

LA DEFENSA LETRADA Y LA MEDIACIÓN COMO RESPUESTA A LA CONDUCTA DEL MENOR INFRACTOR

LEGAL DEFENCE AND MEDIATION AS AN ANSWER TO CHILDREN'S ANTISOCIAL BEHAVIOUR

Nazario José María Losada Alonso *
Miguel Angel Alcázar Córcoles **
Gregorio Gomez-Jarabo García ***

RESUMEN

En este artículo se muestran las posibilidades de mediación y conformidad como respuesta a la conducta del menor infractor. Se analiza el papel de la defensa letrada y se plantea sus posibilidades tanto en la mediación como en la conformidad. Por otra parte, se defiende la desvinculación de la conformidad del menor y de la medida a adoptar por el Juez de Menores que habrá de perseguir el superior interés del menor en función de sus circunstancias puestas de manifiesto por el Informe Pericial del Equipo Técnico (Psicólogo, Trabajador Social, Educador).

PALABRAS CLAVE: *Menores, Conciliación, Conformidad, Abogado, Equipo Técnico.*

* Imo. Sr. Magistrado - Juez de Menores de Toledo.

** Psicólogo del Equipo Técnico de la Fiscalía y del Juzgado de Menores de Toledo.

*** Profesor Titular de Psicobiología. Titular de la Cátedra Fundación Forum Filatélico de Psicobiología y Discapacidad. Facultad de Psicología. Universidad Autónoma de Madrid.

ABSTRACT

In this paper we show conciliate and conform to answer for children's antisocial behavior. We think the role of the lawyer is very important to conciliate and conform. The forensic scientist should consult the judge for sentence, in order to protect the minor's interest.

KEY WORDS: *Children, Conciliate, Conform, Lawyer, Forensic scientists.*

1. INTRODUCCIÓN

El antecedente inmediato de la actual legislación es la Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio que ya introduce en el ordenamiento jurídico un gran avance. Como decimos, dicha ley es un paso importante en el logro de su debida adecuación a los principios y preceptos constitucionales, que a diferencia de la legislación anterior comienza a ser un procedimiento especial, con aplicación de ciertas garantías procesales comunes y singularmente las previstas en el art. 24 de la Constitución Española (en adelante CE), disponiendo que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponde al Ministerio Fiscal, de manera que pueda preservarse la imparcialidad del Juez. Lo cual trae consigo, además de introducir las garantías constitucionales, la intervención en el proceso de menores el reconocimiento de los derechos fundamentales que todo proceso conlleva, dando entrada así a los principios acusatorios, de legalidad, tipicidad, de contradicción, de proporcionalidad, de mínima intervención, de inmodificabilidad a peor

de las medidas, el derecho a la asistencia jurídica, por ejemplo por concebirse como una vertiente del proceso penal para adultos, por lo que los principios básicos han de ser respetados en los mismos términos del art. 24 de la C.E., unido al análisis de los textos internacionales que proclaman los derechos de la infancia. Todo ello permite concebir el proceso del menor como un verdadero proceso, si bien con ciertas variantes y especialidades, pero rodeado de garantías aplicables a todo sujeto.

Se trataría de incorporar al proceso una mayor flexibilidad de manera que se deje mas espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor (S.T.C. 36/91). La misma discrecionalidad es propugnada por las Reglas Mínimas de las N.U. (Reglas Beijing), que en su apartado 6-1 establece un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales y ello " habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores ". Constituye con toda seguridad, la implicación judicial no sólo a la aplica-

ción estricta de una normativa legal sino a la delimitación de unos rasgos y características psicosociales que inexorablemente acompañan al menor infractor como sujeto esencialmente en desarrollo.

2. MARCO LEGAL

La LO 5/2000 de 12 de Enero reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, no es ni más ni menos que una necesidad impuesta por lo establecido en la L.O.4/92 y del ART. 19 de la L.O.10/95 del 23-11 reguladora del C. Penal, constituyendo por consiguiente esa necesaria reforma legislativa, partiendo de los principios básicos que ya guiaron la redacción de aquella, especialmente el principio de superior interés del menor, las garantías de nuestro ordenamiento constitucional y las normas de derecho Internacional, con particular atención a la convención de los derechos del niño por resolución de las Naciones Unidas (20-11-89).

