



LA RAZÓN HISTÓRICA. Revista hispanoamericana de Historia de las Ideas. ISSN 1989-2659

Número 35, Año 2017, páginas 247-253. www.revistalarazonhistorica.com



Mediación en la Ley Penal del menor: una aproximación en clave girardiana.

Domingo González Hernández

Universidad CEU-San Pablo.

Resumen. La mediación se presenta, en la Ley Penal del Menor 5/2000, como una alternativa extrajudicial para que el menor infractor pueda confrontarse con la víctima dentro de un ambiente seguro, en que una persona neutral, el mediador, ayuda a que ambas partes entiendan el conflicto que las enfrenta de forma constructiva.

Palabras clave: conflicto Girard, mediación, menor.

El menor infractor tiene la oportunidad de disculparse ante la víctima y hacerse cargo del daño ocasionado, con la consiguiente dimensión educativa de una medida que favorece que el menor asuma las consecuencias de sus actos. Lo que se propone en este artículo es una comprensión de las medidas propuestas en este proceso de mediación a la luz de la hipótesis mimético-girardiana sobre los conflictos y el papel del sistema judicial en el esquema desarrollado por el pensador de la “violencia y lo sagrado”¹.

La actual Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de

¹ R. Girard, *La violencia y lo sagrado*, Anagrama, Barcelona, pp. 23-30.

los Menores (LORRPM), en su artículo 19, expone lo siguiente con respecto al proceso de mediación / reparación:

1. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

A la vista de la redacción de este primer punto del artículo 19, debemos considerar, en primer lugar, la finalidad desjudicializadora de la medida propuesta en el texto legal. Dicha finalidad se justifica, en primer término, en atención a la escasa gravedad de los hechos, pero sobre todo, y lo que es más importante, a la mediación ejercida por el equipo técnico que asume un papel que se sitúa más allá y más acá del papel jurisdiccional atribuido al Ministerio Fiscal, suspendiendo provisionalmente, en razón de dicho proceso de mediación, la continuación del expediente penal en espera de la posible eficacia de la medida educativa propuesta por los mediadores.

El interés de estas medidas de mediación para la teoría mimética girardiana es muy considerable. En la obra del pensador nacido en Aviñón no son muy frecuentes las referencias al sistema judicial pero el lugar que ocupa en el conjunto de su análisis del ciclo conflictivo, que comienza en el deseo mimético y termina en la instauración de un orden socio-sacrificial como consecuencia de la convergencia de los odios en la víctima propiciatoria, es esencial para interpretar el papel desacralizador de un sistema político-jurídico en la contención de la violencia. Es ahí donde debe buscarse la plusvalía social aportada por la mediación, y el hecho de que ésta nazca de una previsión legal elaborada por el mismo sistema judicial, que renuncia así a sus prerrogativas. ¿Qué sentido puede tener esa renuncia? ¿Por qué se justifica?

Según Girard, las sociedades que no tienen ya ritos propiamente sacrificiales, como la nuestra, consiguen con gran eficacia desentenderse de ellos². No se trata de

² “En las sociedades desprovistas de sistema judicial y, por ello, amenazadas por la venganza, es donde el sacrificio y el rito deben desempeñar en general un papel esencial. No debemos decir, sin embargo, que el sacrificio “reemplaza” el sistema judicial. En primer lugar, porque no se puede reemplazar lo que, sin duda, nunca ha existido, y luego porque, a falta de una renuncia voluntaria y unánime a toda violencia, el sistema judicial es, en su orden, irremplazable” (R. Girard, *Ibid*, p. 26).

que no exista en dichas sociedades ninguna forma de violencia intestina pero nunca se embala hasta el punto de comprometer su existencia misma.

