

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal
Área de Derecho Procesal

Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia
y Justicia Internacional



TESIS DOCTORAL

LA CONSTRUCCIÓN DE EUROPA A TRAVÉS DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Presentada por:

RAQUEL BORGES BLÁZQUEZ

Dirigida por:

Dra. ELENA MARTÍNEZ GARCÍA

Catedrática de Derecho Procesal

Valencia, Julio, 2019

A Elena, por su fortaleza y resiliencia. Por confiar en mí cuando ni siquiera yo lo hacía. Por prestarme sus gafas moradas en forma de libros y enseñanzas para poder ver lo que antes solo miraba.

A mi madre, profesora dentro y fuera de las aulas. Por enseñarme el valor de la conciliación, tu ejemplo ha sido y es la mejor lección.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS.....	I
INTRODUCTION.....	1
I. BACKGROUND AND OBJECTIVES	1
II. METHODOLOGY	5
III. STRUCTURE.....	7
BLOQUE I: DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS VÍCTIMAS A SER PROTEGIDAS POR EL ESTADO ANTE ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO	9
CAPÍTULO I: CONCEPTOS INSTRUMENTALES	11
I. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS VÍCTIMAS A SER PROTEGIDAS	11
1. Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas transnacionalmente	18
1.1. Necesidad de protección transnacional	19
1.2. Objetivos de la protección transnacional	21
2. Protección transnacional y víctimas de violencia de género en el espacio de libertad, seguridad y justicia.....	25

2.1.	En busca de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la protección y la seguridad	27
2.2.	Europa ante la perspectiva de género	29
2.2.1.	Labor institucional.....	31
2.2.2.	Ámbito judicial.....	35
II.	PREVENCIÓN DEL RIESGO Y PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS	38
1.	Órdenes de protección y riesgo	39
1.1.	¿Qué es el riesgo?.....	40
1.2.	Readaptación del concepto riesgo en víctimas de violencia de género.....	43
1.3.	El instrumento de la orden de protección	56
2.	La tutela de las víctimas en el proceso penal	63
2.1.	El redescubrimiento de las víctimas	63
2.2.	El recurso al derecho penal para la protección de los derechos humanos	72
2.3.	La protección de las víctimas en el seno de la Unión Europea.....	77
2.3.1.	La protección europea.....	78
2.3.2.	La protección española fruto de la transposición de las normas europeas al Estado español	81
III.	LA PROBLEMÁTICA DELIMITACIÓN DEL SUJETO PASIVO DE DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	83
1.	¿Cómo definimos la violencia de género?.....	84
1.1.	Aproximación al concepto	85
1.2.	Diferentes definiciones (nacionales e internacionales) de víctima de violencia de género	90

2. ¿Cómo definimos la violencia doméstica?.....	96
3. Dos marcos normativos para entender la protección de las víctimas de violencia de género en la orden europea de protección: el concepto de víctima de violencia de género en el derecho español	98
3.1. Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....	101
3.1.1. Mujeres.....	115
3.1.2. Niños	116
3.1.3. La introducción de los menores como víctimas de violencia de género, ¿error o acierto del legislador español?...	127
3.2. Pacto de Estado contra la Violencia de Género.....	130

CAPÍTULO II: OBLIGACIONES ESTATALES POSITIVAS CON *FILTRO MORADO* O PERSPECTIVA DE GÉNERO 133

I. OBLIGACIONES ESTATALES POSITIVAS.....	133
II. RESPONSABILIDAD ESTATAL POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POSITIVAS.....	135
1. ¿Puede el Estado ser responsable por los actos cometidos por los particulares?.....	137
2. Problemas en la prevención, investigación y sanción de la violencia de género	140
2.1. Prevención.....	141
2.1.1. La necesaria visibilización de la violencia de género para poder prevenirla	143
2.1.1. Invisibilización cultural.....	144
2.2. Investigación.....	147

2.2.1. La malentendida doctrina jurídica de la protección de la privacidad.....	149
2.2.2. La inacción estatal	151
2.3. Sanción. La gestión jurídica del fracaso	153
3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la perspectiva de género.....	155
III. ¿CUMPLE ESPAÑA CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y EUROPEOS EN MATERIA DE OBLIGACIONES POSITIVAS?.....	167
1. Derecho de acceso a una justicia con perspectiva de género ...	168
1.1. El acceso a la justicia.....	172
1.2. La perspectiva de género	176
1.3. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género?	178
1.4. El derecho a una vida libre de violencia de género.....	182
2. Análisis jurisprudencial	183
3. El caso de Ángela González Carreño	192
4. Reflexiones.....	203
IV.LA OBLIGACIÓN DE PROTEGER A LAS VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	208
1. Las cifras del fracaso	211
1.1. Víctimas de violencia de género en Europa.....	215
1.2. Víctimas de violencia de género en España con la mirada puesta en Europa	217
2. La globalización y la insostenibilidad de las medidas de protección nacionales.....	220
2.1. Falta de entendimiento.....	224