Los principios del nuevo sistema legal son los siguientes:

a) Naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los menores.

b) Reconocimiento de **todas** las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, por lo que a la vista de las precisiones del art. 24 de la C.E. y de su interpretación jurisprudencial podemos considerar como garantías constitucionales del proceso penal: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la

presunción de inocencia, y el derecho a un proceso justo y equitativo, este último abre un gran abanico de especificidades que en esencia serían:

— derecho a un juez imparcial

— derecho a ser informado de la acusación formulada.

— derecho a la defensa y asistencia letrada.

— derecho a un proceso público con ciertas peculiaridades.

— derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

— derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

— derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

c) Distinción técnica jurídica penal entre los tramos de edad perfectamente definidos de 14 a 16 años y de 17 a 18 años así como la de 19-21 años.

d) Flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto.

e) Atribución al Fiscal de la Instrucción del Expediente.

f) Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de reforma para la ejecución de las medidas impuestas.

g) Control judicial en la ejecución de la medida.

h) Determinación y concreción de las 13 medidas que pueden imponerse, a diferencia de la ley anterior.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO

La defensa del abogado no es solo un derecho del imputado, sino también es un supuesto imprescindible en el proceso penal en determinados y significativos momentos, en los cuales ni siquiera la renuncia expresa a este derecho tiene relevancia tan decisivamente importante en su intervención, y su irregularidad o su falta no acarreará la nulidad de todo lo actuado sino la irrelevancia de las diligencias probatorias practicadas viciadamente (STC 26-3-92).

La presencia del letrado durante el proceso en general o la presencia del letrado cuando el inculpado presta declaración policial o judicial en particular, representa por tanto una garantía de legitimidad, (STS 6-2-95), y responde a la finalidad de asegurar, con su presencia, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico. La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado sino en la efectividad de la defensa, que le presta ayuda moral y ayuda profesional en el momento de su detención...(STC 11-12-87).

El derecho a la defensa conlleva, como ha puesto de manifiesto el T.C. (SS T.C. 135/89, 186/90 y 128/93) una triple exigencia:

A) En primer lugar y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado, de tal forma que la instrucción judicial ha

de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 L. E. Cr.)

B) En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído previamente por el Juez con anterioridad a la conclusión de las denominadas diligencias previas.

C) Y en tercer lugar no debe someterse al imputado al régimen de las declaraciones testificales, cuando de las diligencias practicadas puedan fácilmente inferirse que contra él existe sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible.

El reconocimiento al derecho de defensa y asistencia jurídica del menor, la encontramos en el Convenio sobre los derechos del Niño (Resolución NN.UU. de 20-11-89) que en su art. 39-D establece que todo niño privado de libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada así como el derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad ante un Tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Por otro lado el art. 40-2-B (Resolución NN.UU. de 20-11-89) establece que todo niño al que se le alegue que ha infringido las leyes penales, se le garantice al menos lo siguiente:

— Que se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (art. 24-2 CE).

— Que sea informado sin demora y directamente por medio de sus padres o representantes legales de los cargos que pesan contra el (art. 17-3-C.E y 118 y 120 L.E.C.), y que dispondrá de **asisten** -

cia jurídica (ser representado por un asesor jurídico dice las reglas mínimas de BEIJING), u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa (art. 17-3 y 24 C.E. y 118 de L. E. Cr.) a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando este prevista la prestación de tal ayuda, pudiendo comunicarse con sus asesores jurídicos, y debiendo respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones, (Reglas Beijing).

— Que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa, conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...

— Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, pudiendo interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

3.1. La defensa del menor en el ámbito de la nueva Ley Orgánica 5/00

La necesidad de la intervención del Abogado, con formación específica de estos profesionales, no solo es conveniente, sino que se trata de una exigencia legal que brota de la Disposición Final 4º-3 de la nueva L.O. En otro orden de cosas, aunque el art. 6 de la LO proclama que corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la vigilancia de las actuaciones y la observancia de las garantías del procedimiento del menor etc., la presencia del Letrado defensor en la causa tiene su razón de ser en las exi-

gencias propias del principio de contradicción.

