilidad de que el menor se concilie con la víctima o realice una actividad reparadora —

³⁵ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40/33, de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing).

³⁶ En sentido contrario, Gennaro Vito y Debora G. Wilson realizan una crítica de la "diversion", la parte procesal de la desformalización. Consideran, en primer lugar, que no es probado que se produzca ninguna estigmatización, ni tampoco que ésta, a su vez, lleve a la reincidencia. Al contrario, el aumento de discreción puede suponer un aumento del abuso del poder discrecional, un incremento del número de jóvenes que están bajo control judicial, un atentado contra el principio del juicio contradictorio e incluso una distracción de la atención del sistema de justicia juvenil que necesita una reforma; vid. VITO, G. y D.G. WILSON: *The American Juvenile System*, Sage, Beverly Hills, 1985, pp. 22-25.

proponiendo igualmente su contenido y finalidad. Ahora bien, la limitación de la potencialidad de la medida procede del tipo de infracciones susceptibles de ser propuestas para conciliación o reparación. De hecho, la legislación establece que el Ministerio Fiscal deberá atender a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor y, en particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. Así, indica expresamente que el desistimiento sólo cabrá cuando el hecho imputado al menor sea delito menos grave o falta (art. 19).

En cuanto a su contenido, hay que añadir que, si bien la conciliación y la reparación se orientan a lograr el mismo objetivo —en este caso el sobreseimiento de la causa—, y se apoyan en una misma filosofía del perdón entre las partes y de la reparación del perjuicio, ambas divergen en su contenido. Así, según el propio artículo 19, la conciliación se realiza con una “satisfacción psicológica”, cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima y a su vez ésta acepte las disculpas. Por su parte, la reparación supone un paso más. Representa el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones, bien en beneficio directo de una u otro: reparación directa, bien en beneficio de la comunidad: reparación indirecta³⁷. De forma que para que el compromiso de reparar produzca el efecto de sobreseer el expediente se exigirá el cumplimiento efectivo de los compromisos contraídos. Caso de no ser así el Ministerio Fiscal continuará con la tramitación del mismo. Entre las ventajas evidentes que ofrecen la conciliación y la reparación, se han destacado que el necesario acercamiento en el espacio del menor y la víctima, junto a la aproximación en el tiempo de la infracción y la consecuencia derivada de ella, favorecen la mayor responsabilización del menor en relación al acto y la mejor asunción del sufrimiento que se ha causado³⁸.

³⁷ Alain Bruel, juez de menores francés, denuncia la escasa relevancia que se le concede a la reparación indirecta que permite que el menor se beneficie del sobreseimiento del expediente cuando éste ha manifestado una voluntad sincera de reparar y ha llegado a un acuerdo con la víctima. Y al margen de que la víctima no desee que los servicios se realicen en su beneficio; vid. BRUEL, A.: “La réparation: un rendez-vous à ne pas manquer”, en M. VAILLANT, *De la dette au don*, ESF, Paris, 1994.

³⁸ Es preciso, no obstante, dejar apuntadas algunas críticas realizadas por la doctrina relativas a la promoción de la conciliación y la reparación como “justicias rápidas”; vid. WYVEKENS, A.: *L’insertion locale de la justice pénale: aux origines de la justice de proximité*, L’Harmattan, Paris, 1997. Así, se antepone que si bien la propuesta de reparación debe ser inmediatamente posterior a la comisión de la infracción, su realización efectiva exige un cierto tiempo para que el menor pueda efectivamente madurar y reflexionar sobre las acciones que se le imputan y la reparación que se le requiere. En esta demanda de un tiempo de reflexión se enmarca también la necesidad —no recogida por la LO 5/2000— de que el consentimiento no sea irrevocable ya que puede haber sido otorgado en el marco de la urgencia tras la comisión de la infracción.

Además, es preciso recordar que el compromiso de reparación o la conciliación son ajenos al ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del delito o falta cometidos por el menor. Ésta lleva un camino paralelo y se resuelve en pieza separada. De este modo se salvaguardan los intereses del menor sin menospreciar los de la víctima. En cuanto a la víctima, la reparación atiende a sus intereses desde un punto de vista global y no sólo económico. De hecho, ni la reparación, ni la conciliación tratan principalmente de satisfacer los intereses económicos; en cuanto éstos, en cualquier caso, van a quedar cubiertos por las acciones civiles correspondientes. Caso de que —como ocurría con la LO 4/92, de 5 de junio— no se abriera automáticamente pieza separada de responsabilidad civil, cabría la “tentación” de llegar a la reparación para evitar así cualquier otra compensación, económica o no. Dado que la compensación económica se produce por vía civil, la reparación o la conciliación tienen por objeto en España —a diferencia de cuanto ocurre con la reparación en la ley penal juvenil alemana— realizar una compensación moral y evitar que el menor infractor mantenga cierto resentimiento y deseos de venganza hacia la víctima³⁹.

Por su parte la Justicia de Menores, al igual que el resto de instituciones de menores, debe hacer todo lo posible para dar una respuesta adecuada a los intereses del niño. Así, la propia reducción de los formalismos judiciales con el consiguiente acortamiento de las distancias y los tiempos lograrán, desde un punto de vista negativo, evitar la estigmatización que supone la continuación de un procedimiento judicial o la imposición de una medida. Además, desde una perspectiva positiva, la posibilidad que ofrece la reparación de llegar a un acuerdo con la víctima en relación a las acciones a realizar permite al menor, en primer lugar, reflexionar sobre el daño producido y, posteriormente, atendiendo a sus capacidades, idear alguna actividad para compensar el perjuicio causado. Promoviendo de esta manera una justicia más “humana, cálida y comprensiva”⁴⁰. El fomento de una justicia más “interactiva” presupone una apuesta tanto por las capacidades de los individuos implicados en la infracción de cara a resolver los conflictos surgidos en una fase previa a la judicial, como por la puesta en marcha mediante órganos diversos a los tradicional y estrictamente judiciales⁴¹.

³⁹ No es el caso en Alemania donde la reparación se traduce generalmente en una compensación económica; vid. ALASTUEY DOBON, C.: *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 394-398.

⁴⁰ cfr. THÉRY, I.: *Le démariage, Justice et vie privée*, Odile Jacobs, Paris, 1993, p. 176.

