

REPARACION A LA VICTIMA Y SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD PRESTADOS POR ADOLESCENTES COMPARACION CON LA SITUACION EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

*Dr^a Elena Núñez Castaño**

I. ANTECEDENTES GENERALES; II. ANALISIS CONCRETO DEL PROGRAMA DE REPARACION A LA VICTIMA Y SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: A. *Sujetos de atención y vías de ingreso:* A.1 *Salida alternativa para jóvenes declarados con discernimiento;* A.2 *Medida de protección para jóvenes declarados sin discernimiento:* A.2.1 *Discernimiento como juicio de “peligrosidad”;* A.2.2 *Discernimiento como capacidad de culpabilidad;* B. *Medidas y salidas alternativas;* C. *Requisitos en relación con los hechos delictivos de referencia:* C.1 *Primera denuncia;* C.2 *Delitos menos graves con daños reparables;* ***III. EL PROGRAMA DE MEDIACION PENAL JUVENIL EN CATALUÑA:*** A. *Antecedentes generales y justificación;* B. *El programa de mediación y reparación penal juvenil en Cataluña: características y requisitos. Análisis de su aplicación:* B.1 *Criterios de aplicación y selección:* B.1.1 *Marco de edad;* B.1.2 *Hechos delictivos de referencia;* B.2 *Requisitos relativos a la reincidencia en el comportamiento delictivo;* B.3 *Requisitos para la participación en el Programa;* B.4 *Objetivos del Programa;* B.5 *Ingreso y aplicación del Programa:* B.5.1 *Derivación al Programa;* B.5.2. *Entrevista con la partes:* B.5.2.a. *Entrevista con el menor;* B.5.2.b. *Entrevista con la víctima;* B.6. *Concreción del Programa;* B.7. *Valoración del mediador;* ***IV. CONCLUSIONES.***

I. ANTECEDENTES GENERALES

En las últimas décadas del siglo XX se desarrollaron importantes debates e innovaciones en el ámbito de la legislación relativa a los niños y adolescentes, encaminados a evitar la pervivencia de un sistema tutelar marcado por el carácter discriminatorio e inconstitucional de la exclusión de los niños y adolescentes de las garantías penales y procesales que se les reconocen a todas las personas. Como respuesta a estos movimientos se aprueba en 1989 la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), y desde ese momento se empiezan a tramitar y a aprobar, tanto en Europa como en América Latina, reformas legales que tienen por objetivo sustituir la legislación de menores por una legislación adecuada a los principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales¹. A este respecto, en relación con el ámbito penal, existe acuerdo sobre la necesidad de desarrollar un conjunto de acciones y estrategias adecuadas para reaccionar en el caso de niños y adolescentes que respondan a su consideración como sujetos de derecho y a los requerimientos de seguridad jurídica y de protección de los derechos de todas las personas.

* Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla.

¹ Fueron varios los instrumentos internacionales aprobados durante este período, así las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, o las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de RIAD), adoptadas y proclamadas por la Asamblea general en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

Desde este prisma se produce un importante giro en el planteamiento del trato y regulación de la posición del niño y adolescente frente al Derecho y al Estado, fundamentalmente. Giro que consiste en la superación de su consideración como objeto de preocupación, protección y control por parte de los adultos, y en el surgimiento de su situación como sujeto de derechos frente a los padres, la comunidad y el Estado que se encuentran obligados a satisfacer, proteger y garantizar tales derechos. De este modo, se produce una separación de la tradición jurídica de los menores basada en la incapacidad y se reafirma el carácter del sujeto de derechos que se desprende de concebir al niño y al adolescente como persona humana, y, consecuentemente, se le reconoce responsabilidad penal y garantías ante la actividad punitiva del Estado².

Ahora bien, resulta innegable que esta responsabilidad es progresiva, creciente, debido a consideraciones que tienen que ver tanto con su madurez como con aspectos jurídicos derivadas de su dependencia tradicional y real de sujetos adultos. La idea central radica en que toda persona es responsable, pero cada uno en diferentes niveles y de acuerdo a la configuración jurídica y social que se le reconoce³, y ello porque hay que tener en cuenta que nos encontramos ante sujetos que no han tenido capacidad ni posibilidad de completar su aprendizaje y asumir los valores socio-culturales de su entorno⁴. De este modo, los adolescentes no pueden ser equiparados con los adultos plenamente responsables, ni tampoco con un enajenado mental⁵, ni la supuesta tutela del Estado, ejercerse al margen de los derechos del sujeto que se pretende proteger, a través de medidas de protección o seguridad de carácter compulsivo, fundadas en la supuesta peligrosidad del agente. Consecuentemente, en los modernos sistemas de tratamiento de la delincuencia juvenil, debe compaginarse el necesario respeto a las garantías penales y

² Efectivamente, como pone de relieve SILVA SANCHEZ, “El régimen de la minoría de edad” en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997, pág. 169, el criterio del discernimiento y la presunción de inimputabilidad sólo es válida para los menores de una determinada edad, dado que estudios en Psicología demuestran que a partir de los 12 ó 14 años es posible que el sujeto establezca una relación con la norma.

³ BUSTOS RAMIREZ, “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal de menores”, en BUSTOS (director) *Un derecho penal del menor*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1992, pág. 5.

⁴ En este mismo sentido afirma CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Ley de responsabilidad penal de los menores, Doctrina con jurisprudencia y normativa complementaria*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Direct.), Madrid 2001, pág. 27 que “...el desarrollo de la individualidad, desde el nacimiento a la madurez, implica un aprendizaje de esas pautas de conducta, su conocimiento, su interiorización y la acomodación de los propios comportamientos al comportamiento exigido por la socialización. Como toda condición evolutiva, esa madurez no surge de pronto sino que pasa por fases que son, primero, de aprendizaje de normas que se desconocen, después de comprensión de su imperatividad y de las consecuencias negativas para los demás que puedan surgir de su incumplimiento, y, por último, de su interiorización y aceptación y del conocimiento del carácter nocivo y reprobado social y jurídicamente de las pautas de comportamiento prohibidas. Sólo cuando el individuo, en su desarrollo psico-físico, alcanza el desarrollo biológico e intelectual que es propio del común de sus congéneres, esto es, alcanza lo que se considera el estándar de la normalidad, le puede ser exigible un comportamiento acorde con las condiciones establecidas socialmente”.

⁵ Así, señala CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *ult. op. Cit.*, pág. 28, que dado que la falta de madurez ético-intelectual de los menores es sólo propia de una etapa de crecimiento natural y fisiológico que va a ser superada, “debe evitarse el uso del término imputabilidad, más adecuado para referirse a perturbaciones patológicas, y utilizar la expresión «exclusión de responsabilidad», que sólo indica que al sujeto no se le exigen las consecuencias de su obrar”. De tal forma, que “la diferencia de terminología encuentra apoyo en las consecuencias prácticas de una y otra postura: la imputabilidad apoya la culpabilidad y punibilidad del acto, de modo que, ateniéndonos a esa regla habrá supuestos en que siendo el menor personalmente imputable debe someterse a una pena, conforme mantiene la concepción clásica del tratamiento penal de los menores delincuentes basado en el principio del «discernimiento». La responsabilidad sólo pone de relieve la capacidad del sujeto para responder de sus actos, pero de ahí no se infiere que sea ineludible que se reponda soportando una pena”.

procesales⁶, con la finalidad educativa, socializadora y reconstructora de las medidas que, como consecuencia del proceso, se apliquen al joven.

Y a este reconocimiento de responsabilidad en el caso de los niños y adolescentes responden las nuevas legislaciones y proyectos legislativos que se están elaborando. Así, es bajo este espíritu que en Chile se ha elaborado el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad de los Adolescentes por infracciones a la Ley Penal, que establece la instalación de una justicia especializada, destinada a que los jóvenes se responsabilicen de las conductas que cometen, con un tratamiento garantista y que respete su cualidad de personas en proceso de desarrollo, procurando su reinserción social. Dicho Proyecto de Ley incorpora la aplicación de sanciones no privativas de libertad para delitos no graves, como son la reparación del daño y la sanción de servicios en beneficio de la comunidad, encaminadas a constituir un modelo alternativo de reacción ante los delitos que permita la resolución del conflicto, pero al mismo tiempo atiende al “interés superior del niño y adolescente”, es decir, al respeto de sus derechos. Y entre estos derechos se encuentra el de dotarle de una protección especial y el de vivir en familia, de tal forma que siempre que pueda plantearse una solución del conflicto que al mismo tiempo respete y garantice estos derechos, debe ser aplicada.