El derecho de defensa al menor ha sido criticado doctrinalmente; así Ríos Martín (1993) manifiesta que la actuación del letrado se torna negativa por los motivos siguientes:

A) Al intervenir el aparato punitivo del Estado, surge la presunción de inocencia y consiguientemente el derecho a no declararse culpable. Este derecho se traduce en los niños en el derecho a mentir, teniendo obvias consecuencias antipedagógicas y estigmatizadoras. Ello hace que se coloque el abogado defensor en la difícil disyuntiva de jugar las bases del derecho a no declararse culpable o bien sucumbir en su misión defensora del niño.

B) En cuanto a la posible defensa en referencia a las medidas que deben adoptar respecto del menor, entiende que existen equívocos que origina la más absoluta indefensión en el niño. El abogado interviniente no es designado por el niño, sino que es designado por sus representantes legales, es decir por sus padres o tutores o entidades públicas el juez de oficio, de ello se deduce que el letrado defenderá los intereses de los responsables administrativos, por los dictados y directrices políticas de su equipo de gobierno en su caso de los intereses de los padres, pues en muchos casos ocurre que los intereses de los menores no son los mismos que la de aquellos.

Vemos, pues, como la supuesta defensa del menor que originó este movimiento garantista y por ende de esta Ley, queda totalmente incumplida. La defensa del menor se ha olvidado y

queda subsidiaria a los intereses de defensa social, del Estado y de los adultos. Así descubrimos la trama de estas posiciones doctrinales " que basándose en la ficticia defensa del menor, buscan una defensa social a través de la estatalización del preso".

No obstante pese a lo cual, otros autores consideran que la referida LO 4/92 se encuentra en armonía con las recomendaciones internacionales de los derechos del niño colocándose a la altura de las necesidades de la sociedad española, desde la perspectiva siempre de la reforma parcial y provisional, incorporando principios y valores que tienen básicamente en cuenta las necesidades y el bienestar del menor con el objetivo de su integración social (Gimenez Salinas, 1996) y en la nueva L.O. vemos, a diferencia de la ley anterior, que la intervención del Letrado se da en todas las fases del procedimiento.

Existe cierto consenso sobre que el papel de la defensa en el procedimiento de menores de la L.O. 4/92 aparece muy minimizado. Ausente en la fase de investigación y con una actuación limitada en la comparecencia, solo adquiere relevancia en el momento de la audiencia, lo que unido al desconocimiento de esta jurisdicción que en la práctica tienen la mayoría de los Abogados, casi todos del turno de oficio, hace incluso que algunas defensas resulten vergonzosas. Se puede concluir que en este procedimiento existe un desequilibrio evidente entre la acusación y la defensa. Pues bien, es un sentir sobre el que todos, y en particular los abogados, deben reflexionar en aras de obtener una eficaz prestación de la labor que tiene el abogado en la sociedad y mantener la competencia profesional.

En este sentido la única vía posible para lograr dichos objetivos en la formación especializada de todos los agentes que intervienen en esta jurisdicción, de la que no está descolgado el Abogado, quienes deben de recibir una formación inicial y profunda en esta materia, caracterizada por sus muchas peculiaridades que la diferencia de los procesos penales normales; a lo que se une, por si fuera poco, la aplicación actual de un texto reiterativo, confuso, con tramites que en la práctica pueden ser susceptibles de muy diversas interpretaciones que pueden dar lugar a una cierta rigidez en la tramitación del proceso, de tal modo que la formación de todos ellos tenga por objeto sobre todo la formación del menor, o como dice la ley el interés superior del menor.

3.2. El abogado de oficio

La pregunta que surge llegados a este punto es si resulta o no precisa, justificada y necesaria la especialización del abogado en el derecho del menor, a la hora de su posible intervención en esta jurisdicción.

Por lo que se refiere a la designación del Abogado particular la elección queda en manos de la persona que lo nombra. Pero la cuestión se centra en la designación del Abogado de Oficio para el ejercicio del derecho de defensa.