⁴¹ Bruel destaca que aunque las mediaciones que lleven a la reparación o la conciliación las ponen en marcha instancias colaterales a las judiciales, será preciso la intervención de un magistrado para decidir en última instancia la reparación y para asegurar el respeto de las libertades y garantías procesales. Entre éstas, al menor infractor se le garantizará su presunción de inocencia y a la víctima el derecho a obtener una

Frente a las entusiastas pretensiones del movimiento desjudicializador y ante la tentación de que el mediador o el juez se conviertan en órganos burócratas que se limiten a ratificar un acuerdo logrado o una conciliación exitosa entre las partes, otro sector clama por la devolución al proceso del protagonismo perdido. Como antepone Faget⁴², esta aproximación al menor, esta justicia más cercana, puede trivializar la infracción y el daño cometidos. La idea que subyace en esta defensa de la restauración de lo simbólico es que la justicia puede representar otra instancia socializadora, una continuación de las tareas iniciadas, o no, por las instancias educativas. De manera que la colocación del menor ante sus órganos también lo transforman en constructor y reconstructor de su propia historia⁴³. Destacan que la pretensión del aparato penal no es tanto establecer límites, separar y confrontar, como tratar de buscar en la teatralidad la adhesión que una justicia “desritualizada” no podría alcanzar. Se asegura que el actor social, el menor, perdido en una sociedad que lo objetiva, encuentra en el proceso un relativo protagonismo, “tiene, por fin, el sentimiento de ser un individuo único”⁴⁴. No se pretende tanto establecer el límite que no hay que sobrepasar, como reforzar la validez de las normas⁴⁵. Incluso se llega a asignar al proceso funciones de advertencia y disuasión que la dogmática penal identificaría con la pena. Destacan que la restauración del mundo de las imágenes y la prevención de la reincidencia a través de ellas corresponde a las instancias judiciales y al proceso. Por contra, defienden que la prevención de la reincidencia actuando sobre las causas sociales debe corresponder a otras instancias ajenas al sistema judicial⁴⁶. No obstante, afirmar que el proceso puede generar una dinámica de disuasión que lo hace autosuficiente induce a imaginar que el recurso a la sanción deviene, en consecuencia, innecesario.

indemnización correspondiente por daños y perjuicios; vid. BRUEL, A.: “La réparation...”, op. cit.

42 cfr. FAGET, J.: *Justice et travail social*, op. cit., p. 8.

43 cfr. DE LEO, G.: *La devianza minorile...*, op. cit., pp. 131-132.

44cfr. THERY, I.: *Le démariage...*, op. cit., p. 187.

45 Jacques Faget considera que “no se trata tanto de satisfacer necesidades reales como de transformar la idea que los ciudadanos tienen de la realidad”. Acepta sin embargo que el papel de esta justicia “simbólica” es muy reducida ante la gran extensión de mecanismos alternativos de resolución de conflictos; vid. FAGET, J.: “La médiation pénale. Une dialectique de l’ordre et du désordre”, *Déviance et société*, núm. 17/3, 1993, p. 67.

46 Faget (1995, 37) defiende que: “la justicia se inscribe en un universo mágico e irreal (ficción) (...) la mediación actuaría a la inversa, directamente inmersa en la interacción humana (realidad). No obstante, está tan próxima al principio-culto de la pacificación de las relaciones sociales que acaba por olvidar las virtudes fundamentales del conflicto”; vid. FAGET, J.: “La double vie de la médiation...”, op. cit., p. 37.

Ante el peligro de una justicia que únicamente se defina por la forma y el procedimiento y que pueda degenerar en una despersonalización y mayor anonimato del individuo, surge otra que corre el riesgo de excluirlo por completo. Aquí no caben posturas extremas. El peso de un modelo tradicional de justicia favorece que la exclusión de las “formas” procesales lleven al propio usuario a considerarse menospreciado. De manera que el proceso imaginario se impone como necesario telón de fondo de una justicia negociada y humana que no sirve por sí misma. En definitiva, resulta que los “clientes” asignan al proceso el valor de una “justicia sustancial” mientras que los “vendedores” de justicia califican a la audiencia como la confirmación de un acto previo que tenía sentido por sí mismo, el acuerdo entre las partes⁴⁷. La tendencia parece apuntar no hacia la sustitución de un modelo de justicia por otro, sino al respaldo de uno por el otro. A la implantación de unas formas que en cierto modo legitimen unos contenidos.

II.2. Del principio de oportunidad y de intervención mínima a la “superjudicialización” de la intervención selectiva

De manera complementaria a la exigencia de buscar mecanismos ajenos a los judiciales, actúan los principios de oportunidad y de intervención mínima que deben guiar la actuación de las instancias jurisdiccionales de menores. Esto supone, entre otras cosas, y atendiendo a la caracterización de la LO 5/2000 como una disposición de “naturaleza sancionadora-educativa”, evitar la tentación de extender la medida en el tiempo con la pretensión de prolongar los posibles efectos benéficos que pueda tener una medida —que en algún sentido puede resultar— educativa. Hay que tener presente que la medida judicial se impone como consecuencia de la comisión de un delito o falta tipificados en las leyes penales y para mostrar el reproche social que merecen esos hechos⁴⁸. Esta filosofía de la intervención mínima es la que preside el artículo 51.2 de la LO 5/2000 cuando establece que el juez de menores podrá dejar sin efecto la medida impuesta en cualquier momento en que se produzca la conciliación del menor con la víctima, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el Equipo Técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores. Ahora bien, no se trata de una finalización incondicional ya que, al igual que el artículo 14, se vuelve a hacer hincapié en la necesidad de que a juicio del juez de menores el acto de conciliación y el tiempo que hasta ese momento

⁴⁷ cfr. THERY, I.: *Le démariage...*, op. cit., pp. 207, 211.

⁴⁸ Como muestra bastará hacer referencia al artículo 14 de la LO 5/2000 que recoge la posibilidad de modificar la medida impuesta “cuando se exprese suficientemente (al menor) el reproche merecido por su conducta”.