También responde a esta nueva configuración del niño y adolescente como sujeto responsable la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (en adelante, LORPM), que entró en vigor en España en enero de 2001, y que es aplicable a los sujetos entre 14 y 18 años (y con determinados condicionantes a los sujetos entre 18 y 21 años). Con esta Ley se establece que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones de uno y otro sector. Así, los principios inspiradores de esta Ley Orgánica serían la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, etc. Todo ello desde la base del reconocimiento de la responsabilidad penal de los niños, las niñas y los y las adolescentes.

La base fundamental de la responsabilidad penal del menor al amparo de esta nueva ley se encuentra pues en el reconocimiento de que el adolescente tiene capacidad para comprender el significado del hecho delictivo realizado (a diferencia de la anterior legislación que le denegaba esa capacidad, como ocurre en la actual legislación chilena) y actuar en consecuencia. Ahora bien, tanto el procedimiento, como las medidas y

⁶ Esto ya fue señalado por el Tribunal Constitucional español que en su Sentencia 36/91, de 14 de junio declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, y la consiguiente nulidad parcial de la misma, que establecía la total ausencia de formalidades en el proceso a seguir contra jóvenes presuntamente delincuentes. Entendió el Alto Tribunal que el procedimiento que se sigue en el caso de delincuencia juvenil es una variante del proceso penal y, como tal, ha de respetar las garantías a él inherentes, recogidas en la Constitución Española y en los diversos Tratados internacionales.

sanciones a aplicar deben implicar la adaptación del principio de culpabilidad a su peculiar psicología y a su grado de madurez.

Y desde este mismo planteamiento, se elabora por el Servicio Nacional de Menores de Chile, el Programa de Reparación a la Víctima y Servicios en Beneficio de la Comunidad, a fin de establecer unas nuevas orientaciones técnicas que reflejen el cambio de prisma que el marco descrito implica para las políticas, programas y acciones. Así, en el texto del mencionado programa se afirma que “las presentes Orientaciones Técnicas están dirigidas a que los proyectos de Reparación y Servicios en Beneficio de la Comunidad, experiencia nueva en nuestro país, incorporen los principios y objetivos centrales del proceso de reforma de SENAME en que están insertos, particularmente en cuanto contribuyan a hacer efectivos los derechos de los y las adolescentes inculpados de infringir la ley penal, en especial su derecho a formar parte de una comunidad y a participar activamente en ella”⁷, del mismo modo que se establecen los distintos sistemas alternativos de solución de los conflictos penales que responden a los principios que ya hemos analizado con anterioridad.

Ahora bien, a este respecto, en relación con el Programa que analizamos, es necesario realizar algunas consideraciones. Evidentemente, su espíritu responde a los nuevos planteamientos de la responsabilidad penal del menor, de los que se deriva el reconocimiento de una culpabilidad y la consiguiente responsabilidad merecedoras de una respuesta punitiva por parte del Estado y que pueden encontrar solución por una vía alternativa a la pena estrictamente considerada, ya sea a través de la reparación, ya a través de los servicios en beneficio de la comunidad, aspectos todos ellos recogidos en el Proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes por infracción a la Ley Penal. Pero, esto no deja de ser un Proyecto de Ley, de tal manera que no podemos basarnos en la existencia de una responsabilidad en el caso de los menores, cuando la legislación vigente establece precisamente, en determinados supuestos como los menores de 16 años o los adolescentes entre 16 y 18 años que obren sin discernimiento, el reconocimiento de irresponsabilidad penal por ausencia de culpabilidad, tal como analizaremos posteriormente.

Así, el programa analizado mezcla varios criterios en sus orientaciones técnicas que van a dar lugar a diferentes problemas. Por un lado, siguiendo las directrices que informan la reforma legislativa en materia de menores, establece el ámbito de edad que será aplicable a los y las adolescentes entre 14 y 18 años de edad, abanico que establece el art. 3 del Proyecto desde la base del reconocimiento de responsabilidad a los menores, y arbitra una serie de salidas alternativas aplicadas a los infractores de la ley, consistentes tanto en la reparación a la víctima (art. 24 del proyecto) como en servicios a la comunidad (art. 25). Medidas que han sido concebidas desde el reconocimiento de la capacidad de culpabilidad de los adolescentes y su consiguiente responsabilidad penal, y bajo la idea de responsabilizarle por sus acciones, y por los perjuicios que ha causado, así como de confrontarlos con las consecuencias derivadas de su actuación.

Pero, por otro lado, y como consecuencia de la innegable realidad de la legislación existente, se ve obligado a hacer referencia, en relación con los sujetos a quienes se les puede aplicar, a las distintas situaciones de los mismos, según hayan sido

⁷ Cfrs. Texto del Programa de Reparación a la Víctima y Servicios en beneficio de la Comunidad, Departamento de Derechos y Responsabilidad Juvenil, Servicio Nacional de Menores, Enero de 2003, pág.6.

declarados con o sin discernimiento en su actuación, es decir, según se les haya reconocido o no la existencia de responsabilidad penal en su actuación.

Esta mezcla de fuentes y criterios a la hora de elaborar las especificaciones técnicas del programa va a dar lugar al surgimiento de una serie de problemas que analizaremos en el epígrafe posterior, y que se derivan, esencialmente, de la incompatibilidad entre los mismos. Así, se trata de aplicar soluciones alternativas a la tradicional respuesta penal basadas en el reconocimiento legal expreso de la existencia de responsabilidad en los adolescentes a quienes por ley se les ha determinado la situación de irresponsabilidad penal. Ello va a implicar la vulneración de los principios informadores de todo el sistema penal y de responsabilidad de los menores.

II. ANALISIS CONCRETO DEL PROGRAMA DE REPARACION A LA VICTIMA Y SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

A. Sujetos de atención y vías de ingreso

Ya hemos puesto de relieve con anterioridad que la elaboración del Programa de Reparación a la Víctima y Servicios en Beneficio de la Comunidad que realiza el SENAME, atendiendo a diversas fuentes y criterios para la elaboración de sus orientaciones técnicas, implicará la existencia de graves contradicciones e incompatibilidades legales entre sus directrices y planteamientos jurídicos.

En mi opinión, uno de los problemas fundamentales del programa analizado radica precisamente en la configuración técnica de los sujetos de atención, problemas que se van a agravar al analizar su aplicación práctica.

Efectivamente, se establece que el programa se ofrecerá de manera sistemática a todos los y las adolescentes entre 14 y 18 años, que tienen por primera vez una denuncia, pudiendo incluirse también aquéllos que hayan cometido delitos menos graves en los que los daños sean reparables, e incluso aquéllos que, no estando en ninguno de los casos anteriores, sea posible que el juez valore la conveniencia de participación en estas medidas. Es decir, desde esta descripción, dos son las posibles vías de ingreso:

a.- como salida alternativa de acuerdo con los artículos N° 237, 238 y 241 del Código Procesal Penal para los jóvenes declarados con discernimiento.

b.- por medida de protección de acuerdo al artículo N° 29 de la Ley 16.618, para jóvenes sin discernimiento.

Además, establece el mencionado programa que son condiciones básicas para el ingreso en el mismo: que se asuma responsabilidad con relación al hecho, que muestre explícitamente su voluntad de reparar y que el/la adolescente tenga una capacidad adecuada para reparar de tal forma que entienda la alternativa que se le propone, que asuma un cierto compromiso y que pueda tener una participación activa en todo el proceso.

Y, precisamente, en la conjunción de todos estos elementos es donde comienzan a surgir los problemas del programa, en algunos casos exclusivamente en relación con su

aplicación práctica, mientras que en otros también se refieren a la propia configuración técnica.

A.1 Salida alternativa para jóvenes declarados con discernimiento

En principio, no existe inconveniente técnico alguno para la aplicación del programa en estos supuestos, sino que por el contrario es donde cobra sentido plenamente. Efectivamente, de este modo se podría permitir el acceso a este programa a los/las adolescentes que se adecuen a los requisitos exigidos para evitar la entrada en el circuito penal de adultos con las consiguientes consecuencias que de ello se derivarían. Se evitaría la separación de la familia, de su entorno socio-cultural y el consiguiente desarraigo, facilitando una salida alternativa que no implique la entrada en un sistema penal gravemente perjudicial para el desarrollo de estos sujetos, permitiendo, al mismo tiempo al adolescente responsabilizarse de su comportamiento y las consecuencias del mismo.

