

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

UN DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

PEDRO JESÚS ANTEQUERA JIMÉNEZ



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN



LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1.ª EDICIÓN

Pedro Jesús Antequera Jiménez

COLEX 2022

Copyright © 2022

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Pedro Jesús Antequera Jiménez

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-578-8
Depósito legal: C 1111-2022

ABREVIATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
ALECrim. 2011	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011
ALECrim. 2020	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BCPP	Borrador del Código Procesal Penal de 2013
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Citado
CP	Código Penal
CPP 2013	Borrador de Código Procesal Penal, presentado públicamente el 25 de febrero de 2013
ECOSOC	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscalía // Fiscal General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
JVM	Juzgado de Violencia sobre la Mujer
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal

ABREVIATURAS

LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
LMACM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LOMPIVG, LOVG	Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor
MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
ob. cit.	Obra citada
ODR	Online Dispute Resolution (resolución de conflictos telemáticamente)
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RAE	Real Academia Española
RP	Reglamento Penitenciario
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas
TUE	Tratado de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	Véase

SUMARIO

ABREVIATURAS	7
PRÓLOGO	13

CAPÍTULO I.

HACIA UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA PENAL: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. La víctima en el proceso penal	17
1.1. Delimitación conceptual del término «víctima»	17
1.2. Una aproximación a los intereses y voluntad de la víctima en el proceso penal	20
2. La victimología como fundamento de la justicia restaurativa	24
3. Origen de la justicia restaurativa: su aparición como programa de justicia alternativa	29
4. Caracteres y principios de la justicia restaurativa	35
4.1. El proceso de justicia restaurativa como proceso de diálogo	35
4.2. Las partes como protagonistas de la acción de justicia	36
4.3. Fin de la justicia restaurativa: la reparación del daño	37
4.4. La paz social como fin y consecuencia de la justicia restaurativa	38
5. Programas de justicia restaurativa	39
5.1. Mediación víctima-infractor	40
5.2. Conferencias de grupos comunitarios o familiares	41
5.3. Sentencias en círculo	41
5.4. Paneles restaurativos	42
5.5. Conferencias comunitarias	42
6. La mediación penal como principal herramienta de la justicia restaurativa ..	44
6.1. Marco normativo de la mediación penal	47
6.1.1. Naciones Unidas	47
6.1.2. Consejo de Europa	48
6.1.3. Conferencia de la Haya	50
6.1.4. Unión Europea	50

SUMARIO

6.2. Principios de la mediación	51
6.2.1. Principio de voluntariedad	52
6.2.2. Principio de confidencialidad	53
6.2.3. Principio de gratuidad	54
6.2.4. Oficialidad	54
6.2.5. Flexibilidad	54
6.2.6. Bilateralidad	55
6.2.7. Imparcialidad	56
6.2.8. Neutralidad	57
6.3. El mediador penal	58
6.3.1. Características y capacitación	58
6.3.2. Carácter público del servicio de mediación penal	61
6.3.3. Deontología y responsabilidad del mediador penal	63

CAPÍTULO II.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA MEDIACIÓN

1. Concepto y categorías de violencia en el tipo «violencia de género»	67
1.1. Concepto	67
1.2. Categorías de violencia en el tipo «violencia de género»	76
2. Los delitos de violencia de género	77
2.1. Delitos que requieren una protección especial por parte del legislador penal	79
2.2. Tratamiento penológico	81
2.3. Otras cuestiones relativas a la violencia de género	83
3. Justificación del tratamiento punitivo diferenciado	85
4. La victimización secundaria en violencia de género	90
5. La mediación penal en el ámbito de la violencia de género	94
5.1. Contexto legislativo vigente	94
5.2. Argumentos a favor	100
5.3. Argumentos en contra	112
5.4. Propuestas para un posible modelo de mediación penal en supuestos de violencia de género	128
5.4.1. Conseguir un equilibrio entre las posiciones de las partes	129
5.4.2. Los derechos procesales del victimario no pueden verse afectados por el procedimiento de mediación	132
5.4.3. Se ha de garantizar la seguridad de la víctima durante todo el procedimiento	133
5.4.4. La aplicación de recursos tecnológicos a la mediación en asuntos de violencia de género	134