ha durado la medida deberán expresar suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Como decimos, esta materialización concreta del principio de intervención mínima y del anteriormente descrito de la desjudicialización, son recogidos en la normativa y considerados como precisos en la práctica⁴⁹. Sin embargo, en ocasiones la propia configuración de la normativa o su realización en la práctica pueden acarrear efectos contrarios de los, en principio, propuestos. Así, en primer lugar, con la “condicionalidad” legal de la reparación y la conciliación –recuerdo que se prevén para delitos menos leves o faltas, se puede estar sembrando la “pseudojudicialización” o “superjudicialización” de algunas infracciones que de no existir esta medida habrían sido archivadas. A través de esta posibilidad de reparación, y atendiendo a que es considerada positiva para el menor en cuanto le responsabiliza y conciencia del daño causado, se está dando entrada a un mayor número de casos a las instancias judiciales. Casos que como digo, en otro caso habrían sido archivados y, en los cuales, sería preciso seguir planteando la “bondad” del archivo. Y ello porque, aunque se trata de mecanismos alternativos al procedimiento judicial, no dejan por ello de funcionar a raíz de la comisión de un hecho tipificado en las leyes penales, de ser propuestos y puestos en marcha por los equipos técnicos del Juzgado de Menores, y acordados por el Ministerio Fiscal. De manera que, en consecuencia, se podría llegar a la realización de un principio contrario: el de intervención máxima. ¿Razones? Esta promoción “masiva” de las alternativas al procedimiento judicial puede encontrar su razón de ser en la teoría de la “tolerancia cero” tan presente en las políticas de seguridad norteamericanas y que poco a poco se integra en la mentalidad de los legisladores europeos. Teoría que, con el objetivo de prevenir la reincidencia, no fomentar el sentimiento de impunidad en el menor infractor y calmar la alarma social, promueve la reacción ante cualquier infracción, a través de cualquier instancia vinculada al niño y en el más breve lapso de tiempo posible.

En este sentido, aunque se ha afirmado que la reparación, en el entorno de la justicia de menores, se pone del lado de quienes se encuentran más desprotegidos desde un punto de vista procedimental, personal o social: las víctimas de la infracción o el menor infractor⁵⁰, también es cierto que la comunidad sale perjudicada por un sistema de justicia que únicamente pueda conocer, por razones de economía, tiempo y, sobre todo, de oportunidad, de los atentados más graves contra el orden

⁴⁹ cfr. BERNUZ, M.J.: *De la protección de la infancia...*, op. cit., p. 268.

⁵⁰ cfr. PETERS, T. y A. NEYS: “La pena considerada...”, op. cit., p. 84.

social. Dejar, en consecuencia, de lado todas esas pequeñas infracciones que acaban siendo archivadas o sobreseídas consigue incrementar el sentimiento de inseguridad y la alarma social. Con la constatación del ascenso de infracciones de *bagatela* que incomodan más que dañan, y con la conciencia de que los tribunales ordinarios son incapaces e ineficaces para dar salida y responder a las mismas, la aparición de la posibilidad de llevarlas por otras vías menos estigmatizantes que las judiciales puede empujar a proponer la conciliación o la reparación para delitos leves que, de otro modo, serían archivados. Satisfaciendo directamente con ello más este interés social en que estas infracciones “cotidianas” sean conocidas⁵¹, que el propio del menor en que su caso se archive en algunas ocasiones.

Por todo ello, algunos autores defenderán que con esta actuación se puede contribuir a favorecer el sentimiento de seguridad en la sociedad; al tiempo que se colabora en la tarea de prevenir la reincidencia cuando se actúa sobre menores que han cometido una infracción por primera vez. Estas esperanzas no son óbice para que otro sector destaque que esta medida representa una extensión del “semiformalismo” a asuntos que se hubiesen resuelto, de todas formas, a través de mecanismos informales o que habrían sido archivados y olvidados sin mayores consecuencias⁵². En este último sentido, como digo, el propio reconocimiento generalizado de ciertas condiciones –legales o extralegales— a esta justicia alternativa favorece, en consecuencia, la creación de una “pseudojusticia selectiva”. De manera que, en la práctica, se reserva la actividad jurisdiccional ante el juez de menores para los delitos graves, en tanto la intervención pseudojudicial de la reparación y la conciliación queda para las infracciones menos graves o faltas, cometidas por primera vez, o por menores integrados socialmente⁵³. Es decir, en sentido contrario a promover una intervención mínima de la justicia, fomentan un recurso a la justicia de menores para infracciones de escasa importancia; sea a través de los métodos tradicionales o de otros alternativos. Como digo, esta actuación aparece respaldada por la aspiración a que toda desviación, por mínima que sea, obtenga una respuesta del tipo que sea, al margen de que ese resultado suponga una superjudicialización de las in-

⁵¹ cfr. BARREDA, A.: “La víctima en la jurisdicción...”, op. cit., pp. 20-21.

⁵² cfr. MARSHALL, T.: “Out of Court...”, op. cit., p. 31; BORN, M.: “Les innovations dans l’intervention sociale et la justice des mineurs en Belgique”, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, núm. 4, 1991, pp. 468-469.

⁵³ Gema Varona recoge en su trabajo algunos límites a la realización de reparaciones. Así, la gravedad o el tipo de delito cometido, el interés educativo que tiene para el menor infractor, la edad del mismo, su actitud hacia la infracción, la satisfacción de las partes implicadas, el logro de un acuerdo o la posible reincidencia; vid. VARONA, G.: *Restorative Justice...*, op. cit., pp. 65-75.

fracciones de menores. Si, por el contrario, estos mecanismos sustituyesen o se promovieran al margen de la gravedad de los delitos entonces se lograría efectivamente desjudicializar la Justicia de Menores. Porque en ese momento la confianza en las capacidades del menor sería extensible a todos los menores⁵⁴.

La reparación o la conciliación –con las previas actividades de mediación realizadas⁵⁵, en cuanto alternativas al procedimiento ante el juez de menores, se plantean como opciones atrayentes frente a una justicia “tradicional”, poco flexible, muy burocrática, demasiado lenta y en exceso compleja. No obstante, la sospecha de que estos mecanismos se puedan alejar del interés del menor que los inspiraron en un principio, los condenan a permanecer como formas subdesarrolladas de resolución de conflictos paralelas a la justicia tradicional y que atienden —en ocasiones— a fines de defensa y de protección social. No obstante, también es preciso advertir que la promoción de sus efectos de defensa social puede popularizarla hasta tal punto que los mismos peligros que acechan a la justicia ordinaria –la burocratización excesiva⁵⁶, la lentitud, la profesionalización masiva, la pérdida de personalización, así como la extensión de las redes de control⁵⁷, pueden acabar alcanzando también a la reparación o la conciliación. A ello se añade la comprobación de que no es tan barata como se pensaba. Ni siquiera es conveniente su promoción como un tipo de justicia más rápida puesto que la celeridad no es en modo alguno acorde con la precisa madura-

⁵⁴ Igualmente cambian los objetivos de estos mecanismos según su configuración. Así, cuando se realiza extrajudicialmente se pretende evitar la sobrecarga del sistema de justicia ordinario y eludir el formalismo estigmatizante del procedimiento judicial. Si se realiza en el entorno judicial destaca la responsabilización del menor a través de la confrontación con la víctima en un ámbito que garantice los derechos del menor.