Ahora bien, todos los beneficios que, desde el punto de vista teórico, puede aportar esta vía de ingreso, no se reflejan, sin embargo en la práctica. De este modo, en todas aquellas regiones en las que se ha puesto en marcha y analizado este programa, ningún o casi ningún adolescente declarado con discernimiento ha ingresado en el mismo.

En realidad, al establecer el Código Procesal Penal este tipo de salidas alternativas en los artículos nº 237, 238 y 241, resulta más fácil y rápido para los operadores jurídicos solucionar el conflicto por esta vía a pesar de que ello implique ingresar al adolescente en el sistema penal de los adultos. Y ello, tal como han señalado alguno de los coordinadores del programa, puede deberse a varias razones, fundamentalmente a un problema estadístico y de presión pública. Efectivamente, quien tiene la última palabra a la hora de derivar a un sujeto hacia estos tipos de programas es el Ministerio Público, a quien no le interesa tener una causa abierta durante varios meses pudiendo obtener una solución por otra vía que determine el cierre de la causa de una manera más rápida. A ello se une, la exigencia por parte de la opinión pública, de una mayor presión punitiva de tal forma que el recurso a este tipo de programas alternativos no está bien considerado ni apoyado por un importante sector de la población.

De este modo, la inclusión de un adolescente en uno de estos programas no va a depender de que se cumplan las condiciones prescritas o de la conveniencia del mismo para una educación e inserción social del sujeto infractor, es decir, del beneficio del adolescente, sino de las circunstancias que rodeen al operador jurídico a cargo del proceso contra el mismo, es decir, de los intereses del Ministerio Público.

La situación en España es radicalmente diferente, fundamentalmente porque, tal como hemos dicho, la LORPM establece la igualdad en el trato y el sometimiento a idéntico sistema judicial de todos los niños y niñas y de los/las adolescentes. De este modo, todos aquellos sujetos mayores de 14 años y menores de 18 que hayan realizado algún comportamiento delictivo serán tratados conforme a las disposiciones de la LORPM sin ningún tipo de diferenciación genérica, salvo que concurra alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal (es decir, sean inimputables) en cuyo caso no les será aplicable la mencionada ley, siendo remitidos al mismo sistema establecido para los menores de 14 años, declarados inimputables e irresponsables ex lege.

De este modo, siempre que concurren los requisitos establecidos en la Ley del Menor española para la aplicación de las salidas alternativas (arts. 18 y 19 de la LORPM⁸), el Ministerio Fiscal podrá decidir entre permitir la aplicación de una de estas medidas al adolescente infractor, o continuar el procedimiento penal contra el mismo, pero siempre dentro del ámbito de las prescripciones de la referida Ley del Menor, sin que en ningún momento la renuncia a aplicar soluciones alternativas implique o pueda implicar el ingreso del sujeto en el sistema judicial de adultos. En realidad se trata de que el legislador español considera que el proceso judicial es un mal evitable si se puede acudir a otras fórmulas de corrección que, por su propia naturaleza, desplegarán un efecto menos perturbador para el menor y encaminado a hacer realidad la finalidad reeducadora⁹.

A.2 Medida de protección para jóvenes declarados sin discernimiento

Muchos y más complicados problemas tanto técnicos como prácticos presenta esta segunda vía de ingreso en el programa analizado derivados fundamentalmente de, en mi opinión, la incompatibilidad entre el espíritu y filosofía del mismo, sus condiciones y requisitos técnicos y la esencia y circunstancias de los sujetos aquí definidos. Pero vayamos por partes.

En primer lugar, se hace referencia a menores declarados sin discernimiento. Ab initio es necesario poner de relieve las dificultades de esta calificación por cuanto no existe una definición legislativa ni criterios determinados que permitan establecer un concepto material de lo que deba entenderse por discernimiento. Ante esta ausencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han debatido entre concepciones extremas como la de exigir una falta de capacidad de culpabilidad derivada de la capacidad para distinguir entre lo justo y lo injusto y actuar conforme a esa distinción, o como la de realizar un juicio acerca de la peligrosidad del sujeto que le permitiría rehabilitarse o, aún, beneficiarse del sistema de protección de menores. Analicemos cada una de ellas desde el enfoque de la doctrina jurídico penal y jurisprudencia chilenas.

A.2.1 Discernimiento como juicio de “peligrosidad”

Se basa esta concepción en que el juez tome la decisión de si el sujeto obra o no con discernimiento basándose en *“la peligrosidad del agente y sus posibles aptitudes de educación o*

⁸ El art. 18 de la LORPM española regula el procedimiento de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar, siempre que los hechos denunciados constituyan delitos menos graves (pena inferior a cinco años a partir del 1 de octubre de 2004) sin violencia o intimidación en las personas o faltas, de tal manera que la responsabilidad del menor en estos casos se determinará de la misma manera que la de los menores de 14 años sometiéndole a las normas sobre protección de menores recogidas en el Código Civil.

El art. 19 de la LORPM española establece el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, y de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos. El seguimiento y validación de que la conciliación o reparación se cumple le corresponde al equipo técnico del Juzgado de Menores que informará al Fiscal, y una vez cumplidos se solicitara el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

⁹ MARCHENA GOMEZ, *La Ley de responsabilidad penal de los menores*, CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Direct.), cit., págs. 267 y 271.

*reeducación para adaptarse*¹⁰. De este modo, se mantiene que “*para decidir si un menor imputado de un delito obró o no con discernimiento, atendido el espíritu que inspiró la Ley de Menores, es necesario considerar, muy especialmente, entre otros factores, sus posibilidades de readaptación, las condiciones ambientales en que vive y si es más conveniente para la sociedad y para su vida futura someterlo a la acción protectora de la Ley de Menores o entregarlo a la Justicia del Crimen para su juzgamiento*”¹¹. Es decir, se debe interpretar el discernimiento desde una perspectiva de peligrosidad y readaptación social.

Esta postura ha sido, en mi opinión, correctamente criticada desde un importante sector de la doctrina chilena que afirmaba que esta interpretación constituía una deformación del concepto de discernimiento atribuyéndole un significado que le es enteramente ajeno¹². Lógicamente, con ello se vulneraría el principio de legalidad por cuanto se está dando una interpretación a una norma que de ningún modo puede incluirse en la misma. Ahora bien, no es ésta la única razón por la que esta concepción debe ser rechazada.

Efectivamente, si la apreciación o no de la concurrencia del discernimiento en un sujeto infractor se hace depender de su presunta peligrosidad y capacidad para reinsertarse o rehabilitarse, es innegable que se está determinando la responsabilidad penal del sujeto (por cuanto la apreciación de falta de discernimiento excluiría ex lege la responsabilidad penal) desde la base de sus condiciones personales y sociales, es decir, se está legitimando un sistema de responsabilidad penal fundamentado en la subjetividad o condiciones de vida de un sujeto. O lo que es lo mismo, se basa en las características y condiciones del autor. Y ello implicaría el regreso a un denostado y afortunadamente erradicado Derecho Penal de autor, que bajo ningún concepto puede ser aceptado en un Estado democrático de derecho¹³.

A.2.2. Discernimiento como capacidad de culpabilidad

La amplia mayoría de la doctrina y parte de la jurisprudencia entiende que el discernimiento consiste en la existencia en el sujeto de capacidad de culpabilidad, esto es, de elementos intelectuales (capacidad de comprender), morales o de juicio (capacidad de valoración) y volitivos (capacidad de poner en obra las valoraciones y comprensiones)¹⁴. Consecuentemente, el discernimiento debe interpretarse como la posesión de la madurez necesaria para comprender el carácter ilícito de la conducta y la capacidad de autodeterminación conforme a tal comprensión en relación con los mandatos y prohibiciones de la norma. Es decir, se basa en la existencia de un conocimiento de la antijuridicidad y de una capacidad de culpabilidad entendida ésta como posesión de las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado por la norma¹⁵.

¹⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, 1956, RDJ, T.III, secc. 4º, p.200, cit. por CILLERO BRUÑOL, M., *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero, Parte General, ed. Jurídica, 2002, pág. 115.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 1967, RDJ, T. LXIV, secc. 4º, p.67, cit., por CILLERO BRUÑOL, M., *ibidem*.

¹² CILLERO BRUÑOL, M., *op.cit.*, pgs. 116 y 117.

¹³ En el mismo sentido, CILLERO BRUÑOL, M., *op. cit.*, pág. 117.

¹⁴ CILLERO BRUÑOL, M., *op.cit.*, pág. 117.

¹⁵ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho penal. Parte General*, 5ª edición, Valencia 2002, pág. 366.