CAPÍTULO III.**PROPUESTA DE INTRODUCCIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL**

1. La mediación y las garantías procesales del imputado	139
1.1. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.	140
1.2. Derecho a la asistencia letrada	142
1.3. Derecho a la presunción de inocencia	144
2. Necesario establecimiento del principio de oportunidad del Ministerio Fiscal para posibilitar la justicia restaurativa	148
2.1. El principio de legalidad versus el principio de oportunidad en el marco de la mediación penal	152
2.1.1. El principio de legalidad	152
2.1.2. Principio de oportunidad	155
2.2. Conveniencia de atribuir la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal	161
3. Propuesta de lege ferenda para posibilitar la mediación en asuntos relacionados con la violencia de género	169
3.1. Antecedentes prelegislativos.	170
3.2. La experiencia de la mediación penal en España	177
3.3. Reformas legales necesarias.	181
3.3.1. Promulgación de una Ley de Programas de la Justicia Restaurativa	181
3.3.2. Modificaciones en el Código Penal	184
3.3.3. Modificaciones a la Ley General Penitenciaria	188
3.3.4. Modificaciones al Reglamento Penitenciario	189
3.3.5. Modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial	191
3.3.6. Modificaciones a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.	193
3.3.7. Modificaciones en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal	194
3.3.8. Modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	196
3.3.8.1. La mediación en la fase de instrucción: necesaria introducción del principio de oportunidad de la acción penal.	197
3.3.8.2. En el juicio sobre delito leve	202
3.3.8.3. La mediación en la fase intermedia	203
3.3.8.4. La mediación en la fase de juicio oral.	204
3.3.8.5. La mediación en la fase de ejecución de sentencia	205
CONCLUSIONES	207
BIBLIOGRAFÍA	211

PRÓLOGO

El presente trabajo tiene por objeto realizar una propuesta de reforma legislativa para la introducción en el proceso penal de la justicia restaurativa, en general, y la mediación, en particular, en asuntos donde hayan podido ocurrir hechos constitutivos de ciertos delitos o delitos leves incluidos en lo que se conoce como «violencia de género», todo ello, dependiendo de las personas y de las circunstancias concurrentes.

Actualmente, no existe regulación alguna sobre esta forma alternativa de resolución de conflictos en el ámbito penal de nuestro país. La única forma recogida es la mediación, pero exclusivamente para prohibirla en estos casos. En concreto, la mediación no solo la penal sino, incluso, la civil está prohibida ex art. 44. de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género y el art. 87 TER. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, considero que la incardinación de la justicia restaurativa en el proceso penal es posible, lícita y deseable cuando la víctima del delito ha sido una mujer en los términos actualmente conocidos como «violencia de género». Opinión que se basa en el derecho de las víctimas, sin ningún tipo de distinción, al acceso de los servicios públicos de justicia restaurativa que reglamentariamente se determinen, conforme con lo dispuesto en el artículo 12, en relación con el considerando 46 y del artículo 22 todos de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

No hay duda de que es un reclamo social el poner medidas efectivas contra esta lacra, que viene produciendo la escalofriante cifra de más de sesenta mujeres muertas de promedio anual por causa de lo que se viene definiendo «violencia de género». Pero lo cierto y verdad es que las sucesivas, y cada vez más restrictivas de derechos, normas legales, no han ofrecido resultados aceptables; es más, no solo no se ha conseguido reducir el número de víctimas mortales, sino que este sigue creciendo año tras año.

Y ello es debido, como refiere un importante sector de la doctrina, a la focalización de la referida Ley Orgánica 1/2004 sobre la atención en la adopción de medidas de protección a las víctimas de este tipo de violencia, y el

endurecimiento de las penas y medidas cautelares a los infractores, pero esta excesiva criminalización y judicialización del problema no ha conseguido efectos positivos. El proceso penal, en suma, no consigue la pacificación del conflicto sino la realización del Derecho.

Los procedimientos de justicia restaurativa (también calificados como reparadora, restauradora, conciliadora, ...) discurren en la búsqueda de la solución al conflicto, pero teniendo en cuenta la pretensión procesal, cuestiones ambas que no siempre se conjugan debidamente en el proceso penal. La búsqueda de la verdad como causa de la asunción de la culpa por el victimario queda fuera del proceso penal; lo que en este se busca es la verdad procesal, por ello, la práctica ha demostrado la enorme reincidencia en este tipo de delitos, al no haberse solucionado el conflicto a través del proceso penal.