⁵⁵ J.-P. Bonafé-Schmitt define la mediación como un "proceso formal por la que un tercero neutro intenta, con el consentimiento del infractor que ha reconocido su culpabilidad y de la víctima, y a través de la organización de encuentros entre las partes, permitir a las mismas confrontar sus puntos de vista y encontrar, con su ayuda, una solución al conflicto que les separa"; vid. en FAGET, J.: "La médiation pénale...", op. cit., p. 223. La Comisión Técnica de Reforma define en 1993 la reparación como "un enfrentamiento del menor con su propia conducta y las consecuencias derivadas de ella, realizado a través de una intervención de tipo educativo y por instancia judicial. La reparación del daño implica la responsabilidad del joven por sus actos a través de la obligación de reparar o compensar en todo o en parte los daños causados según sus propias responsabilidades"; vid. SANCHA MATA, V.: "La mediación en el sistema penal...", op. cit., p. 125.

⁵⁶ En relación a este extremo me remito a VARONA, G.: *Restorative Justice...*, op. cit., pp. 74, 76; MARSHALL, T.: "Out of Court...", op. cit., p. 34; LE ROY, E.: "La médiation mode d'emploi", *Droit et Société*, núm. 29, 1995, pp. 47-48.

⁵⁷ cfr. MARSHALL, T.: "Out of Court...", op. cit., pp. 31-32; MATTHEWS, R.: "Re-assessing Informal Justice...", op. cit., p. 9.

ción que exige una conciliación real con la víctima, la reparación del daño causado o la misma resolución del conflicto⁵⁸.

II.3. Un juego de intereses: la distancia entre las prestaciones en beneficio de la comunidad y la reparación

A lo largo del trabajo he dejado patente la omnipresencia de la filosofía reparadora en la LO 5/2000. En concreto, ésta se presenta como mecanismo que evita la continuación o la apertura del expediente —a través de la conciliación y la reparación—, o que finaliza el cumplimiento de la medida judicial impuesta únicamente mediante la conciliación. E incluso se acoge esta filosofía reparadora a través de la medida judicial de prestaciones en beneficio de la comunidad. Como anteponíamos, la conciliación se realiza efectivamente cuando el menor se arrepienta y se disculpe y la persona ofendida otorgue su perdón. La reparación requiere que el menor ejecute el compromiso contraído con la víctima o el perjudicado en relación al daño causado. De manera que la esencia de esta medida se encuentra en que el menor comprenda que actuó de manera incorrecta, que merece el reproche formal de la sociedad y que la prestación de los servicios es “un acto de reparación justo”. En principio, ambas buscan la reparación del daño en sentido amplio. Ahora bien, en cuanto cabe la reparación indirecta, es decir la realización de las actividades acordadas, en beneficio de otra persona o institución ajenas a la víctima, podemos preguntarnos qué sentido tiene llegar hasta la imposición por el juez de menores de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad.

En principio, media una distancia de calificación jurídica, ya que mientras es muy evidente que las prestaciones en servicio de la comunidad son una medida jurídica, la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 no entra a calificar a la reparación y a la conciliación⁵⁹. En consecuencia, los momentos e instancias de decisión son distintos. Así, sólo cuando la conciliación o el compromiso de reparación deciden el sobreseimiento del expediente o impiden su incoación, éstos son decididos por el Ministerio Fiscal. El resto es decisión del juez de menores. Por su parte, con carácter general, las prestaciones en beneficio de la comunidad forman parte del abanico de medidas a disposición del juez, se aplican como consecuencia de haber llevado el expediente has-

⁵⁸ cfr. WYVEKENS, A.: *L'insertion locale...*, op. cit., p. 461.

⁵⁹ Por el contrario, en el ámbito del derecho penal juvenil alemán la reparación o la compensación entre autor y víctima sí que se regulan como sanciones formales impuestas por el juez de menores —sea como carga o como regla de conducta respectivamente—; cfr. ALASTUEY, C.: *La reparación a la víctima...*, op. cit., pp. 392-398.

ta el final y por tanto son decididas y delimitadas en extensión y en contenido finalmente en audiencia por el juez de menores. Si bien también cabe la posibilidad de finalizar el trámite en la comparecencia ante el juez de menores y decidido por éste —sin pasar a la audiencia— con una sentencia de conformidad; cuando en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal éste solicitara la imposición de la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad y el menor mostrase su acuerdo con los hechos atribuidos y la medida asignada. Por último, la conciliación —que no la reparación— realizada en cualquier momento, podrá poner fin al cumplimiento de una medida, cuando el juez de menores, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor juzgue que el acto y el tiempo de duración de la medida expresan suficientemente el reproche que merecen los actos cometidos.

Además la distancia radica en las condiciones de aplicación: la naturaleza de las infracciones que posibilitan las salidas del procedimiento o la exigencia de compromisos entre la víctima y el menor. En relación al primer extremo, la reparación o la conciliación decididas por el Ministerio Fiscal sólo podrán proponerse cuando se trata de un delito menos grave o de una falta. En tanto que las prestaciones en beneficio de la comunidad pueden imponerse, en principio, en cualquier caso. Varía únicamente el número de horas máximas de prestaciones atendiendo a la gravedad de la infracción o a la edad del menor⁶⁰. Por su parte, la sentencia de conformidad cabe plantearse al margen de cuál sea la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, salvo cuando se trata de un internamiento de cualquier tipo. En relación a la finalización del cumplimiento de la medida, ésta cabe independientemente de cual sea la medida aplicada; siempre que se haya expresado suficientemente el reproche social por el hecho. En cuanto al segundo aspecto, mientras la característica propia de la reparación es el compromiso a que se llega entre el menor y la víctima sobre las actividades a realizar; en las prestaciones en beneficio de la comunidad éstas son impuestas por el juez unilateralmente. Además, en tanto que la reparación supone la imposición de una serie de actividades atendiendo al interés del menor, en el caso de la medida judicial de realizar determinadas prestaciones en beneficio de la comunidad, éstas se establecen atendiendo principalmente a los bienes jurídicos afectados por la infracción.

⁶⁰ Así, el artículo 9 de la LO 5/2000 establece que cuando se trata de una falta sólo cabrá fijar hasta 50 horas y cuando se trata de un delito se podrán imponer hasta 100 horas. Atendiendo al sujeto, la normativa determina que cuando el menor infractor tiene más de dieciséis años cabrá aplicar hasta 200 horas.