Así, obran sin discernimiento aquellos sujetos que carecen de tales capacidades de conocimiento de ilicitud del hecho realizado (antijuridicidad) y de autodeterminación motivada por la norma. Y desde este prisma, son considerados inimputables y, consecuentemente, exentos de responsabilidad penal¹⁶.

Y en este punto comienzan los problemas de la configuración técnica del programa que estamos analizando. Efectivamente, si las condiciones ineludibles para que pueda ser aplicado este programa a los/las adolescentes son, entre otras, que el sujeto asuma responsabilidad con relación al hecho, y que tenga una capacidad adecuada para reparar, es decir, que entienda la alternativa que se le propone, esto implica que, previamente, el joven asume su responsabilidad en los hechos y tiene interés en compensar a la víctima¹⁷.

La contradicción es evidente. Si el sujeto ha sido declarado sin discernimiento, esto es, sin capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta y la capacidad de autodeterminación conforme a tal comprensión en relación con los mandatos y prohibiciones de la norma, ¿cómo puede exigirse que se responsabilice de los hechos cometidos y de las consecuencias de éstos, y sobre esa base asuma la necesidad y deber de compensar a la víctima?

Cuando ante la comisión de un hecho delictivo, sea éste configurado como delito o como falta, el juez decide que el sujeto autor del mismo ha obrado sin discernimiento,

¹⁶ En esta misma línea se pronuncian en Derecho Comparado, los ordenamientos de aquellos países que barajan una “especie” de discernimiento en relación con los menores. Así, en Derecho penal alemán, el §3 de la *Jungergerichtsgesetz (JGG)* (Ley de Tribunales para la Juventud) joven es el sujeto mayor de 14 años y menor de 18 que sólo tiene responsabilidad jurídico-penal “cuando en el momento del hecho es suficientemente maduro, según su desarrollo moral y mental, para comprender el injusto del hecho y actuar de acuerdo con esa comprensión”. Respecto a esta capacidad de culpabilidad, señala JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte General*, 4ª ed., Granada 1993, págs. 393-394, que la capacidad de entendimiento debe hallarse tan desarrollada que éste pueda comprender el injusto material de su hecho, pero sin embargo no es suficiente con esto, sino que debe disfrutar también de la capacidad de conformar su voluntad según esa comprensión; y precisamente, en los más jóvenes la facultad de entendimiento se suele encontrar desarrollada en grado suficiente, mientras que falta la fuerza de voluntad para poder oponerse a la presión de los poderosos motivos para cometer el hecho. En el mismo sentido se manifiesta ROXIN, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, Madrid 1997, págs. 848-849, quien al hilo del análisis del §3 JGG mantiene que “en los adolescentes, aún cuando exista la capacidad de comprensión del injusto, a menudo sigue faltando la capacidad de inhibición”.

Por su parte, el Código penal italiano en su artículo 97 establece como presunción absoluta, la falta de la capacidad de entender y querer en relación al menor de 14 años. De este modo, desde los 14 a los 18 años, los adolescentes son sometidos a un examen específico en el que el Juez ha de valorar su capacidad de discernimiento (art. 98 del Código penal italiano). A este respecto, entiende la doctrina que se trata de una valoración psicológica en la cual se tiene en cuenta no sólo el desarrollo intelectual sino también el moral que va necesariamente unido a las condiciones de vida individual, familiares y sociales, cfrs. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, Parte General*, 14ª ed., Milán 1997, pág. 621.

¹⁷ Cfrs. Texto del Programa de Reparación a la Víctima y Servicios en Beneficio de la Comunidad, Departamento de Derechos y Responsabilidad Juvenil, Servicio Nacional de Menores, enero del 2003, págs. 14 y 15; también, Texto del Proyecto de Reparación participativa a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad para jóvenes infractores de la Ley penal en la Tercera Región de Atacama, Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso, regiones III, IV y V, Atacama, 30 de mayo de 2003, pág. 16; Texto del Proyecto de reparación a la víctima y servicio en beneficio a la comunidad “Gabriela Mistral”, Corporación Gabriela Mistral, pág.13.

implica que está reconociéndole la ausencia de capacidad de culpabilidad, es decir, la inexistencia de la posibilidad de que comprenda la ilicitud de su comportamiento precisamente porque tiene una incapacidad psíquica, en el caso de los menores generalmente derivada de su falta de madurez, para comprender la norma prohibitiva y verse motivado por ella; o lo que es lo mismo, la incapacidad para comprender que lo que ha realizado está “mal”, es injusto, está prohibido por el derecho.

Desde esa ausencia se fundamenta la inexistencia de culpabilidad y de responsabilidad de los menores de catorce años, presumiéndose de iure la imposibilidad de que sean conscientes de los actos realizados y de las consecuencias de los mismos. Y esta misma inexistencia de culpabilidad y de responsabilidad debe predicarse respecto de los adolescentes declarados sin discernimiento¹⁸. Y precisamente esa ausencia señalada impide apreciar la existencia de culpabilidad que es el fundamento básico para la existencia de responsabilidad penal de los sujetos infractores.

Y a estos sujetos a los que se les reconoce esa incapacidad psíquica, derivada de su falta de madurez, de conocer lo ilícito de su comportamiento, considerándolos consecuentemente inimputables e irresponsables, se les pide que asuman la responsabilidad de los hechos cometidos y de sus consecuencias, en un proceso lógico de concreción y discreción que les permita atribuir las consecuencias producidas a la acción realizada y la consiguiente necesidad de reparar a la víctima el daño causado. Es decir, a los sujetos inmaduros e irresponsables, se les pide que realicen un ejercicio claro de madurez y asunción de responsabilidad, lo cual no deja de ser una pura contradicción en la técnica de redacción del proyecto.

Evidentemente, de la regulación actual de la responsabilidad de los niños, las niñas y los/las adolescentes, todos aquellos que sean declarados irresponsables bien por la vía de la minoría de edad bien por actuar sin discernimiento, quedan al margen de la regulación y sistema penal de ningún tipo, debiéndose regir por las disposiciones de la Ley de Menores, siempre consideradas como medidas de protección. Y ello implica directamente que a estos sujetos no puede exigírseles ningún tipo de responsabilidad ni su participación en ningún programa de reparación a la víctima desde el prisma penal. Por el contrario, esta reparación o indemnización deberá venir determinada por vía civil. Todo lo más les serán aplicables las concretas medidas de protección establecidas en el art. 29 de la Ley 16.618, que, como veremos, en ningún momento se refieren ni recogen referencia alguna a reparación¹⁹.

Pero, es más, en caso de que un adolescente declarado sin discernimiento asuma la responsabilidad de sus acciones y las consecuencias de los mismos, ¿no implicaría que realmente sí tiene discernimiento, es decir, capacidad para comprender lo ilícito de su actuación y para verse motivado por las normas que prohíben la misma? Y si ello es así, ¿no debería estar incluido en los supuestos de aquellos sujetos que obran con

¹⁸ Equiparación que realiza el art. 28 de la Ley n° 16.618, si bien la ley habla de menores de 16 años y de mayores de esa edad declarados sin discernimiento, aunque el Proyecto baraja un abanico de edades de entre 14 y 18 años.

¹⁹ Lo cual es totalmente lógico, por cuanto están configuradas como medidas de protección a los niños y niñas y los y las adolescentes. Es decir, enfocadas a otorgarles una protección y seguridad frente a agresiones que puedan provenir del exterior o de ellos mismos, pero nunca dirigidas a controlar o establecer su responsabilidad y respuesta frente a las víctimas de sus acciones.

discernimiento y, consecuentemente, pudiera derivarse hacia el sistema judicial de adultos?

B. Medidas y salidas alternativas

Los inconvenientes que se pueden plantear en relación con esta concreta vía de ingreso dentro del programa de reparación a la víctima y trabajos en beneficio de la comunidad no terminan en relación con la descripción de los sujetos de atención y las vías de ingreso al mismo, sino que concurren otros muchos derivados de la naturaleza de las medidas que se les están aplicando. Efectivamente, partimos de la base de que los sujetos declarados sin discernimiento encuentran el fundamento de su irresponsabilidad penal en la ausencia de culpabilidad, y ello implica que en ningún caso pueda aplicárseles una sanción que tenga naturaleza de pena, por cuanto las penas se fundamentan en la existencia de culpabilidad²⁰. Consecuente con ello, se establecen en estos supuestos la aplicación de “medidas de protección”, que se encuentran recogidas en el art. 29 de la Ley 16.618. Al margen de todas las consideraciones y críticas que puedan realizarse respecto de la consideración de estas medidas de protección, y de su naturaleza o no de verdaderas penas²¹, cuestión que no es objeto de este informe, lo cierto es que constituyen un catálogo cerrado cuyo espíritu radica en la colocación del sujeto sin discernimiento en un entorno de protección, control y educación que impliquen y reporten un beneficio para el desarrollo de su personalidad sin ningún otro condicionante. Desde este prisma, el propio principio de legalidad impide la aplicación de medida distinta de aquellas contenidas en el referido art. 29.