Y es que, a diferencia del resto de delitos, en estos casos denominados de «violencia de género», se da un elemento diferenciador: la relación afectiva. Este concepto, va a ser clave a la hora de entender los intereses en juego sobre los que habrá que trabajar en el proceso mediador al tratar el posible desequilibrio entre las partes del conflicto que es, precisamente, el que ha llevado al legislador a prohibir la mediación en este tipo de supuestos.

Sin embargo, precisamente, esa relación afectiva es la que hace necesario que se aborde el conflicto existente con plenitud, y esto es incompatible con la simple imposición de una pena dentro del proceso penal a una de las partes cuando estas quieren seguir manteniendo una relación, sino sentimental sí de otro tipo, derivada de las obligaciones que previamente al conflicto hubieran contraído (hijos, cargas financieras, etc.), derivando más bien al contrario en un efecto perverso de perpetuación de los roles de víctima y victimario, con la consecuente elevación del nivel de riesgo de reincidencia delictiva.

Por estas razones, considero que es necesaria la búsqueda de fórmulas alternativas a la aplicación pura y dura del Derecho, así como la represión y discriminación (aunque se denomine «positiva», no deja de ser una discriminación) de los delincuentes, entre las que se encuentra la mediación penal, no para sustituir, obviamente, al proceso penal, sino como complemento de este, incorporado al mismo, para que, en determinados casos y circunstancias, y garantizando en todo caso la protección y seguridad de las víctimas, pueda ofrecer una posible solución a los conflictos de violencia de género. Todo ello, teniendo en cuenta que, para que sea posible la mediación penal en estos supuestos de violencia de género, esta habrá de llevarse a cabo en determinados supuestos y bajo determinadas condiciones que se especifican en el cuerpo de este trabajo.

Se ha distribuido el contenido de la presente obra en tres Capítulos.

El Capítulo I trata sobre la justicia restaurativa como nuevo modelo de justicia penal.

En este sentido, realizamos un análisis de la victimología como fundamento de la justicia restaurativa, por tanto, esta nace de hacer protagonista del proceso penal a la víctima, y no al victimario, como ocurre en el proceso penal actual.

Por otro lado, y teniendo en cuenta las especiales circunstancias en las que se ventilan los procesos penales por delitos de violencia de género, dedicamos un apartado al análisis de la «victimización secundaria», algo no desdeñable por cuanto, precisamente, por esta consecuencia del propio proceso penal, en las diversas fases en las que se desarrolla, se justifica la posibilidad de utilizar otros medios alternativos, pero dentro del propio proceso, que impidan esta revictimización de la perjudicada en un doble sentido: por el propio proceso y por el conflicto afectivo.

De esta forma, se realiza un breve esbozo del origen de la justicia restaurativa, y se exponen los caracteres y principios de esta forma alternativa de resolución de conflictos, los diferentes modelos en los que se manifiesta, los diferentes modos en los que se practica y las críticas que se realizan a este modelo.

El Capítulo finaliza con un apartado dedicado íntegramente a la mediación penal, como la principal herramienta de la justicia restaurativa.

En el Capítulo II se hace un planteamiento de cómo ha de ser la mediación penal en aquellos casos donde hayan existido previamente algún episodio de violencia de género, a los efectos de que esta pueda desarrollarse con normalidad.

Para ello, lo primero que tenemos que analizar es qué se entiende por «violencia de género», para diferenciarlo de otros conceptos que pueden inducir a error y que no conllevan la misma regulación penal.

De una parte, se especifican los delitos contemplados en el Código Penal que pueden calificarse como de «violencia de género», así como la existencia de una diferencia en su punición con respecto a otro tipo de delitos. De otra, se analiza la actual justificación del trato jurídico diferenciado, es decir, por qué se imponen penas, medidas de seguridad o cautelares diferentes entre unos y otros. En este sentido, la referida Ley Orgánica 1/2004 introdujo en el Código Penal una serie de disposiciones dirigidas a tutelar de manera específica y diferenciada a las mujeres frente a ciertos actos de violencia de los que son objeto por los roles asociados a su condición femenina.