En definitiva, la apuesta por la filosofía reparadora que realiza la LO 5/2000 queda suficientemente probada y su utilidad se concreta en varios frentes. Se trata, en primer lugar, de “desatascar” la maquinaria judicial concediéndole al Ministerio Fiscal posibilidades de actuación rápida a través de una propuesta de reparación o conciliación. Ello pese a que logra, en realidad, instaurar una justicia a dos niveles: la justicia de menores tradicional para las infracciones graves, y la reparación o la conciliación —pseudojusticia de menores— para las infracciones leves. En segundo lugar se aspira a conceder a la víctima un lugar en el proceso que tome en consideración el daño moral o psíquico que ésta ha sufrido. En tercer lugar, se pretende que la reacción social a la infracción cometida consiga responsabilizar al menor más de lo que lo hace el sistema de Protección de la Infancia y logre más efectos pedagógicos que las instancias propiamente de justicia juvenil. En definitiva, se confía en poder ofrecer mayores garantías de éxito —es decir, de responsabilización de menores infractores— relacionando la naturaleza de la infracción cometida con el contenido de la reacción a la misma.

Como digo, la fe en la potencialidad educativa e integradora de la reparación o la conciliación no excluye el respeto de las necesarias garantías procesales y libertades que corresponden al menor y a la víctima. Así, sólo en una fase muy previa y por delitos menos graves o faltas cabe el sobreseimiento del expediente por el Ministerio Fiscal. En segundo lugar, se separa tajantemente la reparación “moral” o personal que realiza el propio menor, de la indemnización que finalmente le corresponda por vía civil y de la que son responsables civiles solidarios sus padres. Además, la legislación ha previsto el caso en que el menor y la víctima no estén dispuestos a llegar a un acuerdo, tipificando la medida de prestaciones en beneficio de la comunidad. La importancia de tales garantías es tal que su no consideración puede transformar el principio de oportunidad y de intervención mínima en una tendencia a intervenir de manera masiva a través de las instancias judiciales. Bien para favorecer la responsabilización del menor, para promover el respeto de los intereses de las víctimas, o para conceder una respuesta al sentimiento de inseguridad social fomentada por el silencio ante la comisión de faltas o de actos delictivos de menor importancia. Si el sistema dibujado por la normativa parece ideal sólo queda atender a su puesta en marcha efectiva para analizar sus resultados.

III. Algunas propuestas de implementación de la conciliación y la reparación atendiendo a los errores en la actual Justicia de Menores aragonesa⁶¹

La LO 5/2000 entró en vigor el 13 de enero de este año. Y, como es sabido que la puesta en marcha de una norma es muy lenta podemos dar algunas pinceladas sobre la práctica ya existente en la Comunidad Autónoma Aragonesa con la LO 4/92, de 5 de junio, *sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores*⁶². Comunidad que, dicho sea de paso, ha realizado la transición hacia la nueva normativa sin introducir apenas cambios de cara a implementar con mayor eficacia los aspectos que nos ocupan: la reparación y la conciliación. Como preámbulo, es preciso anteponer que la LO 4/1992, de 5 de junio obviaba toda referencia a la conciliación. Así, calificaba —al igual que lo hace la LO 5/2000— a la reparación como una alternativa al procedimiento judicial y, por tanto, previo al mismo. Si bien en el caso de la LO 4/1992, era el juez de menores quien, a propuesta del Ministerio Fiscal y atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones y circunstancias del menor, a que no mediase violencia o intimidación y a que el menor “haya reparado o se haya comprometido a reparar”, podía dar por concluidas todas las actuaciones. También el juez podía, atendiendo a la naturaleza de los hechos, suspender el fallo —que no su ejecución— hasta dos años cuando el menor y los perjudicados aceptasen una propuesta de reparación extrajudicial.

La reparación, tanto en la LO 4/1992 como en la LO 5/2000, se plantea como un mecanismo que conozca de las pequeñas infracciones antes archivadas, para evitar una banalización de la delincuencia, una conciencia de impunidad en los menores infractores y un sentimiento de inseguridad en la sociedad. Al tiempo que se oferta como un instrumento “desatascador” de la jurisdicción, dado que el conocimiento sistemático de todos los casos por los jueces de menores supondría una parálisis importante de una jurisdicción en la que debe primar el principio de celeridad. No obstante, resulta evidente que, en cuanto son las instituciones judiciales quienes la implementan, no se consigue realmente desjudicializar. En Aragón, son los miembros del equipo técnico

⁶¹ Para la realización de este apartado se ha recurrido a los datos proporcionados en febrero de 2001 por los equipos técnicos de los juzgados de menores de Zaragoza, Huesca y Teruel

⁶² Para más detalles sobre la regulación de la reparación en el ámbito de la LO 4/1992, de 5 de junio, me remito al excelente trabajo de ALASTUEY, C.: *La reparación a la víctima...*, op. cit., pp. 369-373.

del Juzgado de Menores quienes se encargan de realizar los informes psicosociales, de poner en marcha algunas medidas educativas, al mismo tiempo que proponen y realizan las mediaciones precisas para llegar a una reparación del daño o —con la LO 5/2000— una conciliación con la víctima. Evidenciando —ante una posible sobrecarga de trabajo— una reticencia a proponer la conveniencia de una reparación o una conciliación que después se deberían llevar a cabo desde el propio equipo. Estos reparos de los equipos técnicos fueron superados, en un principio, por la fe del Equipo de Medio Abierto en la potencialidad educativa de esta medida. Que les llevó inicialmente y de manera “extrajudicial”, a realizar medidas de reparación directas o indirectas a la víctima en el ámbito de la medida de libertad vigilada. No obstante, en este último caso, resultaba criticable y era de lamentar que este recurso educativo tuviera que prorrogar sus efectos positivos hasta la resolución de la misma por el juez de menores. Por su parte, la aceptación de la reparación extrajudicial como mecanismo que suspende el fallo resulta óptimo en la realización del principio de oportunidad y de intervención mínima exigidos en la actuación de las instancias judiciales de menores. Pero, como en el caso anterior, no se logra desjudicializar en cuanto se ha tenido que seguir todo el proceso hasta la pronunciación del fallo.