¿Es exigible, justificada, necesaria y resulta garantizada la especialización del Abogado designado de Oficio? Hay que considerar que la exigencia de conocimientos especializados para llevar a cabo el ejercicio del turno de oficio no venía recogido ni en la antigua ley ni en la LO 4/92 ni tampoco en la L. E. Cr que regía

y rige como supletoria, sino que es en la actual ley 5/00 y más concretamente en su Disposición final 4ª párrafo 3º quien establece que además de la especialización de Jueces y Fiscales que " el Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que deseen adquirir la especialización en materia de menores a fin de intervenir ante los órganos de esta jurisdicción cuyo precepto viene como no podía ser de otra manera, a dar cumplimiento a las recomendaciones que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas de 1985 (reglas Beijing), establece la necesidad de especialización y capacitación de todo el personal que se ocupe de casos de menores, de tal modo que los servicios de justicia de menores se perfeccionaran y coordinaran sistemáticamente con miras a elevar y mantener la competencia de sus funcionarios, e incluso los métodos, enfoques y actitudes adoptados. Igualmente la Recomendación nº (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomienda a los Gobiernos de los estados Miembros, visto el conjunto de las Reglas Beijing revisar, si es preciso, su legislación y su práctica con miras a: III.9; alentar la adopción de disposiciones para que todas las personas que intervienen en las diversas fases del procedimiento (Policía, Jueces, Abogados, Procuradores, Trabajadores sociales, Psicólogos) tengan una formación especializada en el ámbito del derecho de menores y de la delincuencia juvenil.

Ello deviene, de la propia realidad, de la práctica y de la propia filosofía de la Ley que contiene una mas que justificada y necesaria exigencia de especialización, dadas las características singulares del

derecho de menores, cuya materia de reforma se edifica sobre principios que no son asimilables a los del derecho y Proceso penal. Así por la especialidad de la jurisdicción en el proceso no solo se atienden aspectos relacionados con el hecho punible, sino también todos aquellos relativos a la personalidad del menor, su entorno familiar, educativo, y social, lo que hace necesaria una formación especializada a nivel de Letrados, en atención y respeto al interés superior del menor sobre el que gira toda esta materia. De este modo teniendo una precisa formación en esta parcela del derecho , no cabe duda que se contribuye mas eficazmente en el propósito de lograr el libre y pleno desarrollo de su personalidad, que le lleve a respetar los derechos y libertades y a reintegrarle en la sociedad (Peláez, 1995).

3.3. El Equipo Técnico

El interés del menor debe ser siempre el norte que todos los agentes intervinientes han de tener presente, no solo en la fase procedimental sino también en la ejecución, pues si bien por un lado resulta obligado tener en cuenta las circunstancias de influencia del hecho típico, por otro el legislador considera que en los actos de investigación debe de elaborarse por el Equipo Técnico adscrito a la Fiscalía de Menores compuesto por Psicólogo, Trabajador Social y Educador un informe pericial, sobre su situación psicológica, educativa, familiar y social del menor. Con ello se busca ya desde un principio una respuesta que atienda al interés del menor, y así se acude a las sutilezas de la personalidad del menor que al no ser captadas por el derecho ni por el aplicador de la ley, tienen que venir dadas por las ciencias de

apoyo (no jurídicas) para que la respuesta que se dé sea adaptada a la personalidad del autor y a sus exigencias educativas. Pero la intervención del letrado no se agota sino que por el contrario sigue siendo tan necesaria y precisa a la hora de buscar una solución extrajudicial conciliatoria a través de la mediación o reparación, incluso a la instrucción del procedimiento buscando siempre en interés del menor (art. 26) a que bien el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar conforme el art. 18, o provocar que el Fiscal también desista de continuar el expediente por la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos y a la circunstancia de que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o haya asumido el compromiso de cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su informe, o a que la conclusión de la instrucción le siga un sobreseimiento bien se hayan dado la conciliación o la reparación aunque estas no puedan llevarse a cabo por causas ajenas a la voluntad del menor.