En la escalada de la violencia descrita por Girard, la venganza constituye un proceso infinito, interminable. Cuando surge, amenaza con provocar una verdadera reacción en cadena de consecuencias fatales. La multiplicación de las represalias compromete a la sociedad en su conjunto, de ahí que deba ser ella la que defienda su propia supervivencia diseñando mecanismos inmunitarios de autodefensa farmacológica. Por ese motivo, la primera prohibición de un sistema judicial efectivo consiste precisamente en la prohibición de la venganza. No obstante, visto más de cerca, el sistema judicial no suprime terminantemente la figura de la venganza. Simplemente, la limita efectivamente³ a una represalia única cuyo ejercicio es confiado monopolísticamente a una autoridad soberana⁴ que delega su misión pacificadora a un órgano especializado: el órgano judicial. Las decisiones de esta autoridad judicial se afirman siempre como la última palabra de la venganza⁵ y, representa de este modo, el último eco de la violencia, desprovista de cualquier resonancia mimética pues impide toda forma de contagio.

No existe diferencia de principio entre la venganza privada y la venganza pública, nos dice Girard. Pero hay una diferencia enorme en el terreno social⁶. La

³ “Si nuestro sistema nos parece más racional se debe, en realidad, a que es más estrictamente adecuado al principio de venganza. La insistencia respecto al castigo del culpable no tiene otro sentido. En lugar de ocuparse de impedir la venganza, de moderarla, de eludirla, o de desviarla hacia un objetivo secundario, como hacen todos los procedimientos propiamente religiosos, el sistema judicial racionaliza la venganza, consigue aislarla y limitarla como pretende; la manipula sin peligro; la convierte en una técnica extremadamente eficaz de curación y, secundariamente, de prevención de la violencia” (R. Girard, *Ibid*, pp. 29.30).

⁴ “Así pues, el sistema judicial y el sacrificio tienen, a fin de cuentas, la misma función, pero el sistema judicial es infinitamente más eficaz. Sólo puede existir asociado a un poder político realmente fuerte” (R. Girard, *Ibid*, p. 30)

⁵ “Existe un círculo vicioso de la venganza y ni siquiera llegamos a sospechar hasta que punto pesa sobre las sociedades primitivas. Dicho círculo no existe para nosotros. ¿A qué se debe este privilegio? Podemos aportar una respuesta categórica a esta pregunta en el plano de las instituciones. El sistema judicial aleja la amenaza de la venganza. No la suprime: la limita efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en esta materia. Las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la última palabra de la venganza” (R. Girard, *Ibid*, p. 23).

⁶ “No existe, en el sistema penal, ningún principio de justicia que difiera realmente del principio de venganza. El mismo principio de la reciprocidad violenta, de la retribución, interviene en ambos casos. O bien este principio es justo y la justicia ya está presente en la venganza, o bien la justicia no existe en ningún lugar. Respecto a quien se toma la venganza por su cuenta, la lengua inglesa afirma: He takes the law into his own hands, “toma la ley en sus propias manos”. No hay ninguna diferencia de principio entre venganza privada y venganza pública, pero existe una diferencia enorme en el plano social: la venganza ya no es vengada; el proceso ha concluido;

venganza ya no es vengada, el proceso se termina, el riesgo de escalada violenta es eliminado. Si la venganza es un proceso infinito, no se le puede exigir a ella la función de contener la violencia, sino que es más bien esa venganza la que hay que contener. Esa es precisamente la función de la “venganza judicial”, si se permite esta expresión algo forzada: la de vengarse de la venganza definitivamente con una violencia contenida (la violencia jurídica) e inapelable.

Ahora bien, ¿cuál es el papel de la mediación en esta representación global de la violencia social dentro del marco del sistema judicial? Si no existe un remedio decisivo contra la violencia, las medidas *preventivas*, por oposición a las *curativas*, van a jugar un rol de primer orden⁷. El sacrificio polariza las tendencias agresivas sobre víctimas no susceptibles de ser vengadas, impidiendo así la expansión de los gérmenes de la violencia. Desde este punto de vista, juega el mismo papel que el sistema judicial. Y precisamente por este motivo, no puede coexistir con él. Allí donde se afirma el sistema judicial, por la vía desacralizadora inaugurada por el cristianismo, allí muere para siempre el sistema sacrificial.