Por el contrario, el proyecto que estamos analizando recoge entre las posibilidades de soluciones al conflicto planteado el de trabajos en beneficio de la comunidad (sean del tipo que sean) que tienen una clara naturaleza de pena y, consecuentemente, se basa en la idea de culpabilidad y responsabilidad del sujeto a quien se le aplica. De este modo, el declarado irresponsable se ve sujeto al cumplimiento de lo que no deja de ser sino una pena basada en la existencia de culpabilidad.

La situación en España a este respecto es radicalmente distinta, por cuanto, como ya dije, el sistema de menores se basa en el reconocimiento de la existencia de responsabilidad penal en los mismos (sujetos entre 14 y 18 años de manera general, y con condicionantes para los de entre 18 y 21 años) pero regulada y exigida de manera diferente que la de los adultos, rigiéndose por su específica legislación, esto es, LORPM.

²⁰ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, op.cit., pag. 52.

²¹ Efectivamente, alguna de estas medidas lejos de ser protectoras de los niños y las niñas, los y las adolescentes, tienen verdadera naturaleza de penas, por cuanto implican o determinan la privación de determinados derechos. Y ello determina que se impongan verdaderas penas, como por ejemplo el confinamiento del sujeto en centros de educación especiales sin respetar el principio de culpabilidad dado que se están aplicando “penas” a sujetos que previamente se había declarado irresponsables. Pero incluso se llega más lejos, porque estas mismas “medidas de protección” se aplican en situaciones totalmente ajenas a los infractores de la ley penal, como es el caso de los menores en situación “irregular”. En consecuencia, “el derecho proteccional de menores no sólo reduce el control penal, sino que lo amplía hacia límites nunca aceptados para los adultos en una sociedad democrática, y lo hace bajo el pretexto de proteger a los niños y adolescentes”, cfrs. CILLERO BRUÑOL, M., op. cit., pág. 127.

Sobre esta base, todas las medidas aplicables a los y las adolescentes se fundamentan, precisamente en la existencia de culpabilidad, y por tanto tienen o pueden tener la naturaleza de penas porque se derivan de la exigencia de responsabilidad por el hecho cometido al sujeto infractor. De este modo, los niños y niñas menores de 14 años son declarados irresponsables penalmente, siéndoles aplicables exclusivamente las prescripciones del Código Civil. Los demás sujetos se atenderán a las disposiciones de la LORPM.

Siguiendo esta misma línea, establece el art. 5.2 de la LORPM que en aquellos casos de sujetos mayores de 14 años, en los que concurre alguna causa de exención de la responsabilidad (concretamente, anomalías o alteraciones psíquicas y estados de intoxicación plena debidos al consumo de alcohol o drogas, supuestos ambos que le impiden comprender la ilicitud del hecho realizado, y alteraciones en la percepción, que le impide motivarse por la norma; es decir, supuestos de ausencia de culpabilidad), se les podrán aplicar, *en caso necesario*, las medidas terapéuticas establecidas en el art. 7.1, letras d y e (internamiento terapéutico encaminado a su curación o mejoría, y tratamiento ambulatorio con el mismo fin, dependiendo la aplicación de una u otro de la gravedad de la situación que sufre el menor); consecuentemente, en caso de que no sea necesario por ser posible la curación fuera de esos centros, no serían aplicables esas medidas, debiendo regirse el declarado inimputable por las prescripciones del Código Civil.

En conclusión, en relación con este apartado, entiendo que a los sujetos declarados sin discernimiento, en una correcta aplicación de la legislación vigente, se les deberían aplicar, en caso necesario, medidas terapéuticas o de protección (al margen de las consideraciones ya realizadas a este respecto) que se basen en la defensa y amparo de los niños, las niñas, y los y las adolescentes, aportándoles cuidado, atención y garantía, pero que en ningún caso supongan la restricción o privación de algún derecho desde la base de la asunción de una responsabilidad de la cual por ley carecen.

Y, consecuentemente con la afirmación que acabo de realizar, entiendo que los sujetos descritos en este apartado en ningún caso deberían ser sujetos de atención del programa que estamos analizando, por cuanto carecen del principal requisito para la incorporación a cualquier programa de salida alternativa de un conflicto penal al clásico sistema judicial que se fundamenta esencialmente en la existencia de una responsabilidad por unos hechos y la consiguiente aplicación de una pena como consecuencia de los mismos. De este modo, quien es irresponsable penalmente hablando no puede optar por una salida alternativa a la pena o al sistema judicial que desemboque en la imposición de una pena, por cuanto no puede aplicársele ni aquella ni éste.

Paradójicamente a lo que estamos afirmando, la aplicación práctica del programa pone de manifiesto que no sólo se está aplicando a estos sujetos, sino que son la mayoría a quienes se aplica, dejando al margen del mismo a aquéllos a quienes debería ir dirigido, esto es, a los adolescentes declarados con discernimiento. Y ello porque, efectivamente responden a la concurrencia de culpabilidad y, consecuentemente, de responsabilidad, y desde esta base se les puede (y de hecho se les aplica) aplicar una pena, y, lógicamente, una salida alternativa a la misma, como serían las medidas establecidas en este programa.

C. Requisitos en relación con los hechos delictivos de referencia

También se hace necesario señalar la existencia de algunos problemas y consideraciones en relación con los requisitos relativos a los hechos cometidos. Así, el programa será aplicable a todos aquellos adolescentes que tienen por primera vez una denuncia, y a los que hayan cometido delitos menos graves con daños reparables. Veamos más detenidamente los aspectos de cada uno.

C.1 Primera denuncia

A este respecto entiendo que la referencia a que se trate de una primera denuncia vulnera los principios y garantías constitucionales y, fundamental y esencialmente, la presunción de inocencia. Evidentemente, el hecho de que se haya interpuesto una “denuncia” no implica automáticamente que el sujeto haya realizado o participado en los hechos que se le atribuyen en la mencionada denuncia.

Imaginemos el supuesto de un adolescente contra quien se interpone una denuncia o bien a quien se le atribuye una denuncia interpuesta sin determinar el autor, simplemente por el hecho de relacionarse en un determinado ambiente o encontrarse en un determinado lugar, y que una vez iniciado el procedimiento se establece que no tuvo participación alguna en los hechos denunciados. ¿Es suficiente la denuncia interpuesta para determinar la exclusión del adolescente en el futuro del ámbito de aplicación del programa? De dar una respuesta afirmativa se estaría determinando una situación penal sobre la base de meras sospechas sin confirmar. Por el contrario, de dar una respuesta negativa, que sería lo coherente y respetuoso con los principios informadores del ordenamiento jurídico, se pone de relieve la inexacta redacción del programa por cuanto se hace necesario algo más que una simple denuncia para excluir al sujeto infractor de la aplicación del mismo.

De hecho este requisito está introduciendo una suerte de dureza penal en relación con las exigencias establecidas para el régimen de adultos, que en nada se corresponde con los principios inspiradores e informadores de la reforma en materia de legislación de menores. Así, en el artículo 237 del Código Procesal Penal, que constituye una de las vías de ingreso en este programa, se establece que la suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Lógicamente, y en respeto de las garantías y derechos de las personas se hace radicar la exclusión del ámbito de las salidas alternativas a aquellos sujetos en quienes concurra una “especie” de reincidencia, fundamentada en la existencia de una condena previa²².

No ocurre esto en el caso de adolescentes, respecto de los que el programa analizado no exige la existencia de condena o sentencia firme, ni siquiera que se hayan imputado los hechos al adolescente en cuestión, sino exclusivamente la existencia de denuncia, lo cual innegablemente implica que el nivel de garantía y exigencia parece relajarse y disminuir en el caso de los menores.

²² Este es el sentido de la reincidencia regulada en el art. 12, num., 15 y 16, del Código Penal chileno.

Por ello, considero que quizás fuese conveniente para respetar con mayor rigor los principios inspiradores de la reforma, y no criminalizar a los adolescentes por su inclusión en un determinado entorno socio-cultural, sustituir la referencia a una primera denuncia como requisito para la inclusión en el programa, por un concepto menos abstracto y más próximo a la efectiva concreción de la participación del sujeto en un hecho delictivo, como primera imputación o similar.