Es más, el art. 27 viene a admitir que el Equipo Técnico se pronuncie por una intervención socio educativa que como tal medida es eminentemente pedagógica y propia de la protección que de la reforma, por lo que podrá pedirse que se cumpla a modo de conciliación o reparación antes de concluir el expediente o proponerla con el fin de que sea alegada judicialmente por el Fiscal o por la Defensa. Pudiendo también dicho Equipo Técnico proponer en interés del menor de que este efectúe una actividad reparadora o conciliatoria, de que

no continúe la tramitación del expediente, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención desde la comisión de los hechos, dado el tiempo transcurrido, pues como diría La Bruyère " toda justicia dilatada en el tiempo es ya una injusticia".

Vemos también que la ley impone al Juez, Fiscal y Letrado, así como al Equipo Técnico una vigilancia en la evolución del menor, una vez impuesta la medida a través de los informes que deben dar periódicamente la Entidad que tenga a su cargo al menor y demás servicios competentes, siendo preciso los resultados de esos informes para que el Juez acuerde la suspensión o modificación, reducir su duración o sustituirla por otra o dejarla sin efecto siempre que tal modificación redunde en interés del menor y exprese suficientemente a dicho menor el reproche merecido por su conducta (arts. 14 y 51) incluso la conciliación del menor con la víctima en cualquier momento podrá dejar sin efecto la medida impuesta.

Es por ello que esta jurisdicción, por las características del sujeto, se hace necesaria la intervención de diferentes ciencias y de ahí que se acentúe aún más su carácter especial, que conlleva la exigencia de la especialización de los Letrados intervinientes al objeto de obtener un nivel medio y homogéneo de competencia profesional.

En base a todo ello debemos conocer y comprender que al menor delincuente se le puede demandar una responsabilidad, de poder responder adecuada-

mente a la sanción, es decir, capacidad de respuesta para comprender el hecho delictivo. Una vez que el Letrado conozca y comprenda esa premisa y cuantas especialidades rodean a esta jurisdicción es cuando se ejercerá una eficaz tarea de defensa en este ámbito jurídico sin que quede desdibujado su papel, logrando con la especialización la defensa del derecho de defensa de los menores infractores. Lo contrario creemos que agravará el desequilibrio entre las partes y la propia competencia profesional.

Cuestión distinta a la anterior es que el abogado anteponga siempre la defensa a ultranza del menor sin tener para nada en cuenta el fin educativo del derecho penal de menores. Desde este punto de vista, si existe una diferencia con el derecho penal de adultos, de ahí, la necesidad de que el abogado también sea sensible a lo educativo, vulnerando deberes específicos de su práctica en esta jurisdicción si no los tiene en cuenta; aspecto, este, en el que puede ser desoído, e incluso reconvenido, por el Juez de menores.

4. DISCUSIÓN

El principio de seguridad jurídica y el de desarrollo de la personalidad de los menores no tienen porque entrar en colisión. Pero esta se producirá si no diferenciamos edades y se arbitran otros métodos de intervención, cuyos principios sustantivos deben ser: la evitación del riesgo, la atención a la familia, la desjudicialización, y la responsabilización.

La intervención mínima e inmediata, existiendo una sola audiencia oral en la que el joven y su representante puedan

mostrar su aceptación con la medida propuesta por el Fiscal al inicio del acto. Asesoramiento al Juez y Fiscal por expertos forenses en ciencias humanas y sociales (Equipo Técnico) sobre: la socialización, la mediación, la adecuación de la medida a la conducta infractora y necesidades y circunstancia del menor, la imposición de medidas con criterios psico-socio-educativas, la individualización, el abordaje interdisciplinar y finalmente el desarrollo de los recursos sociales.

4.1. La socialización

Concebimos a los jóvenes como sujetos activos y creativos, con capacidad para modificar y mejorar sus características personales y de entorno, de participar en la búsqueda y consecución de sus necesidades y en la satisfacción de la de los demás. No dudamos que el ser humano tiende a su autodesarrollo, pero requiere de la semilla de la educación, por eso todas las medidas respecto a adolescentes y jóvenes han de tener un carácter educativo.

Hemos de actuar con el joven y su entorno, buscando que se sienta útil y lo sea para la comunidad. La intervención mínima también alcanza a los contenidos e instrumentos con los que cuenta la justicia de menores, siempre la medida menos intensa, la más normalizada es la que menos perturba.