Por las razones antepuestas, al enjuiciar la mediación, se aprecian diferencias entre los educadores del Equipo de Medio Abierto y los integrantes del Equipo Técnico del Juzgado de Menores⁶³. Los primeros, encargados de poner en marcha las medidas de medio abierto, reeducativas de los menores, defienden la reparación en tanto mecanismo responsabilizador del menor de manera entusiasta. Sin embargo, refieren su incondicionalidad a un sujeto determinado: menores de catorce años, que llegan por primera vez al Juzgado de Menores, sin otros problemas adicionales, sociales o familiares y que no están integrados en ninguna banda⁶⁴. Por su parte, los expertos sociales del Equipo Técnico, que deben proponer y poner en marcha la mediación judicial, revelan algunas reservas y menor efusión al hablar de la misma en el ámbito judicial. En definitiva defienden, al igual que el Equipo de Medio Abierto, que sólo ca-

⁶³ Como digo, una de las razones que explica la “reticencia” puede ser la sobrecarga de trabajo del Equipo Técnico del Juzgado de Menores de Zaragoza. Aunque ahora cuentan con dos Equipos, siguen siendo insuficientes para desempeñar eficazmente su trabajo y poder realizar los principios que inspiran la normativa reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁶⁴ Recogen los datos extraídos de una entrevista de grupo convocada por la Asociación Aragonesa para la Promoción y Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia Molimo, con fecha de 30 de abril de 1997; cfr. BERNUZ M.J.: *De la protección de la infancia...*, op. cit., pp. 243-244.

bría esperar la eficacia de la medida cuando no hubiera otros problemas sociales o familiares adicionales y se hubiera producido un arrepentimiento espontáneo. Según King y Kratz⁶⁵, esta defensa de la mediación social se debe a una tendencia de los expertos sociales a desarrollar sus propios mecanismos de resolución del conflicto.

Si el discurso de los expertos sociales sobre la reparación resulta entusiasta, las cifras matizan esa primera impresión. Al tiempo que nos alejan, por el momento, de la idea de pensar la reparación como modelo en la Justicia de Menores Aragonesa. En primer lugar, resulta evidente que la novedad de la medida exige una cierta cautela en su puesta en marcha, requiere una asimilación de la filosofía que presupone y demanda la asignación de los medios precisos para su implementación efectiva. De hecho, el Equipo de Medio Abierto —que, como digo, se encargaba de realizar tareas de mediación para una posterior reparación del daño— se creó en febrero de 1993 y no realizaron mediaciones-reparaciones “judiciales” (de las que es preciso señalar que no están reconocidas en la legislación) hasta 1995. Y, posteriormente, entre 1995 y 1996 éstas únicamente representan un 2,65% del total de medidas puestas en marcha.

Por su parte, en relación con las reparaciones y conciliaciones llevadas a cabo por el equipo técnico de los juzgados de menores, hay que hacer una clara distinción entre Zaragoza y las otras dos provincias. Las diferencias de puesta en marcha de las normativas que separan a las Comunidades Autónomas también son trasladables al interior de la Comunidad Aragonesa. De manera que la inmensa mayoría de las reparaciones realizadas corresponden únicamente a Zaragoza. En esta provincia, aunque desde 1996 el Juez de Menores atribuyó al equipo técnico la competencia para realizar mediaciones y conciliaciones extrajudiciales, nos encontramos que sólo desde 1998 se empiezan a realizar unas y otras. Las cuales, desde ese año y hasta enero de 2001 ascienden a 92: 52 son reparaciones y 40 conciliaciones. La distancia a la que aludíamos queda patente cuando los expertos de los respectivos equipos técnicos revelan que en el último año sólo se ha realizado una reparación por provincia. Y ello, al margen de que venga determinado por una falta de concienciación, por un exceso de precaución respecto a los efectos de la medida, por una eficacia y mayor confianza en otras medidas ya tradicionales en la Justicia de Menores, por una escasez de medios personales o económicos o, en general, por una inexistencia de infraestructuras para su puesta en funcionamiento.

⁶⁵ cfr. KING M. y C. KRATZ: “La notion de l’intérêt de l’enfant en droit: vecteur de coopération ou d’interférence?”, *Droit et Société*, núm. 22, 1992, pp. 607-638.

Todo nos lleva a concluir que en el momento actual, y pese a la nueva normativa de justicia de menores, el interés de la reparación o la conciliación como mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, así como medidas responsabilizadoras del niño aún no han encontrado la vía de imponerse y generalizarse en la práctica de los Juzgados de Menores y de la Comunidad Autónoma Aragonesa. Y sigue, por ello mismo, definiéndose como medida experimental y marginal. De manera que una Fiscalía de Menores poco proclive a ratificar reparaciones o conciliaciones o un Equipo Técnico sobrecargado de trabajo o con escaso interés en ampliar sus ámbitos de actuación pueden dificultar la extensión de unas y otras como mecanismos alternativos al procedimiento ante el juez de menores. Al tiempo que, por eso mismo, va a entorpecer la realización de los principios de oportunidad y de intervención mínima que debe regir toda actuación de las instituciones judiciales de menores.

IV. En perspectiva

La fuerza con que se ha impuesto la filosofía reparadora en el ámbito de la justicia de menores reside en la componenda que realiza de tres principios. Responde a las expectativas de desjudicialización que se reclama de la justicia de menores de cara a evitar la estigmatización que produce la comparecencia ante el juez de menores y la imposición de una medida judicial. Al mismo tiempo que da respuesta a la preocupación social que se genera ante el desconocimiento de aquella pequeña delincuencia que, caso de no existir esta medida, sería archivada; resultando una mayor alarma social y una banalización de la delincuencia de cara a los menores infractores. Por último, dado el carácter sancionador de la justicia de menores, la posibilidad de suspensión de la ejecución de la medida, materializa los principios de oportunidad y de intervención mínima que deben estar presentes en todas las intervenciones de reforma de menores.

Si la teoría convence plenamente y la reparación y la conciliación se han convertido en las medidas “estrella” en el entorno europeo, es preciso analizar los efectos que, desde un punto de vista cualitativo, puede conllevar su promoción. En principio, tal y como lo recoge la LO 5/2000, la atención a la importancia de la existencia o no de violencia o intimidación en la comisión de la infracción, hacen que el objetivo de la desjudicialización no se logre totalmente. Es más, en ocasiones puede resultar superjudicializador de los delitos leves, cometidos por primera vez o en relación a menores integrados socialmente. Se puede adelantar que una fe absoluta en la potencialidad educativa de las me-

didadas judiciales sancionadoras-educativas puede ir en perjuicio de los menores cuando se está fomentando la extensión de mecanismos pseudojudiciales a conflictos que de otro modo se habrían archivado sin más. Por el contrario, sí que se ve satisfecho el sentimiento de inseguridad en cuanto se da una solución a todas las infracciones por leves que sean y con la mayor rapidez posible.