Ahora bien, a este respecto es de justicia señalar que la relajación en los niveles de garantía en relación con los niños y adolescentes infractores no es monopolio de la legislación y regulación chilena, sino que también en otros países del entorno jurídico y cultural se produce esta situación. Así, algo similar ocurre en España en relación con la regulación del desistimiento en la incoación del expediente contenido en el art. 18 de la LORPM, donde se disminuyen las garantías establecidas en comparación con la legislación de adultos.

C.2 Delitos menos graves con daños reparables

Como punto de partida quisiera poner de manifiesto que no existen contradicciones ni incompatibilidades en relación con el espíritu inspirador de la reforma en materia de responsabilidad de niños y adolescentes, sin embargo es necesario señalar que quizás fuese conveniente ampliar el ámbito de aplicación de este programa a un mayor elenco de supuestos, flexibilizando criterios y requisitos para que el sistema se haga aplicable a mayor cantidad de sujetos y con ello se apoye y refuerce uno de los principios inspiradores de la justicia penal juvenil, cual es el de encontrar soluciones alternativas al conflicto que impidan el desarraigo de los adolescentes y su entrada en los circuitos penales.

Así, por ejemplo se podría seguir un sistema similar al establecido en la LORPM española en la cual se establece un amplio catálogo de posibilidades de acudir a medidas alternativas de mediación y reparación que favorecen una política encaminada a la aplicación del principio de oportunidad y desjudicialización (posibilidades de desistimiento que se recogen en los artículos. 18, 19 y 27.4 de la LORPM), aunque las posibilidades varían según los hechos sean delitos menos graves o faltas (en los que se permite el desistimiento derivado directamente del principio de oportunidad) o sean delitos graves pero sin violencia o intimidación en las personas (mediación-reparación y posterior desistimiento).

La característica esencial radicaría entonces en ampliar el catálogo de hechos subsumibles dentro del programa excluyendo en todo caso aquellos en los que haya concurrido violencia o intimidación en las personas, basándose precisamente en la especial gravedad y reproche que este tipo de comportamientos implica. Esta ampliación del catálogo de supuestos incluibles determinaría una extensión del número de sujetos a los que sería aplicable el programa y un mayor respeto de los objetivos de protección, educación y garantía de los derechos de los menores.

Como conclusión de todo lo expuesto hasta el momento, es necesario señalar que, al margen de las posibles deficiencias técnicas de que pudiera adolecer el presente programa, la filosofía que lo inspira es digna de loa y de defensa para continuar en la misma línea. Es de justicia señalar que las salidas alternativas, sobre todo en el caso de

niños y adolescentes, han obtenido resultados muy satisfactorios y han permitido la resolución de los conflictos planteados de la manera menos traumática posible para el adolescente involucrado²³. De hecho hay que reconocer que la detención, el conocimiento del hecho por parte de la familia, etc., son en muchos casos un límite suficiente para impedir la reincidencia de los adolescentes, lo que además contribuiría a evitar una judicialización y desarraigo de los menores absolutamente innecesarias.

Sobre esta base, considero que una vez solucionadas las anomalías técnicas puestas de relieve, podría instaurarse un sistema plenamente satisfactorio para la justicia de menores hasta la entrada en vigor de la futura Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes Infractores, siempre desde la base de que la aplicación de cualquier tipo de medidas que conlleven una naturaleza sancionadora y de pena, deben establecerse desde el reconocimiento legal de existencia y constatación de culpabilidad y, consiguientemente, de responsabilidad penal del sujeto a quien se le vaya aplicar sea éste menor o no.

Considero, en este punto, que podría resultar interesante el análisis comparativo con algún Programa similar que se haya llevado a la práctica, cual es el caso del Programa de Mediación Penal Juvenil en Cataluña (España).

III. EL PROGRAMA DE MEDIACIÓN PENAL JUVENIL EN CATALUÑA

A. Antecedentes generales y justificación

En el año 1981, Cataluña, en cumplimiento de lo establecido en su Estatuto de Autonomía, fue la primera Comunidad Autónoma española en recibir de la Administración del Estado los traspasos de competencias en materia de protección de menores²⁴. Hasta ese momento, en España, la justicia juvenil había permanecido anclada en la Ley de los Tribunales Tutelares de Menores de 1948²⁵ que consagraba los principios de positivismo y correccionalismo, atribuyendo a estos tribunales una doble función: la *protectora* de los menores de edad abandonados o en situación de desprotección, y la *reformadora* de los menores de 16 años autores de hechos delictivos.

A partir del año 1981, el Gobierno catalán inicia un nuevo camino por lo que se refiere al tratamiento e intervención en el ámbito de los menores y jóvenes infractores. Como criterio general se pretendía *“romper con un pasado dominado por el paternalismo como base o fundamento de las respuestas, la falta generalizada de garantías y la no respuesta como respuesta más habitual a los conflictos y problemas que podían haber causado la conducta infractora de los menores”*²⁶.

²³ En este sentido se puede señalar la experiencia realizada en España al amparo de la anterior legislación, mediante el Programa de Mediación y Reparación que se ha venido realizando en Cataluña desde 1990.

²⁴ Así, el art. 9,28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña establece la competencia exclusiva de la Generalitat (máximo órgano de Gobierno de esta Comunidad Autónoma) en materia de instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado español.

²⁵ Ley que constituía una reproducción prácticamente íntegra de la Ley de Tribunales para niños de 1918.

²⁶ Cfrs. Exposición de Motivos de la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de la Generalitat de Cataluña.

Uno de los elementos que impulsaron este cambio de política fue precisamente el abuso en la aplicación de la medida de internamiento, que era la más impuesta por los Tribunales tutelares de menores, pero, fundamentalmente, la confusión que se producía entre la facultad protectora y la facultad reformadora, equiparando a nivel de intervención judicial a niños, niñas, adolescentes y jóvenes infractores con los que no lo eran y se encontraban en situación de desamparo o irregular. Situación que, como hemos visto anteriormente, también se está produciendo en Chile en estos momentos. Desde este planteamiento, la nueva política que, desde el momento de la asunción de las competencias en materia de protección de menores, comenzó a aplicarse en Cataluña se fundamentó en la necesidad de separar las funciones protectora y reformadora, en la promoción de un procedimiento con las debidas garantías, en la diversificación de las respuestas, y, dentro de éstas, en una apuesta clara y decidida por las medidas en medio abierto, y, finalmente, en la consideración de que el internamiento debía ser siempre la última opción.

Esta nueva política significó el diseño y creación de nuevos recursos, como la creación de los “delegados de asistencia” que permitieron la aplicación por primera vez de la libertad vigilada, de espacios de observación de menores mediante la apertura de centros de este tipo, la supresión de los antiguos y grandes centros de internamiento creándose nuevas unidades más reducidas y especializadas, etc.

Todas estas actuaciones recibieron confirmación e impulso con la aprobación por el Parlamento catalán de la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, que permitía superar definitivamente una normativa administrativa desfasada y poco garantista. Esta Ley regulaba tres ámbitos distintos de actuación: la prevención de la delincuencia infantil y juvenil, el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil, y la tutela de los menores si falta la potestad del padre y de la madre o por un ejercicio inadecuado de ésta o del derecho de guarda y educación. De esta forma, constituyó el primer marco legal moderno para poder aplicar las medidas de protección y reforma adoptadas por los tribunales tutelares de menores, desde el respeto de los derechos individuales de los niños, las niñas, adolescentes y jóvenes.

Dentro de todo este clima de cambio se abrió camino fundamentalmente, una idea que ya hemos señalado con anterioridad: la de las salidas alternativas al proceso y sanciones penales y, como representación de esto, la mediación. A este respecto, es necesario hacer algunas matizaciones que, aunque ya he anunciado previamente, aquí se ponen aún más de relieve. Concretamente, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio sobre Juzgados de Menores²⁷, en España se ha comenzado a emplear a nivel estatal el término “*alternativas*” de manera recurrente para referirse a todas aquellas sanciones que pueden dictar los jueces de menores distintas de las del internamiento en sí mismo considerado.

Considero, como ya manifesté anteriormente, que el hecho de que se emplee este término para definir la naturaleza de unas medidas que, a fin de cuentas, siguen siendo impuestas sin que al interesado se le de la más mínima opción de pronunciarse, no se

²⁷ La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio se realiza como reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores, texto refundido de 1948, sobre la base de la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 por Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de Febrero.

corresponde con el verdadero sentido del término “alternativas”, sino la representación de que las respuestas penales en materia juvenil, aparte de la privación de libertad, ofrece otras posibles respuestas en medio abierto, como la libertad vigilada o los servicios en beneficio de la comunidad, que no son sino distintas expresiones de las reacciones penales a las infracciones, pero que no por eso dejan de ser penales y dejan de suponer sanciones para el sujeto que las sufre. Por el contrario, la consideración de una medida como “alternativa” es y debe ser algo distinto de esto, algo que permita una opción diferente a la penal.