Se concluye el Capítulo II con un esbozo de la regulación específica de la violencia de género en España, los argumentos a favor y en contra de los usos de la justicia restaurativa en estos casos, y nuestra propuesta para su utilización en este tipo de asuntos.

Finalmente, el Capítulo III trata de la incardinación del modelo de mediación penal, como principal modelo de justicia restaurativa, y comúnmente

utilizado extra legem en por nuestros tribunales, en el ámbito de la violencia de género en todas las fases del proceso penal español.

Se inicia el Capítulo con un apartado dedicado al tratamiento de la afectación que sobre las garantías y derechos procesales del investigado o acusado pudiera tener el procedimiento de mediación penal.

En este sentido, teniendo en cuenta la fundamental labor del mediador en su actuación durante el proceso de mediación, unido al hecho de que sea el Ministerio Fiscal o, en su caso, el juez en última instancia quienes valoren la relevancia del acuerdo, es base suficiente para considerar que los derechos fundamentales y garantías procesales de las partes en el proceso penal no se ven afectados en modo alguno por la incorporación al mismo de la mediación.

Respecto de la relación que pudiera tener la mediación penal con los principios procesales, hacemos hincapié en el principio de legalidad versus principio de oportunidad, llegando a la conclusión de que para que la mediación penal sea posible es necesario establecer este último. Ello no supone contraponerlo necesariamente al principio de legalidad, como criterio de actuación del Ministerio Público, pues el uso de la discrecionalidad no rompe la legalidad cuando es la propia ley quien autoriza y más aún si al autorizarla le fija sus límites. Consideramos no solo posible, sino deseable, la implantación del principio de oportunidad discrecional reglada en el proceso penal español, al entender que este no significa que el poder de decisión sobre el ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal sea absoluto.

Para que la mediación penal pueda llevarse a cabo, con toda plenitud y eficacia, se propone, como así opina un amplio sector de la doctrina, que la se atribuya la instrucción del proceso penal al Ministerio Fiscal, al objeto de dar mayor contenido al principio de oportunidad y, por ende, la posibilidad de sobreseimiento del proceso sometido al cumplimiento de lo acordado en la mediación.

Asimismo, se hace un breve análisis de las distintas propuestas legislativas de reforma de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto en el Anteproyecto de 2011, en el Borrador del Código Procesal Penal de 2013, como en el último Anteproyecto de 2020, en relación principalmente con la función del Ministerio Fiscal en la instrucción y, sobre todo, en relación con la mediación.

Finalmente, se hace una propuesta de reforma legislativa, a los efectos de posibilitar la mediación en el proceso penal en estos casos, mediante la instauración del Ministerio Fiscal como instructor de las causas penales, la creación de los juzgados de garantías, la introducción del articulado sobre mediación a lo largo de todo el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, allí donde sea necesario; así mismo, se propone la promulgación de una Ley de Mediación Penal que regule la mediación de forma independiente al proceso penal, y; finalmente, las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo la mediación en todas las fases del proceso penal y en la fase de ejecución.

CAPÍTULO I

HACIA UN NUEVO MODELO DE JUSTICIA PENAL: LA JUSTICIA RESTAURATIVA

1. La víctima en el proceso penal

1.1. Delimitación conceptual del término «víctima»

Cuando nos referimos a la «víctima» lo hacemos en sentido jurídico propio o estricto, como víctima del proceso penal, porque es la persona ofendida por el delito. En cuanto al tratamiento de esta Gutiérrez Romero considera que se ha de hacer especial mención a los derechos y protección de las víctimas antes, durante y después del proceso penal, no convirtiendo a estas en meros espectadores del ejercicio del *ius puniendi* de cada Estado miembro, sino en protagonistas de una justicia penal reparadora donde «el objetivo no solo puede ser la restauración del orden jurídico abstracto infringido sino la compensación de los estatutos jurídicos singulares ilícitamente alterados»¹.

Respecto del concepto jurídico de víctima del delito incluido en el ámbito europeo, se ha de destacar la normativa que se expone a continuación.