En el caso de los jóvenes, aún más que con el de los adultos, los fallos judiciales han de buscar en la sanción, la resocialización del sujeto, por eso ha de llenarse de contenidos integrados (reparación, a prueba...) y llevarse a efecto en el entorno del propio joven, ayudando e impli-

cando a quien le rodea a través de aquellas medidas que se impongan.

Caminamos hacia una justicia negociada, donde la mediación entre quien ha cometido el delito y la víctima tienda a reducir el costo de todo tipo, y a que el correspondiente Equipo Técnico realice las funciones de mediación entre el menor y la víctima.

4.2. La mediación

La mediación en general como institución compleja, es de aplicación a diferentes ámbitos y consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experto, sea a iniciativa de las propias partes, sea a indicación de una autoridad judicial que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio, evitando la apertura de procedimientos judiciales, o poner fin a los ya iniciados, o bien reducir su alcance.

La mediación es propuesta por los criminólogos como uno de los modos posibles de solución del conflicto entre la víctima y el victimario, y entre este y la sociedad, devolviendo así el papel protagonista a la víctima, y, posiblemente un instrumento eficaz para obtener una adecuada satisfacción de sus intereses, en beneficios sociales, económicos y psicológicos para ella, al tiempo, se sigue afirmando, que es un útil instrumento de reinserción social del delincuente. En opinión de los autores la mediación en muchos supuestos podría ser una auténtica alternativa a la pena o medida o un complemento a ella que aproveche los resquicios que el margen de arbitrio deja

a los jueces en la individualización de la pena.

La mediación como estrategia para resolver los conflictos, ha sido utilizada, en el ámbito jurídico del derecho de familia, laboral, derecho internacional, y fuera del ámbito jurídico en psicología. Los elementos que hacen posible desarrollar esta actividad extrajudicial son:

— En primer lugar un proceso de democratización creciente que ha influido en el campo de las relaciones.

— En segundo lugar el desarrollo de los derechos humanos ha promovido una nueva manera de concebir la infancia, apoyado en un mayor conocimiento científico de la misma, en donde los menores son considerados sujetos sociales y sujetos de derechos.

— En tercer lugar la poca utilidad del procedimiento judicial para resolver el conflicto (Bernal Samper, 1999).

La Mediación es un proceso distinto de la negociación porque dispone de un tercero imparcial que orienta a las partes hacia la cooperación, disminuyendo la dialéctica de la rivalidad; tiene en cuenta las necesidades e intereses de las partes, no haciendo caso de las posiciones, diseña habilidades para que estas puedan llevarles a un acuerdo; deja a las partes que tomen sus decisiones sin intervenir (Bernal Samper, 1999).

Se diferencia la mediación del arbitraje, que en la primera se busca eludir o " filtrar" el proceso el intento de conciliación puede ser filtro obligatorio o necesario para el acceso a la justicia ordinaria o al arbitraje; ser fase necesaria para la procedibilidad de la acción y

del correspondiente juicio o finalmente facultativo para la "definición" de la controversia y por tanto para la conclusión del juicio pendiente (Punzi), mientras que el arbitraje lo sustituye; la controversia es resuelta en la conciliación por las mismas partes y no por el arbitro; el acceso al arbitraje siempre será voluntario mientras que la conciliación puede venir impuesta por la ley; en cuanto tal el arbitraje cumple siempre su tarea decisoria del conflicto mediante el laudo, lo que en cambio no es predicable en la conciliación, finalmente la conciliación es un medio persuasivo de solucionar el conflicto mientras que el arbitraje lo es coactivamente.

Por otro lado la conciliación y mediación podrían distinguirse aludiendo a que esta no requiere participación del Juez de modo que su valor procesal es en todo caso ajeno a las características del tercero interviniente. Vale el resultado de la mediación en cuanto connota una acorde voluntad de los contendientes, es decir, en lo que supone de exteriorización de una coincidente decisión de poner termino al conflicto. Dato importante de la mediación es el de la especialidad del tercero que participa, en la que precisamente se justifica su llamada por las partes. Por Carnelutti se mantuvo su distinta finalidad al perseguir la mediación una "composición contractual cualquiera", prescindiendo de la justicia, mientras que en la conciliación se busca la "composición justa".