2.2. La necesaria protección transnacional de las víctimas de
violencia de género.....230

**BLOQUE II: LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA COMO
INSTRUMENTO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE EUROPA 233**

**CAPÍTULO III: EL ESPACIO EUROPEO Y LA GESTACIÓN DE
LA DIRECTIVA 2011/99/UE, REGULADORA DE LA ORDEN DE
PROTECCIÓN EUROPEA..... 235**

I. CREACIÓN DE UN DERECHO PROCESAL PENAL EUROPEO
EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA 235

1. Antecedentes..... 235

2. La Unión Europea..... 242

2.1. Los valores de la Unión 242

2.2. Los principios y las competencias de la Unión 245

2.3. El sistema institucional europeo. Especial referencia a las
instituciones negociadoras de la Directiva 2011/99/UE sobre la
orden europea de protección 247

2.3.1. El Parlamento Europeo 248

2.3.2. El Consejo 249

2.3.3. La Comisión 250

2.4. El instrumento jurídico que da forma a la orden europea de
protección..... 251

3. En busca de un derecho penal sustantivo y procesal europeo..255

3.1. Estado de la cuestión..... 260

3.2. Evolución jurídica en materia penal sustantiva y procesal274

4. Avances (y retroceso) en materia de derechos para la ciudadanía
europea 280

4.1.	El espacio de libertad, seguridad y justicia.....	282
4.2.	El estatuto de la ciudadanía de la Unión.....	285
4.3.	Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea.....	287
4.4.	La cooperación reforzada y la Europa a dos velocidades a propósito del Brexit.....	290
II. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN ..		
297		
1.	Análisis del procedimiento legislativo ordinario.....	298
2.	La voluntad de crear una orden de protección europea para las víctimas de violencia de género	302
2.1.	La laguna jurídica en materia de violencia de género	304
2.2.	Crónica de un fracaso: todo lo que la orden de protección europea pudo ser, y no fue.....	308
2.2.1.	Una necesidad estadística	309
2.2.2.	El punto de partida.....	310
2.2.3.	El tortuoso camino hasta su adopción	314
3.	El instrumento jurídico de la orden de protección europea	329
CAPÍTULO IV: LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA.....		
333		
I. MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPAÑOLAS CON LA MIRADA PUESTA EN EUROPA.....		
333		
1.	Diferencia entre orden de protección y orden de alejamiento en el ordenamiento jurídico español. Sujetos legitimados	334
1.1.	Legitimación para solicitar una orden de protección.....	335
1.2.	Legitimación para solicitar una orden de alejamiento.....	337

2. ¿Orden europea de protección o de alejamiento?.....	337
II. ESPAÑA COMO ESTADO DE EMISIÓN Y DE EJECUCIÓN DE ÓRDENES EUROPEAS DE PROTECCIÓN	338
1. Naturaleza jurídica.....	340
1.1. Naturaleza jurídica de la orden de protección española....	340
1.2. Naturaleza jurídica de la orden de protección europea.....	341
2. Medidas contempladas. De lo que pudo ser a lo que fue.....	342
2.1. La orden de protección como medida cautelar.....	343
2.1.1. Medidas cautelares penales	345
2.1.2. Medidas cautelares civiles.....	348
2.2. La orden de protección como medida asegurativa de sentencia.....	349
2.3. Las medidas de alejamiento reguladas en la orden de protección europea	351
3. Ámbito de aplicación y motivos de no reconocimiento.....	355
3.1. Motivos de carácter formal	358
3.2. Motivos de carácter sustantivo	361
3.3. Reflexiones.....	377
III. CUESTIONES PROCESALES.....	378
1. Presupuestos	378
1.1. Para dictar una orden de protección nacional.....	378
1.2. Para dictar una orden de protección europea.....	382
2. Órgano competente	387
3. Procedimiento.....	389
3.1. Sujetos legitimados	390
3.2. Solicitud	392
3.2.1. La concesión de una medida de protección nacional.	393