Al amparo de lo establecido en el artículo 82, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de cooperación judicial y policial en asuntos penales, y tras distintas Resoluciones del Parlamento Europeo (Resolución de 10 de junio de 2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas; Resolución de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer; Resolución de 5 de abril de 2011 sobre prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres; Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección), el Consejo declaró que debían tomarse las medidas a escala de la Unión para reforzar los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

1. GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel, «Estatuto de la víctima del delito: algunos comentarios a la Ley 4/2015». *Revista Aranzadi Doctrinal*. núm. 7. 2015. Pág. 50.

El 25 de octubre de 2012 fue aprobada la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (en adelante Directiva 2012/29/UE). Su finalidad es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en los procesos penales (artículo 1.1).

La víctima es definida en el artículo 2.1.a de la Directiva 2012/29/UE como «*la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal*». Se trata de un concepto jurídico amplio de víctima, que engloba tanto al sujeto pasivo del delito como al perjudicado, coincida o no con aquel.

En caso de fallecimiento de la víctima directa, ostentarán la titularidad de este derecho los familiares que hayan sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de su fallecimiento. En este concepto de familia quedan englobados: a) el cónyuge; b) la persona que convive con la víctima y mantiene con ella una relación personal íntima y comprometida, en un hogar común y de manera estable y continua; c) los familiares en línea directa; d) los hermanos y hermanas; e) las personas a cargo de la víctima. Los Estados miembro podrán determinar qué familiares tienen prioridad en relación con el ejercicio de este derecho.

La consecuencia de esa incorporación al derecho interno de esa Directiva ha sido la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, tratando de ofrecer un concepto unitario de víctima de delito, más allá de su consideración procesal y, en general, con un contenido más ambicioso que el de la aquella.

Por lo que respecta al concepto de víctima, el artículo 2 de la Ley 4/2015 introduce un concepto unitario y amplio de víctima de delito, distinguiéndose entre víctima directa e indirecta, si bien ambas con los mismos derechos, como luego veremos.

El artículo 2 de la Ley 4/2015 contiene una definición de víctima, a cuyo tenor debe entenderse por tal no solo la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio (lesiones físicas o mentales, daños emocionales o perjuicio económico) directamente causado por la comisión de un delito, sino también los familiares de dicha persona (cónyuge, pareja, familiares en línea directa, hermanos/as y personas a cargo de la víctima) cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona.

Por tanto, el concepto de víctima se entiende no solo como la persona ofendida o perjudicada por la infracción penal, en cuyo caso estaríamos ante el supuesto de víctima directa, sino en un sentido amplio, incluyendo tam-

bién aquellos familiares de la persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito, víctimas indirectas. Esta previsión no es sino una mera transposición de lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva que comentamos, si bien nuestro legislador ha limitado la conceptualización de víctimas indirectas a ciertos familiares con exclusión de aquellos terceros que hubieren sufrido perjuicios derivados del delito.

En cuanto a la delimitación de estos familiares se opta por un criterio que sigue el Código Civil en materia de sucesiones, al tratar como víctimas indirectas al cónyuge no separado legalmente o de hecho; a los hijos de la víctima o cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición convivieren con ellos; a la persona unida por análoga relación de afectividad y a los hijos de esta; a los progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. Este primer criterio se basa en la convivencia en el mismo núcleo familiar con la persona desaparecida o muerta, tanto a nivel de pareja o cónyuge, como de hijos o sometidos a su guarda, tutela o acogimiento. En defecto de este criterio, tendrá la consideración de víctima indirecta, los demás parientes en línea recta y hermanos, con preferencia al que ostentara la representación legal de la víctima.

Sin embargo, de acuerdo con el criterio de Sánchez Tomás dicho Estatuto refleja bajo nuestro punto de vista tres sombras importantes a destacar².

La primera de ellas es que el concepto de víctima se restringe a las personas físicas, dejando de esta manera fuera del ámbito de aplicación tanto de la Directiva europea como del Estatuto de la Víctima español a las personas jurídicas y a colectivos o grupos sociales.

La segunda sombra es la debida a que el concepto de víctima queda relegado a quienes hubieran sufrido un daño directo, por lo que quedan excluidas del ámbito de protección y asistencia a la víctima quienes indirectamente se vean afectados por acciones delictivas y, sin embargo, tengan un legítimo interés de sanción y/o resarcimiento económico.