Conciliación, mediación y arbitraje son pues tres técnicas extrajudiciales para resolver conflictos que tienen en común la negociación llevada a cabo entre las partes enfrentadas.

El objeto de la mediación es elaborar

un proceso, previa aceptación de las partes, en el que puedan manejar el conflicto y estudiar las distintas opciones que tienen para resolverlo.

Las ventajas que ofrece la mediación se refieren a:

— La voluntariedad, en cuanto son las partes quienes deciden la mediación. Las partes pueden informar de aquello que crean oportuno no conociendo de lo que no consideren y pueden retirarse en cualquier momento sin perjuicio de llegar a un acuerdo o no.

— La económica, resulta más barata que la vía judicial con los gastos que esta supone.

— La rapidez, puede concluir en varias entrevistas pero en comparación mucho menor con los años que dura un pleito.

— Las soluciones son más satisfactorias que la que pueda ser impuesta por un tribunal, pues la parte perdedora puede considerarla como la debida al azar o como impuesta en tanto que utilizando la mediación no hay perdedores y si así se considera se puede ir a la justicia.

— No rupturista, cuando el conflicto se resuelve con la víctima de una parte, la relación entre ambas partes resulta difícil mantenerla. Sin embargo con la solución del conflicto las partes pueden seguir manteniendo una relación (comercial, laboral o vecinal etc.).

No obstante si la mediación tiene lugar durante un procedimiento judicial se debe interrumpir este mientras dure el proceso de mediación, se evita así que

una de las partes pueda utilizarla como medio dilatorio del procedimiento judicial, si bien la autoridad judicial durante tal interrupción conserva el poder de tomar decisiones urgentes, y terminada la mediación se debe informar a dicha autoridad judicial de su resultado (Requena, 1999).

La relación entre el proceso de mediación y el procedimiento judicial no debe ser considerada como concurrente sino que es complementaria, pues cuando no se consigue con aquella el conflicto se resuelve por la vía judicial, pudiendo haber servido aquella para reducir la tensión entre las partes, así como la conflictividad entre ellas (Requena, 1999).

La Magistrado Mdme. Marie Claude Devois ha descrito con gran sencillez y claridad los procesos judiciales en Francia con relación a los menores, y como se utiliza dentro del tribunal técnicas de mediación realizándose en las "Maison de la Justice" el encuentro con la víctima y el proceso de reparación como acto de aprendizaje del menor y por lo tanto de una mejor participación activa de la realidad.

El Dr. Pere Led nos muestra otro proyecto realizado en la materia con una concepción totalmente distinta, que es la de apartar la mediación del ámbito judicial lo más posible, siguiendo así la propuesta del Dr. Bonafe-Schmitt que propugna una alternativa de separación total. Este autor viene a demostrarnos que no estamos frente a nada nuevo, toda vez que en Holanda desde 1850 se tienen constancia de la aparición de la mediación obligatoria prejudicial y que hasta la fecha han tenido varias experiencias aun cuando la imposición del Código de Napoleón llevó a pensar que

el contacto con las partes podía crear subjetivismo en el Juez, y que por lo tanto estos métodos de proximidad dejaron de ser aceptables.

Pero es evidente que cuando un abogado interviene como mediador este rol cambia. Ya no es el abogado, ni tampoco arbitro, ni Juez. Ahora su conocimiento no esta al servicio de una parte, ni de la ley como en el caso del Juez o de la equidad como en el caso del arbitro, sino que esta al servicio del acuerdo entre las dos partes. Y este es un rol nuevo al que los abogados en general están poco acostumbrados pero del que sin duda se derivan compromisos deontologicos específicos (Liberio L. Hierro).

RESUMEN Y CONCLUSIONES

Según doctrina del Tribunal Supremo la conformidad es una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal evitando la realización del acto del juicio oral y por consiguiente la practica de las pruebas encaminadas a demostrar la realización del hecho imputado. Si, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los escritos de conclusiones equivalen a la demanda y la contestación, la conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero sin llegar a sus estrictas consecuencias.