Si el propio sistema legal contempla la posibilidad de la renuncia a su función monopolizadora de la violencia legítima, en correspondencia con la fórmula weberiana, debe de ser porque dicho ejercicio no se ve necesariamente como el mejor modo de lograr esa pacificación social inmunitaria que justificaba su empleo. Este parece ser el caso de la previsión del artículo 19 de la Ley Penal del Menor. Dicho en otros términos, se opta, como terapia socio-farmacológica, por las medidas preventivas con prioridad sobre las curativas. No es que se elimine del todo la eventualidad de la medida curativa, pues el proceso sigue siendo monitorizado en todo momento por el sistema judicial, y corresponde al Ministerio Fiscal la decisión sobre el desistimiento en la continuación del expediente penal. Pero se atiende a la superior eficacia, dadas las circunstancias del caso, de la medida preventiva representada por la mediación. ¿Cuáles son esas circunstancias? Para empezar, estamos hablando de un falta o delito menor cometido por menores de edad. Las dos circunstancias refuerzan la consideración del hecho como de una “menor” violencia y, por lo tanto, cuestionan claramente la idoneidad de la medida curativa representada por la violencia legítima del aparato coercitivo del sistema judicial-estatal. Si la función de éste consiste, como decíamos anteriormente, en erigirse en la última palabra de una “venganza sin venganza”, el empleo de dicha herramienta debería limitarse a los casos más graves de la conflictividad social, coincidiendo así con el principio de mínima intervención del derecho penal.

El papel que se le otorga al mediador y a la víctima es decisivo para suspender la continuación del proceso penal, como lo demuestra el apartado

desaparece el peligro de la escalada” (R. Girard, *Ibid*, p. 23).

⁷ “Si no existe ningún remedio decisivo contra la violencia de las sociedades primitivas, ninguna cura infalible cuando se turba su equilibrio, cabe suponer que, en oposición a las medidas curativas, asumirán un papel de primer plano las medidas preventivas” (R. Girard, *Ibid*, p. 25).

segundo y tercero del artículo 19 de la ley aquí comentada:

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

3. El correspondiente Equipo Técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

Como puede comprobarse, la redacción del texto legal reconoce y ensalza la centralidad de la víctima y su consentimiento para abortar el proceso penal. El mediador acredita la correcta reparación del perjuicio causado y certifica la conveniencia de la interrupción del proceso penal. El mediador podría ser, en terminología girardiana, un tercero no involucrado por la lógica del contagio mimético. Él no es objeto ni sujeto de la rivalidad mimética que se ha instaurado entre las partes, sobre todo cuando, como suele ser frecuente, la víctima es también un menor. En tanto que representante del sistema judicial, el mediador prefigura con el ejercicio de la mediación la siempre presente eventualidad de las posibles medidas sancionadoras puesto que a él corresponde el informe definitivo al Ministerio Fiscal. Así llegamos al punto siguiente del proceso:

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

Por supuesto, si el compromiso asumido en la mediación no se hiciera efectiva, la consecuencia directa sería la reanudación del proceso:

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

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

El mediador valora después de entrevistarse con ambas partes (menor infractor y víctima) la conveniencia o no de seguir adelante con el proceso de

mediación. Un factor muy importante es que ambas partes estén claramente dispuestas a participar en el proceso, otorgando su pleno consentimiento.

Las funciones realizadas por el miembro del Equipo Técnico como mediador son las siguientes:

1. Informar a las partes del conflicto por separado del proceso de mediación que se va a realizar y las consecuencias que va a tener en el proceso judicial, recogiendo el consentimiento pleno de ambas partes de que se produzca el encuentro.

2. Escuchar activamente a ambas partes. A la víctima para que pueda expresar sus sentimientos y emociones así como las consecuencias que ha tenido para ella el hecho objeto de la causa. Y al menor infractor, para que reconociendo el hecho cometido y mostrando su arrepentimiento, reflexione sobre las consecuencias que ha tenido su conducta para la víctima y su entorno, así como para él mismo y su núcleo familiar.

3. Poner en práctica sus habilidades y técnicas para facilitar la comunicación y el diálogo una vez que se ha producido el encuentro, favoreciendo la expresión de emociones y gestionando los posibles conflictos que puedan surgir en dicho encuentro, facilitando que ambas partes lleguen a un acuerdo que sea satisfactorio para las personas implicadas en el proceso de mediación.