La tercera sombra es la relativa a que el concepto de víctima así entendido viene referido al perjudicado de una conducta que infrinja la legislación penal, por tanto, como opina el meritado autor, «el haber optado por esta delimitación supone una disfunción y restricción importantes, que se derivarían de dos consideraciones: a) el concepto de víctima se ha delimitado a través de un requisito que solo puede resultar verificado al final del proceso penal, cuando, sin embargo, su vocación es que surta su efecto durante ese

2. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. «El renacer de la víctima y el reconocimiento de sus derechos en la Unión Europea». Dentro del libro *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. VV. AA. Leticia GARCÍA VILLUENGA (Dir.), Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y María Pilar SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coords.). Ed. Reus, S.A. Madrid. 2011, 1.º Ed. Págs. 87-91

mismo procedimiento; y b) se ha propiciado la posible exclusión del concepto de víctima de aquellos perjudicados por hechos típicos pero no antijurídicos, culpables o punibles».

1.2. Una aproximación a los intereses y voluntad de la víctima en el proceso penal

El Derecho Penal se ha de materializar dentro de un proceso penal, que es la única vía mediante la cual pueden ser aplicadas las consecuencias jurídicas del delito. Por tanto, el Derecho Procesal Penal es el complemento del Derecho Penal que hace posible su labor protectora del bien jurídico, haciéndola posible en la práctica. El Derecho Procesal Penal, puede definirse como un conjunto de normas jurídicas, que pertenecen al Derecho Público interno, que regulan relaciones entre el Estado y los particulares, y que posibilitan la aplicación del Derecho Penal sustantivo, en un caso concreto.

Respecto de los intereses y la voluntad de la víctima del delito Castillejo Manzanares³, considera que es una cuestión que se puede analizar desde dos puntos de vista. Desde el primero de ellos, la víctima es parte de la sociedad, pero que al ser la parte más dañada por la comisión del delito tiene, como miembro de dicha sociedad, un derecho legítimo y prioritario a que la paz social quede restablecida cuanto antes, por lo que su interés primordial es controlar el juicio contra el autor del delito, participando en él de la manera más amplia posible. Quiere, por tanto, que se le restituya en la dignidad que el autor del delito ha puesto en tela de juicio y, de paso, que la sociedad vuelva a la tranquilidad y paz puestas en peligro por el delito y su autor.

Sin embargo, desde el otro punto de vista, la citada autora opina que esa voluntad participativa queda al margen, porque deduce de la práctica que el único interés de la víctima es prácticamente que se dejen las cosas como estaban antes de la comisión del delito, es decir, lo único que pretende es la reparación en lo material o económico. Pero en su opinión, el tema es más complejo porque la víctima quiere alguna o algunas de todas estas cosas: «que se le preste asistencia personal inmediatamente tras la comisión del delito, se le informe jurídicamente en manera comprensible de sus derechos, se detenga al autor del delito y se le enjuicie y se le condene, se le garantice protección frente a ese delincuente en todo momento, se le restituya la cosa robada, hurtada o dañada, se repare el daño material que ha sufrido, se le indemnice por daños morales, el autor del delito reconozca los hechos y le pida perdón y se cumpla lo acordado, en su caso»⁴.

3. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Justicia restaurativa y violencia de género. Más allá de la Ley Orgánica 1/2004*. María Jesús SANDE MAYO y Cristina TORRADO TARRIO (Coords.). Ed. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela. 2014. Pág 179.

4. *Ibidem*, pág. 179.

Algunas posibles «ganancias» que para la víctima puede suponer dar sentido al intento de iniciar una nueva estrategia restaurativa de superar el propio dolor personal, Ríos Martín, entre otras, apunta las siguientes⁵: «conocer la verdad completa, encontrar la paz individual y el sosiego espiritual, iniciar una nueva etapa en la vida en la que se abandone el desgaste provocado por el odio cronicado, empoderar a la víctima y potenciar el propio protagonismo, aumentar la propia seguridad o procurar el reconocimiento del daño causado por parte del agresor».