También es preciso apuntar la posible "utilización" de la víctima en beneficio del menor infractor. Por un lado, se puede llegar a forzar su consentimiento de cara a materializar el interés del menor infractor; que, en este caso concreto, se cifra en responsabilizarle respecto al daño provocado con la infracción cometida⁶⁶. De hecho, tanto la conciliación como la reparación constituyen herramientas óptimas para integrar socialmente al menor que ha cometido la infracción. Ya que, de hecho, la Justicia de Menores sigue justificando su especialización atendiendo a la edad de los sujetos activos de la infracción: los menores infractores. De manera que, la conciliación o la reparación se perfilan como mecanismos idóneos para responsabilizar al menor: primero, porque debe mostrar su responsabilidad para con la sociedad; segundo, hacia la víctima; y, tercero, hacia sí mismo participando activamente en su propia reforma y mejora⁶⁷.

En definitiva, la evolución que va desde la judicialización de las infracciones de los menores hasta su desjudicialización, del formalismo hacia la eliminación del rigor formal en la resolución de los conflictos o, en definitiva, la propia descriminalización de la infancia genera efectos perversos y, en ocasiones, diferentes de los esperados. En primer lugar, la realización y consolidación de la desjudicialización a través de la reparación o la conciliación aparece dificultada desde que son los propios órganos del Juzgado de Menores quienes se encargan de proponerla y ponerla en marcha. Para desjudicializar realmente sería preciso promocionar las reparaciones y conciliaciones a nivel social, como mecanismos de prevención primaria de la delincuencia. Por la misma razón, se puede defender que la mediación judicial no fomenta la desformalización. Más aún, el recurso diferenciado a la misma, favorece la creación de una justicia selectiva, que actúa en dos niveles: el fiscal para las infracciones leves pero que exigen respuesta institucional y social

⁶⁶ cfr. DOOB, A.N., V. MARINOS y K.N. VARMA: *Youth Crime and the Youth Justice System in Canada: A Research Perspective*, Centre of Criminology of the University of Toronto, Toronto, 1995, p. 104.

⁶⁷ cfr. PATE, K. y D. PEACHEY: "Face-to-face. Victim-offender Mediation under the Young Offenders Act", en J. HUDSON, J. HORNICK y B. BURROWS, (eds.), *Justice and the Young Offenders in Canada*, Wall and Thompson, Toronto, 1988, pp. 108-109.

desde reforma de menores; y el judicial para las infracciones graves. De manera que, en consecuencia, acaba fomentándose la extensión de mecanismos “semiformales” para la resolución de la pequeña delincuencia que resulta molesta desde un punto de vista social.

La normativa que entró en vigor el 13 de enero parece tener los objetivos muy claros. De hecho se autodefine con rotundidad como ley *reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Por un lado, aboga por un sistema radicalmente diferente del modelo protector del menor de principios de siglo pasado (siglo XX); que, bajo capa de cuidar al niño, equiparó protección y reforma excluyendo todo tipo de garantías. Por otro lado, se defiende distinto de un sistema penal en cuanto se apoya en principios como el del interés superior del niño y atiende a los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia. En medio de ambos modelos deja claro su objetivo: mostrar a la sociedad, a través de las medidas impuestas o los mecanismos desjudicializadores, que el menor ha pagado por el daño cometido, se ha reformado y se ha arrepentido. Trata de instalar, a través de la promoción de una filosofía de la reparación del daño causado y la responsabilización social del menor, un modelo entre el retributivo y el rehabilitador⁶⁸.

Por todo ello, considero importante promover la conciliación y la reparación como mecanismos que se interesan por la resolución del conflicto que trasluce la comisión de una infracción, por leve que ésta sea, y al margen del valor monetario en juego. Si bien es preciso valorar también el tipo de mediación que se está proponiendo, en función del tipo de justicia de menores que se desea. Cuando la mediación se hace depender de la gravedad del delito, se está promocionando una justicia de “segunda clase”, para asuntos de escaso valor y se está favoreciendo, con ello, una extensión de los mecanismos *semiformales* de resolución de conflictos. Por contra, si se propone la mediación atendiendo a la disponibilidad e interés de las partes en colaborar, se estará favoreciendo un proceso real de desjudicialización de los conflictos. Es evidente que su promoción resulta interesante en cuanto a través de los procesos de confrontación del menor con la víctima el derecho del niño —de todos los niños— a ser oído adquiere plena vigencia. No sólo se da salida al derecho a ser oído del menor infractor para que dé a conocer las circunstancias en que se cometió la infracción, así como los motivos que inter-

⁶⁸ François Ewald defiende que toda política penal tiene que ser preventiva. Pero si no funciona y debe actuar de forma reactiva, será reparadora. Afirma el autor que “si algunos sufrimientos individuales son necesarios, no es menos necesario repartir socialmente la carga”; cfr. EWALD, F.: *L'Etat Providence*, Grasset, Paris, 1986, pp. 168, 191.

vinieron. También se da cauce a los temores de los perjudicados; que, en la mayoría de las ocasiones, son igualmente niños y adolescentes cuyos derechos parecen no haber alcanzado el estatus suficiente para ser tenidos en cuenta. Igualmente se materializa la exigencia social de que se escuche y se solucionen los pequeños conflictos que no han podido o no han querido ser resueltos a nivel comunitario, ni tampoco ha resultado oportuno llevarlos por cauces judiciales.

Bibliografía citada

- BARREDA, Armando (1996): *La víctima en la jurisdicción de menores*, «Jornadas especializadas para jueces de menores», Madrid, policopiado.
- BERNUZ, María José (1999): *De la prevención de la delincuencia a la protección de la infancia*, Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre (1989): *Une esquisse d'état des lieux de la médiation*, «Le Groupe Familial» 10, pp. 5-15.
- (1993): *La où les médiations des conflits*, «Violences, Conflits et médiations» 92, pp. 114-124.
- (1996), *Médiation: un nouveau mode pour régler les litiges*, «Plädoyer 2», pp. 53-57.
- BORN, Michael (1991): *Les innovations dans l'intervention sociale et la justice des mineurs en Belgique*, «Revue internationale de criminologie et de police technique» 4, pp. 466-473.
- BOUCHARD, Marco (1995): *Vittime e colpevoli: C'è spazio per una giustizia riparatrice?*, «Questione giustizia» 4, pp. 887-915.
- BRUEL, Alain (1994): *La réparation: un rendez-vous à ne pas manquer*, en Maryse Vailant, «De la dette au don», Paris: ESF, pp. 45-64.
- CARBONNIER, Jean (1991): *Réflexion sur la médiation*, en VV.AA., «La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?», Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, pp. 11-21.
- DE LEO, Gaetano (1990): *La devianza minorile. Metodi tradizionali e nuovi modelli di trattamento*, Roma: La nuova Italia Scientifica.
- DEROUX, Marc (1994), *Combien vaut le sujet?*, «Journal du Droit des Jeunes» (edición belga) 133, pp. 20-23.
- DE VROEDE, Nadia (1994): *Une réponse nouvelle à la délinquance des jeunes: les mesures de diversion*, «Journal du Droit des Jeunes» 133, pp. 13-15.
- DOLZ LAGO, M.J. (1996): *La justicia de menores: una cuestión de principio*. (La incoación del expediente judicial), «Actualidad Penal», 6.
- DOOB, Anthony N., Voula MARINOS y Kimberly N. VARMA (1995): *Youth Crime and the Youth Justice System in Canada: A Research Perspective*, Toronto: Centre of Criminology of the University of Toronto.
- EWALD, François (1986): *L'Etat Providence*, Paris: Grasset.