Desde la Fiscalía General del Estado se estima que en el enjuiciamiento de los delitos menos graves deben prevverse situaciones de consenso dirigidas a eliminar conflictos innecesarios a los fines del proceso y favorecer la función resocializadora de la pena, toda vez que

en muchas ocasiones la criminalidad menor esta integrada por hechos incidentales en la vida de su autor que no participa de una personalidad criminalizada. En este sentido se instruye a los Fiscales sobre la necesidad de potenciar la simplificación del proceso, expresamente promoviendo esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero si utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor transcendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como " bagatelas " .

Cualquier momento procesal es propicio para entablar conversaciones con la representación letrada del acusado, y en su caso con el propio acusado: en la misma guardia de detenidos, antes de la calificación provisional, tras haberse efectuado esta, antes de la vista oral, o incluso en ella, antes del tramite de elevar a definitivas las calificaciones.

Desde luego, en la medida en que la conformidad supone la aceptación de la responsabilidad sobre los hechos evita el proceso y con él los efectos estigmatizadores y criminogenos inherentes, y, al mismo tiempo, implica personalmente al menor en la ejecución de los contenidos de aquella, contribuirá a hacer posibles los fines de reinserción social, alcanzando los mismo efectos de política criminal que se viene atribuyendo a la conformidad dada en el procedimiento penal ordinario. En este sentido, no hay inconveniente en afirmar que la solución del conflicto a través del arreglo judicial o extrajudicial aparece como el instrumento mas adecuado para dar respuesta

a los problemas derivados de la justicia juvenil.

En nuestra opinión, entendemos que la conformidad del menor no debe vincular al Juez de Menores con la medida solicitada y aceptada por el menor. A ello se opone, por un lado, la finalidad educativa y resocializadora de dichas medidas lo que implica la necesidad de que el Juez determine libremente estas teniendo siempre presente el interés del menor; por la protección de dicho interés no puede ceder a criterios de oportunidad que en la justicia de menores están pensados, precisamente, para hacer posible su efectividad. En segundo lugar, porque la facultad discrecional de determinación de la pena a efectos de su individualización que se otorga en el proceso ordinario y que, de hecho supone una excepción a la vinculación absoluta, se manifiesta en el proceso especial de menores como requisito fundamental y excluyente en la actividad del órgano judicial. En tercer lugar porque si la conformidad en el proceso penal común no impide el control del Juez sobre la conciencia del alcance de la conformidad prestada y sobre la libertad de decisión del acusado, es más necesario en el proceso del menor, atendiendo a las limitaciones propias de su edad para la comprensión de las consecuencias derivadas de la conformidad prestada. Finalmente, porque si en el procedimiento penal abreviado quedan excluidos de la vinculación las medidas de protección acordadas con las personas en los casos de limitación de la responsabilidad penal, las medidas acordadas por el Juez de menores aunque sean de carácter penal, tras la nueva ley, participan de la misma naturaleza protectora educativa, por lo que han de tener el mismo tratamiento legal.

REFERENCIAS

- Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España el 6 de diciembre de 1990.
- Ley Orgánica 5/2000, 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. BOE num.11 de 13 de enero de 2000.
- Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores.
- Bernal Samper, T. (1999). *La mediación para la ruptura de la pareja*. Madrid: En Materiales de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 66.
- Jiménez Salinas Colomer, E. (1996). *La mediación en el sistema de la justicia juvenil. Una visión desde el derecho comparado*. Madrid: En cuadernos de D. Judicial. Menores Privados de libertad.
- Hierro, L.L. (1999). *“Ética, mediación y proceso”*. Madrid: En Materiales de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº66.
- Pelaez Pérez, V. (1995). *La especialización del Abogado en la Jurisdicción de menores. Curso de Jueces de menores*. Madrid: Plan estatal de formación del C.G.P.J.
- Requena, M. (1999) *“La mediación Familiar en el ámbito del Consejo de Europa”*. Anuario de Psicología jurídica. Colegio Oficial de Psicólogos. Volumen 9, pp 173-178.
- Ríos Martín, N. (1993) *El menor infractor ante el Derecho penal*. Granada: Comares.
- Van Bueren, G. y Tootell, A.M.(1985). *“United Nations Standard Minimum rules for the administration of Juvenil Justice”*. Beijing:: Rules.