Y esta posibilidad se contempla en las posibilidades de reparación extrajudicial o *mediación*, alternativa que puede darse en dos sentidos distintos:

a.- porque con la reparación a la víctima o la conciliación entre autor y víctima, ambas partes obtienen beneficios claros: el autor puede evitar la continuación del proceso judicial, o el sometimiento a una sanción judicial, y la víctima se ve resarcida en los daños producidos ya sean materiales o morales.

b.- la mediación, en la medida en que no se plantea como objetivo la rehabilitación del autor en términos de *tratamiento*, constituye un modelo alternativo de reacción frente al delito, puesto que parte de la perspectiva de resolución del conflicto, y no de la de reacción frente al autor.

La *mediación en el ámbito de la justicia juvenil* es un método de resolución de conflictos cuya característica principal estriba en la participación de un sujeto supuestamente neutral encargado de ayudar al menor infractor y a la víctima a lograr un acuerdo para la restitución de los daños causados por la infracción, es por tanto, una respuesta alternativa.

Y en este clima de diversificación de respuestas que son puestas a disposición de los jueces de menores, en el año 1990 en Cataluña se diseñó y se puso en funcionamiento el Programa de mediación y reparación a la víctima para lo cual se tuvieron en cuenta las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 87/20) sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil y otras recomendaciones de organismos internacionales.

El Programa se desarrolló en una fase de reflexión y cambio de la justicia de menores en Cataluña y en el Estado español, y se inscribe en un proceso de transición entre un modelo residual protector y correccionalista basado en los principios del positivismo, y la apuesta por un modelo de justicia de menores garantista y responsabilizador, que potencie el principio de intervención judicial mínima y la desjudicialización. Así, con este Programa, partiendo del objetivo responsabilizador del menor infractor, se intenta establecer un espacio participativo e interactivo entre éste y la víctima con el objetivo de solucionar el conflicto y la orientación de este proceso a través de un mediador. Con ello, se atiende tanto a la voluntad y el compromiso reparador del joven infractor como a la participación de la víctima en la solución del conflicto.

B. El programa de mediación y reparación penal juvenil en Cataluña: características y requisitos. Análisis de su aplicación

Si bien, el Programa comenzó sin reflejo legal alguno salvo el constituido por la Ley 11/1985 aprobada por el Parlamento catalán, poco después de su inicio la Ley Orgánica 4/93, de 5 de junio le otorga un marco legal en el que moverse.

B.1 Criterios de aplicación y selección:

B.1.1 Marco de edad

Tanto el Programa²⁸ en concreto como el art. 1 de la Ley 4/92 establecían que los jueces de menores eran competentes para conocer de los hechos cometidos por mayores de 12 años y menores de edad penal (en aquel momento 16 años), y consecuentemente, el ámbito de actuación del Programa se limitaba a esta franja de edad.

Ahora bien, en relación con la aplicación concreta de este Programa hay que señalar que habitualmente se aumentaba la edad de admisión hasta los 18 años. Sin embargo, es necesario reconocer que la principal franja de edad de los y las adolescentes que ingresan a este Programa se mueve entre los 13 y 16 años tal como puede comprobarse en los datos del Programa desde 1999 a 2001.

En relación a los años 1990-1998, en el primer periodo de aplicación (1990-1993) el grupo de menores de 14 años representaba el 33, 5% el conjunto de menores para los que, los jueces, propusieron una mediación; lo más resaltante en ese período fue la corta edad de una parte considerable de los niños y niñas que participaron, dado que los menores de 12 años representaron un 11,8% del total de menores y jóvenes infractores que fueron atendidos por el equipo. Resultaba evidente que aquellos niños y niñas eran demasiado pequeños para la justicia y poco maduros para la mediación, y la entrada en vigor de la Ley 4/92 redujo el marco de aplicación a la franja entre 12 y 16 (18) años. En los datos globales de estos ocho años se sitúan a los mayores de 14 años por encima del 80% del total de los adolescentes infractores que han participado en el Programa. Con ello, cada vez nos acercamos más a la franja real de aplicación de este sistema extrajudicial, es decir, de 14 a 16 (18) años) por entender que los menores de esa edad deben quedar al margen de cualquier sistema judicial o alternativa al mismo, por cuanto consiste en una intervención relacional que presupone componentes de razonamiento formal y una mínima comprensión abstracta de la sociedad, de las reglas de justicia y de la complejidad de la realidad social de nuestros semejantes, que no se producen, generalmente, en los menores de 14 años.

Es decir, de modo similar al Programa de Reparación a la víctima y servicios en beneficio de la comunidad elaborado por el Servicio Nacional de Menores de Chile, se ha aplicado a menores infractores entre 14 y 16 años fundamentalmente. Si bien, la diferencia en este punto es esencial, dado que en el Proyecto catalán no se hace referencia alguna a si los menores actúan o no con discernimiento, aplicándose de modo automático a todos los menores entre estas edades sin necesidad de constatar si actúan o no con discernimiento en la realización de los hechos.

²⁸ Este Programa determina este grupo de edad precisamente al amparo de la mencionada Ley 4/92, dado que con anterioridad se podía aplicar también a menores de 12 años.

B.1.2 Hechos delictivos de referencia

En relación al tipo de delito cometido, el Programa no establece limitaciones en la admisión de la mediación²⁹. Sin embargo, los supuestos más comunes son peleas, actos vandálicos, hurtos, etc, y mayoritariamente se trata de infracciones que no revisten una excesiva gravedad penal.

Resalta de este modo, la poca relevancia que se le da a la mediación, y entiendo, como ya afirmé, que sería conveniente ampliar la aplicación de este tipo de Programas al mayor número de supuestos posibles, de modo similar a como realiza la actual Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor en España.

En una primera etapa la mediación se ocupó primordialmente de pequeños delitos, para posteriormente ampliarse a delitos graves. Siguen excluyéndose, los delitos muy graves como homicidios, violación, o que comporten conductas de grave violencia o intimidación. Así, por ejemplo, se aplicaban a los delitos de robo con violencia o intimidación que en la primera etapa implicaron un 4% del total, a delitos de lesiones, o a delitos de robo con fuerza en las cosas que alcanzaron un 15,3%.

B.2 Requisitos relativos a la reincidencia en el comportamiento delictivo

De modo general, la reincidencia no se considera un factor de exclusión en este Programa, ahora bien, hay que señalar que no es aplicable a aquellos menores que son reincidentes por tercera vez.

Entendida esta reincidencia de la única manera posible en respeto al principio de legalidad, esto es, como más de una condena por los mismos o similares hechos, queda muy lejos este requisito de aquel de “*primera denuncia*”, exigido por el Programa del Servicio Nacional de Menores de Chile y que ya he analizado. Ahora bien, a las críticas realizadas en su momento a este requisito, es necesario sumarle alguno de los datos relevantes aportados por el estudio de este Programa en sus primeras fases (1990-1998). Efectivamente, incluso en relación con adolescentes reincidentes, la participación en el Programa de mediación supuso una innegable reducción de la misma.

Así, en relación con Cataluña, la reincidencia para periodos largos superiores a los 5 años afecta al 18,5% de todos los menores que son puestos a disposición judicial, mientras que a corto plazo, en el período de un año, reinciden el 13,2% de los adolescentes. Por el contrario, los jóvenes infractores que participan en programas de mediación, la reincidencia para periodos largos se sitúa en un 17%, y para periodos cortos

²⁹ Sin embargo, es necesario señalar que la L.O. 4/1992, establece dos posibilidades en momentos diferentes del procedimiento para aplicar un programa de mediación-reparación: a) el art. 2, 2, regla 6ª establece la reparación extrajudicial como fórmula para finalizar el procedimiento en su inicio “*considerando la poca gravedad de los hechos, las condiciones o circunstancias del menor, el hecho de que no se haya utilizado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el juez, a propuesta del fiscal, podrá dar por concluidas todas las actuaciones*”, b) el art. 2, 3, 3º regula la reparación extrajudicial como alternativa a la ejecución de la medida al final del procedimiento, esto es, la suspensión del fallo “*atendiendo a la naturaleza de los hechos*”.

entre un 7% y un 9%, indudablemente por debajo de la tasa de reincidencia general con lo que se pone de relieve el excelente resultado de estas intervenciones³⁰.