- FAGET, Jacques (1992): *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse: Érès.
- (1993): *La médiation pénale. Une dialectique de l'ordre et du désordre*, «Déviance et société» 17/3, pp. 221-233.
- (1995): *La double vie de la médiation*, «Droit et Société» 29, pp. 25-38.
- FUNES, Jaume (1993): *La comunidad, sus víctimas, sus delitos y su justicia*, «Prevenició. Quaderns d'estudis i documentació» 9, pp. 27-34.
- GARAPON, Antoine (1996): *La responsabilité*, «Droit et cultures» 31/1, pp. 119-131.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1993): *La conciliación víctima-delincuente como alternativa a la justicia penal*, en Miguel Angel Soria Verde (comp.), «La víctima: entre la justicia y la delincuencia. Aspectos psicológicos, sociales y jurídicos de la victimización», Barcelona: PPU, pp. 143-156.
- (1996): *La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado*, *Eguzkilore* 10, pp. 193-212.
- HABERMAS, Jürgen (1991): *Justicia y solidaridad*, en Apel et al. (eds.), «Ética Comunicativa y democracia», Barcelona: Editorial Crítica, pp. 175-205.
- HUMPHRIS, Nicolas (1991): "Educational Aspects of French Cabinet Justice", *Official Responses to Problem Juveniles: Some International Reflections: Oñati Proceedings* 8, pp. 223-234.
- EQUIPO DE MEDIO ABIERTO (1993-1996): *Informes del EMA*, Zaragoza: DGA.
- JACOBS, Mark (1991): *Juvenile Justice in the No-Fault Society*, en Jim Hackler (ed.), «Official Responses to Problem Juveniles: Some International Reflections: Oñati Proceedings 8», pp. 235-256.
- KIMBERLY, J. Pate y Dean E. PEACHEY (1988): *Face-to-face. Victim-Offender Médiation under the Young Offenders Act*, en Joe Hudson et al. (eds.), «Justice and the Young Offender in Canada», Toronto: Wall and Thompson, pp. 104-121.
- KING, Michael y Christine PIPER (1990): *How The Law Thinks About Children*, Aldershot: Gower.
- KING Michael y Catherine KRATZ (1992): *La notion de l'intérêt de l'enfant en droit: vecteur de coopération ou d'interférence?*, «Droit et Société 22», pp. 607-638.
- LACOMBE, Philip (dir.) (1999): *Mineurs délinquants: la priorité éducative et la reconnaissance de leurs responsabilités individuelles: Les Cahiers du Centre Henri Aigueperse* 27.
- LE ROY, Etienne (1995): *La médiation mode d'emploi*, «Droit et Société 29», pp. 39-55.
- Martín Ostos, J (1996): "Aspectos procesales de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores", *Cuadernos de Derecho Judicial* XV.
- Marshall, Tony (1988): *Out of Court More or Less Justice?*, en Roger Matthews (ed.), *Informal Justice?*, Bristol: Arrosmiths-Sage, pp. 25-50.
- Matthews, Roger (1988): *Reassessing Informal Justice*, en Roger Mathews (ed.), «Informal Justice?», Bristol: Arrosmiths-Sage, pp. 2-23.
- OST, François y Michel VAN DER KERCHOVE (1999): *Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices?* en Gérard Farjat (comp.), «Philosophie du Droit et Droit Economique. Quel dialogue?», Paris: Editions Frison-Roche.

- PETERS, Tony y Achille NEYS (1994): *La pena considerada desde una perspectiva de la reparación*, «Eguzkilore 8», pp. 165-195.
- RENUCCI, Jean François (1990): *Enfance délinquante et enfance en danger*, Paris: CNRS.
- SALAS, Denis (1995): *L'enfant paradoxal*, en Antoine Garapon y Denis Salas (edits.), «La justice des mineurs. Evolution d'un modèle», Paris: LGPJ, pp. 41-63.
- SANCHA, Victor (1995): *La mediación en el sistema penal de menores y jóvenes en VV.AA.*, «Mediación: una alternativa extrajurídica», Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos, pp. 125-130.
- TEUBNER, Günter (1989): *How the Law Thinks. Towards a Constructivist Epistemology of Law*, *Law and Society Review* 23/5.
- THÉRY, Irène (1993): *Le démariage, Justice et vie privée*, Paris: Odile Jacobs.
- VARONA, Gema (1996): *Restorative Justice: New Social Rites within the Penal System?*, Oñati: IISJ.
- VAILLANT, Maryse (1999): *La réparation. De la délinquance à la découverte de la responsabilité*, Paris: Gallimard.
- VITO, Gennaro y Debora G. WILSON (1985): *The American Juvenile System*, Beverly Hills: Sage.
- WALGRAVE, Lode (1993): *Au-delà de la rétribution: la réparation comme paradigme dominant dans l'intervention judiciaire contre la délinquance (des jeunes)?*, en Jean-François GAZEAU y Vincent PEYRE (coords.), «La justice réparatrice et les jeunes», Vaucresson: CRIV, pp. 5-28.
- WALGRAVE, Lode (1996): *Justiça reparadora para jovens: só uma técnica ou uma alternativa com pernas para andar?*, «Infancia e juventude» 1, pp. 9-43.
- WYVEKENS, Anne (1997): *L'insertion locale de la justice pénale: aux origines de la justice de proximité*, Paris: L'Harmattan.
- ZERMATTEN, Jean (1996): *Les objectifs du droit pénal des mineurs*, *R.V.J.*, 2, pp. 319-331.