3.2.2.	La petición de una medida de protección transnacional subordinada a la medida de protección nacional.....	397
3.2.3.	El contenido de la resolución judicial española	399
3.3.	Reconocimiento.....	400
3.3.1.	En país extranjero.....	400
3.3.2.	En España.....	401
3.4.	Derecho de audiencia al causante del peligro	402
3.5.	Recursos	411
3.5.1.	Régimen	412
3.5.2.	Efectos	412
3.6.	Forma y contenido.....	413
3.7.	Derecho aplicable	415
3.8.	Gastos.....	417
IV.	REQUISITOS E INCIDENCIAS EN EJECUCIÓN	419
1.	Ejecución.....	421
2.	Finalización de las medidas	421
3.	Quebrantamiento y consecuencias.....	424
3.1.	¿Qué sucede cuando en el Estado de ejecución no existen medidas de protección para un caso nacional similar?.....	425
3.2.	Incumplimiento de orden europea de protección	427
3.2.1.	¿En qué EEMM de la UE se encuentra tipificado como delito el quebrantamiento de una pena o medida de seguridad en el marco de una EPO?.....	428
3.2.2.	¿Qué sucede si el quebrantamiento no está tipificado como delito en el país de ejecución?	429
3.2.3.	¿Afecta la normativa sobre el incumplimiento prevista en la EPO al principio ne bis in ídem?.....	430

3.2.4. ¿En qué Estado el incumplimiento daría lugar a instar un proceso penal nuevo y qué órgano sería el competente en dicho supuesto?.....	430
3.3. El juez español ante el quebrantamiento de medidas de protección.....	431
3.3.1. Medidas penales	432
3.3.2. Medidas civiles	432
4. Inscripción de órdenes europeas de protección	433

CAPÍTULO V: ARISTAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA437

I. LA POSIBLE COLISIÓN CON EL REGLAMENTO (UE) 606/2013, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL	437
1. Especial referencia a la desprotección de las víctimas de violencia con órdenes de protección civiles	445
2. Contenido. España como Estado de emisión y de ejecución ...	449
2.1. Naturaleza jurídica.....	451
2.2. Medidas contempladas.....	455
2.3. Ámbito de aplicación y motivos de no reconocimiento....	456
3. Presupuestos	462
4. Órgano competente	463
4.1. Para la emisión de certificados. ¿España como Estado emisor?.....	464
4.2. Para la ejecución de certificados. Una experiencia práctica de reconocimiento de certificado	469
5. Procedimiento.....	472

5.1.	Sujetos legitimados.....	474
5.1.1.	Causante del peligro	474
5.1.2.	Beneficiado por la medida de protección	474
5.2.	Solicitud y reconocimiento	475
5.3.	Derecho de audiencia al causante del peligro	476
5.4.	Recursos	477
5.5.	Forma y contenido.....	478
5.6.	Derecho aplicable	479
5.7.	Gastos.....	480
6.	Requisitos e incidencias en ejecución.....	480
6.1.	Ejecución.....	481
6.2.	Quebrantamiento y consecuencias	481
6.3.	Inscripción de medidas de protección en materia civil.....	482
7.	Reflexiones.....	482
II.	LA POSIBLE COLISIÓN CON INSTRUMENTOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE CARÁCTER PENAL: LAS DECISIONES MARCO DE LIBERTAD VIGILADA Y DE MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL	486
1.	Mismo objetivo, diversas perspectivas	490
1.1.	La Decisión Marco 2008/947/JAI de libertad vigilada.....	492
1.1.1.	Medidas contempladas.....	493
1.1.2.	Requisitos en la emisión	495
1.1.3.	Control de la doble incriminación y causas de denegación.....	496
1.2.	La Decisión Marco 2009/829/JAI de medidas alternativas a la prisión provisional.....	497
1.2.1.	Medidas contempladas.....	497

1.2.2.	Requisitos en la emisión	498
1.2.3.	Control de la doble incriminación y causas de denegación.....	499
2.	La designación del órgano competente.....	499
2.1.	Ejecución.....	501
2.2.	Transmisión.....	502
III. LA PREVISIBLE INTERACCIÓN CON LA DIRECTIVA 2014/41/CE SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA PENAL.....		
		503
1.	Definición de orden europea de investigación	504
2.	Un posible caso práctico	506
3.	Órgano competente y requisitos para la emisión.....	507
IV. LA NECESIDAD DE ESTUDIAR LA DIRECTIVA 2011/99/UE, SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN, EN RELACIÓN CON LA DIRECTIVA 2012/29/UE, POR LA QUE SE ESTABLECEN NORMAS MÍNIMAS SOBRE LOS DERECHOS, EL APOYO Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS.....		
		509
V. ¿AL ADOPTAR UNA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN ENTRA EL JUEGO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD?.....		
		511
VI. LA NO UTILIZACIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN: PREVISIONES DE UTILIZACIÓN <i>VERSUS</i> NULA APLICACIÓN PRÁCTICA.....		
		514
1.	Estimaciones de uso de la orden europea de protección.....	515
2.	La percepción de las órdenes de protección nacionales por parte de la población. Especial referencia al quebrantamiento.....	521