B.3 Requisitos para la participación en el Programa

Para que un menor, presunto infractor, pueda acceder al Programa de mediación y reparación son necesarias dos condiciones básicas: 1) asunción de responsabilidad en relación al hecho, y 2) mostrar explícitamente su voluntad de reparar, voluntariedad que tiene que ir acompañada del consentimiento de sus padres. A estos dos requisitos esenciales, y que se repiten en todas las legislaciones y programas de mediación en materia de responsabilidad juvenil, pueden añadirse otras condiciones que, si bien no son determinantes, se han de tener en cuenta en el momento de valorar la posibilidad de llevar a cabo un programa de reparación.

Así, en relación con el menor, hay que tener en cuenta la *capacidad adecuada para reparar*, esto quiere decir que entiende la alternativa que le están proponiendo, que asume el compromiso y que tendrá una participación activa en todo el proceso. Al margen de todo lo que he expuesto en relación con la diferencia realizada en el proyecto del SENAME sobre jóvenes con o sin discernimiento, resulta claro que estas condiciones difícilmente podrían reunirse en aquellos adolescentes infractores que hayan sido declarados sin discernimiento, dado que serían incapaces de asimilar y entender no solo sus acciones sino los compromisos y consecuencias que de ellas se derivan.

En relación con los hechos, hay que valorar la naturaleza de los daños, sus circunstancias y si son reparables. En este punto solo queda por reproducir lo ya dicho en el análisis del Proyecto del SENAME.

B.4 Objetivos del Programa

El Programa de mediación y reparación de Cataluña se propone diferentes objetivos: por un lado en relación con el infractor y la víctima, y por otro, en relación con la justicia y la comunidad.

Así, respecto de la justicia determina la aplicación del principio de oportunidad dentro de los límites legales, en todos aquellos casos en que el menor manifieste voluntad de reparar el daño causado, al tiempo de potenciar el restablecimiento de la paz social. Igualmente, incorpora a la justicia juvenil elementos restitutivos o compensatorios en relación con la víctima.

Por lo que se refiere a la Comunidad, produce un acercamiento de la justicia a los ciudadanos, posibilitando formas ágiles y participativas para la resolución de los conflictos que también son de la comunidad.

En relación con el infractor aparece la responsabilización de las propias acciones y de sus consecuencias, y la compensación y reparación con su esfuerzo personal a la víctima. Y a la víctima le ofrece la posibilidad de participar en la resolución del conflicto

³⁰ Estos datos ya eran conocidos por experiencias previas de otros países, así, los jóvenes que participan en los VORP (Victim Offender Reconciliation Programs) en Estados Unidos, delinquen en menos ocasiones y menos gravemente que los componentes de grupos de control que no han conocido esta experiencia.

que le afecta, ser escuchada, recuperar la tranquilidad y ser compensada por los daños sufridos.

Es decir, el interés se centra en lograr la solución del conflicto mediante un proceso equilibrado que permita establecer vías de diálogo entre la víctima y el adolescente o joven infractor. De un modo u otro, el principal objetivo perseguido es la acción educativa y la responsabilización del menor, quedando en un segundo plano cuestiones tales como la reparación del daño, o impedir o disminuir la reincidencia.

B.5 Ingreso y aplicación del Programa:

B.5.1 Derivación al Programa

En la primera etapa de aplicación de estos programas, es decir, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/92 eran los jueces de menores quienes, después de haber tomado declaración al adolescente le ofrecían a este la posibilidad de una reparación, derivándolo en caso afirmativo al equipo de mediación. A partir de la mencionada Ley, la Fiscalía de menores solicita un informe técnico al equipo de asesoramiento que le informará sobre si es posible y aconsejable su derivación al Programa.

B.5.2 Entrevista con la partes:

B.5.2.a Entrevista con el menor: se trata de que el mediador valore la viabilidad del caso, lo que implica una exploración previa que permita saber si se dan las condiciones necesarias para iniciar un programa de mediación y reparación. Esta entrevista tiene dos aspectos esenciales: por un lado, informar sobre el motivo de la intervención judicial, del significado del programa y del papel del mediador, y, por otro, conocer la actitud del adolescente en relación con los hechos, cómo los sitúa y qué nivel de responsabilidad asume por iniciativa propia, y la capacidad de asunción de todo lo que comporta el programa.

Valorada positivamente la posibilidad de llevar a cabo un programa de reparación, con el compromiso previo del menor y con el consentimiento de sus padres, se informa a la Fiscalía de menores de la viabilidad de la reparación. Una vez aprobado el programa por la Fiscalía, el mediador se pone en contacto con la víctima.

B.5.2.b Entrevista con la víctima: tiene dos vertientes importantes: en primer lugar, informar a la víctima sobre los trámites hechos por el Ministerio Fiscal relativos a la apertura de expedientes, el programa de mediación, el rol del mediador, y la voluntad del adolescente infractor de reparar; y en segundo lugar, conocer su versión de los hechos y las consecuencias que ha sufrido tanto físicas como psíquicas y materiales, y su motivación e interés para ser compensada. Se valora su capacidad para ponerse en lugar del infractor, su voluntad de participar en el programa y ser reparada, así como también las posibles soluciones que puede aportar al conflicto.

Entrevistadas las dos partes, el mediador se acerca a una visión global del conflicto, teniendo presente al mismo tiempo lo que es más significativo para cada uno y qué definiciones y planteamientos pueden favorecer una solución.

B.6 Concreción del Programa

El programa prioriza la participación de la víctima, la reparación directa a ésta y la solución del conflicto, ahora bien, en aquellos casos en que el menor asume un compromiso de reparación y no es posible la participación de la víctima el programa ofrece otras alternativas, como pueden ser la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

B.7 Valoración del mediador

Finalizado el proceso de mediación y reparación, el mediador valorará la actitud responsabilizadora del menor, los compromisos adquiridos por éste para reparar a la víctima y su nivel de cumplimiento, la reparación que efectivamente haya recibido la víctima, etc. Con esta información se elabora un informe que se tramita al Ministerio Fiscal quien puede interesar del juez de menores el sobreseimiento y la conclusión del expediente.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis que acabamos de realizar se evidencia que las diferencias entre el Programa iniciado en Cataluña en 1990 y el Proyecto elaborado por el SENAME no son tantas, pero quizás si fundamentales, sobre todo en relación a los sujetos de atención y a los requisitos de acceso al programa. Efectivamente, la franja de edad de los sujetos de atención es similar en ambos Proyectos (el de Cataluña y el del SENAME), entre 14 y 16 (18) años esencialmente, si bien la diferencia es fundamental dado que el Proyecto catalán se aplica de modo automático a todos los menores entre estas edades sin necesidad de constatar si actúan o no con discernimiento en la realización de los hechos, mientras que en el Proyecto del SENAME esta diferenciación se convierte en esencial.

Otro elemento de distinción lo constituye el relativo a la “reincidencia” que, en el caso catalán excluye la posibilidad de aplicación del Proyecto a los menores que hayan reincidido por tercera vez, muy lejos del requisito de “primera denuncia” exigido por el Programa del SENAME de Chile.

Ahora bien, una vez señaladas, a modo de ejemplo, las anteriores divergencias entre ambos Programas, tenemos que poner de manifiesto que toda esta experiencia llevada a cabo desde 1990, en la actualidad se encuentra enmarcada dentro del ámbito de la Ley Orgánica de Responsabilidad del menor, vigente en España desde el 2001, y debe regirse por las prescripciones en ella contenidas. Razón por la cual, tal como hemos ido poniendo de relieve, las diferencias en este momentos son, quizás, mayores.

Al margen de ello, de las posibles deficiencias técnicas apreciadas y de las anomalías que pudieran detectarse en su aplicación práctica, estos Programas permiten la instauración de un sistema plenamente satisfactorio para la justicia de menores, que permita salidas alternativas que no impliquen un daño mayor del necesario al adolescente o joven infractor, ni un desarraigo social ni cultural. Se inicia así el camino hacia la instauración de un sistema que se fundamente en reconocer al adolescente como sujeto “dotado de una responsabilidad acorde con la evolución de sus facultades y sancionado por una acción

*culpable*³¹. Un sistema que se aplica a una determinada franja de adolescentes determinada *ex lege*, que reconoce las garantías del debido proceso y el carácter de los adolescentes como sujetos de derecho y, consecuentemente, se constituye sobre los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho cometido.

³¹ Cfrs. CILLERO BRUÑOL, *op.cit.*, pág. 125.