Con Roxin, se puede afirmar que «nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, aunque sería racional, desde el punto de vista político social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y, recién después, ver si existe algo más que disponer»⁶.

Nils Christie ha sido quien con más agudeza ha denunciado la desapropiación del conflicto que han padecido las víctimas de los delitos y la enajenación de su voluntad por parte del Estado: «El elemento clave del proceso penal es que se convierte aquello que era algo entre las partes concretas en un conflicto entre una de las partes y el Estado... Las partes están siendo representadas y la parte representada por el Estado, llamada víctima, es representada de tal modo que es empujada fuera del escenario y reducida a mero desencajenante del asunto. La víctima es un perdedor por partida doble, primero, frente al delincuente y segundo, a menudo de manera más brutal, al serle negado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La Víctima ha perdido su caso en manos del Estado»⁷. Se trata de una auténtica «neutralización de la víctima». Se puede afirmar que dicho autor considera que todo el sistema penal se edificó en torno a la idea de castigar al culpable, olvidando absolutamente la protección de los intereses y derechos de la víctima.

En lo que a los derechos se refiere, Castillejo Manzanares⁸ afirma que en el subsistema de justicia procesal inciden derechos relacionados con la víctima de dos tipos: los constitucionales y los ordinarios.

5. RÍOS MARTÍN, Julián, *et al.*, «Reflexiones sobre la viabilidad de instrumentos de justicia restaurativa en delitos graves». Dentro del libro *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. VV. AA. Leticia GARCÍA VILLUENGA (Dir.), Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA y María Pilar SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coords.). Ed. Reus, S.A. Madrid. 2011, 1.º Ed. Págs. 157-158.

6. ROXIN, Claus, «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en Julio B. J. MAIER (comp.) *De los delitos y de las víctimas*. Ed. *Ad-hoc*. Buenos Aires. 1992 Pág. 140.

7. CHRISTIE, Nils, «Conflict as property»: *The British Journal of Criminology* Vol. 17 (1977). Pág. 1

8. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Justicia restaurativa y violencia de género...*, ob. cit. Págs. 180-181.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA: UN DERECHO DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Este libro constituye un texto de referencia para profesionales y estudiantes que traten con el derecho penal, procesal penal, penitenciario y de la justicia restaurativa, para obtener una visión amplia, clarificadora y sistemática, de las prácticas de la justicia restaurativa, en general, y de la mediación penal, en particular, en todos aquellos asuntos en los que haya habido algún episodio de lo que se conoce como «violencia de género».

El autor, doctor en Derecho y abogado en ejercicio, considera que la verdadera razón de la prohibición del acceso a las prácticas de justicia restaurativa en estos casos, es la de una visión de la mujer como víctima que impregna nuestra Ley Integral de Violencia de Género, y que la considera como incapaz y necesitada de hiperprotección frente a su agresor. Esta visión monolítica y paternalista de la mujer es falsa cuando se predica para todos los casos, pues no siempre es así, y en muchas ocasiones las mujeres tienen el control de la situación sin que esa les afecte a su voluntariedad.

Por ello, la incardinación de la justicia restaurativa en el proceso penal es posible, lícita y deseable cuando la víctima del delito ha sido una mujer en los términos actualmente conocidos como «violencia de género», opinión que se basa en el derecho de las víctimas, sin ningún tipo de distinción, al acceso de los servicios públicos de justicia restaurativa que legalmente se determinen, conforme con lo dispuesto en las normas internacionales.



PEDRO JESÚS ANTEQUERA JIMÉNEZ

Almería, 29 de septiembre de 1965

Licenciado en Derecho por la UNED. Cursó el Máster en Derechos Fundamentales y el Máster en Mediación en la Universidad de Alicante, donde también obtuvo el título de doctor en Derecho.

Inició su andadura profesional como suboficial de Artillería del Ejército de Tierra hasta el año 1996. Posteriormente, desempeñó puestos de Mando en Grandes Superficies de Distribución Comercial. Finalmente, desde enero de 2005 ejerce como abogado en Alicante y es profesor en el Departamento de Estudios Jurídicos del Estado en la U.A. Asimismo, es oficial del Cuerpo Jurídico Militar R.V.

PVP: 25,00 €

ISBN: 978-84-1359-578-8



9 788413 595788