4. Finalmente, el mediador cumplimenta un acta de conciliación en el que se expone el compromiso del menor a no volver a repetir cualquier tipo de acto que atente contra la norma social. Así mismo, la víctima acepta las disculpas expresadas por el menor infractor, quedando satisfecha con los trámites practicados en el proceso de mediación.

El menor infractor debe mostrar un arrepentimiento sincero de su conducta, comprometiéndose a que este tipo de actos no se vuelvan a repetir y no presentar de nuevo un comportamiento de índole disocial.

Por otro lado, además de los beneficios para la eficiencia del sistema judicial en términos de agilidad del proceso, la mediación penal en menores infractores tiene beneficios para las dos partes que integran el conflicto:

El menor infractor tiene la oportunidad de poder escuchar a la víctima, empatizando con ella y comprendiendo el daño que ha ocasionado a la otra persona.

La víctima por su parte, tiene la oportunidad de ser escuchada, comprendida y revalorizada. Este proceso dialógico es una buena herramienta para poder manejar los sentimientos negativos que llevarían a un proceso de victimización.

A nivel judicial, se le otorga al menor la oportunidad de cambiar su comportamiento.

El fin último y más importante del proceso de mediación es evitar que el conflicto se agrave en el tiempo y no vuelva a repetirse entre las partes implicadas.

Como puede comprobarse, la medida de mediación tiene una clara función “preventiva” que puede ser decisiva para reducir la carga de las medidas estrictamente “curativas” del sistema judicial⁸. En este sentido, se asemeja en su función al orden social de ritos, tabús y prohibiciones surgido del universo sacrificial. Y precede, por tanto, a la acción “curativa” del sistema judicial. La diferencia es que no se nutre de la creencia supersticiosa o primitiva de los actores implicados en ninguna prohibición de carácter sagrado. Se sitúa en un plano moral postcristiano, en el que el reconocimiento de la víctima, el perdón y la empatía ocupan el lugar protagonista. Consigue interrumpir, si el proceso mediador concluye satisfactoriamente, la escalada de la posible violencia vengativa entre las partes implicadas, subrayando el reconocimiento legal y moral de la víctima, tanto por parte del sistema judicial como, sobre todo, por parte del menor infractor. Así, en el proceso de mediación se hace protagonista a las partes implicadas, para que ellas mismas puedan resolver el conflicto. Al menor infractor se le ofrece la posibilidad de una resolución que no resulte de una medida coercitiva y, en este sentido, refuerza la sinceridad de su arrepentimiento.

Desde una óptica girardiana, este sistema de mediación representa tal vez un superior entendimiento de las lógicas conflictivas que justifican la razón de ser del sistema judicial. Cuestión aparte es la de considerar cuáles son las razones sociológicas de esta innovación legal, razones que deberían sin duda conectarse con la (por emplear la expresión houellebecquiana) “ampliación del campo de batalla” resultante de la crisis de las diferencias y jerarquías característica del nihilismo social posmoderno. Pero esta cuestión merece un análisis diferente⁹.

⁸ “Todos los medios practicados en alguna ocasión por los hombres para protegerse de la venganza interminable podrían estar emparentados entre sí. Es posible agruparlos en tres categorías: 1) los medios preventivos referidos todos ellos a algunas desviaciones sacrificiales del espíritu de venganza; 2) los arreglos y las trabas a la venganza, como las composiciones, duelos judiciales, etc., cuya acción curativa sigue siendo precaria; 3) el sistema judicial cuya eficacia curativa es inigualable. El orden en que estos medios se presentan va en el sentido de una eficacia creciente. El paso de lo preventivo a lo curativo corresponde a una historia real, por lo menos en el mundo occidental. Los primeros medios curativos están, a todos los respectos, entre un Estado puramente religioso y la extrema eficacia del sistema judicial. Poseen en sí mismos un carácter ritual y están frecuentemente asociados al sacrificio “ (R. Girard, *Ibid*, p. 28).

⁹ Ver D. González, “Análisis antropológico de la violencia entre adolescentes. Un marco teórico para la intervención social”, en *La Razón Histórica. Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas*, nº32, 2016.