3. El desconocimiento de la orden europea de protección por parte de los operadores jurídicos.....	534
4. La dificultad inherente al uso del derecho procesal penal sin previa armonización del derecho penal sustantivo.....	537
VII. LUCES Y SOMBRAS.....	542
FINDINGS AND PROPOSALS.....	547
I. FINDINGS.....	548
II. PROPOSALS.....	557
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA.....	563
JURISPRUDENCIA.....	621
I. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	621
II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	623
III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	625
IV. TRIBUNAL SUPREMO.....	626
V. AUDIENCIA NACIONAL.....	627
VI. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.....	628
VII. AUDIENCIAS PROVINCIALES.....	628
VIII. JUZGADOS DE LO PENAL.....	628
ANEXOS: DATOS PUBLICADOS POR ORGANISMOS O INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES.....	631
1. Derechos humanos y delitos contra las personas.....	631

2. Distribución por país en porcentaje según la visión de la violencia de género como un asunto privado	632
3. Resultados en porcentaje sobre la percepción de la actuación de la UE en igualdad	633
4. Resultados globales del Indicador compuesto de Igualdad tras 50 años de políticas de igualdad de género en la UE	633
5. Países con mayor progreso y retroceso en igualdad en resultados temporales	634
6. Porcentaje de respuesta sobre si la igualdad es un valor fundamental	634
7. Porcentaje de respuesta sobre si la igualdad ayuda a una sociedad más justa.....	635
8. Formas de medir la violencia de género	635
9. Distribución por país en porcentaje de violencia física por (ex) pareja.....	636
10. Distribución por país en porcentaje de violencia sexual por (ex) pareja.....	636
11. Distribución por país en porcentaje de violencia psicológica por (ex) pareja.....	636
12. Distribución por país en porcentaje de violencia sexual fuera de la pareja.....	637
13. Resultados por país en porcentaje para el hostigamiento.....	637
14. Distribución por país en porcentaje para el acoso sexual	638
15. Distribución por país según porcentaje de respuestas que justifican relaciones sexuales no consentidas en alguna circunstancia.....	639
16. Distribución por país de porcentaje de respuesta sobre lo común que es la violencia doméstica contra la mujer.....	640

17. Distribución por país de porcentaje de respuesta sobre lo común que es la violencia doméstica contra el hombre.....	640
18. Distribución sociodemográfica en porcentaje acerca de la aceptación de la violencia doméstica.....	641
19. Número de mujeres asesinadas por compañeros íntimos y familiares, por región.....	641
20. Profesionales de acuerdo/en desacuerdo con el hecho de que otorgar mayor protección haría que más víctimas de violencia de género en la pareja denunciasen	642
21. Medidas de protección iniciales adoptadas por la policía.....	642
22. Profesionales de acuerdo/en desacuerdo con la necesidad de invertir más recursos en proteger a las víctimas de violencia de género de la revictimización que sufren.....	643
23. Víctimas de acuerdo/en desacuerdo con la afirmación de que sus derechos fueron tomados en serio por la policía	644
24. Profesionales de acuerdo/en desacuerdo con el hecho de que un cambio de actitud por parte de la policía que atiende en primer lugar a las víctimas de violencia de género haría que más mujeres denunciasen la violencia sufrida.....	645
25. Víctimas de acuerdo/en desacuerdo con tener más participación en los procesos	646
26. Tiempo que tardan en solicitar ayuda según la edad de la víctima en España	647
27. Tiempo que tardan en solicitar ayuda según el nivel de formación de la víctima en España.....	647

ABREVIATURAS

AAVV	Autores Varios
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea

CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
COREPER	Comité de Representantes Permanentes
CP	Código Penal
DDFF	Derechos Fundamentales
DDHH	Derechos Humanos
DEPO	Directive European Protection Order
DM	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DV	Directiva de Víctimas
EBEP	Estatuto Básico de Empleado Público
ECRIS	Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales
EEMM	Estados Miembros
EIGE	European Institut Gender Equality
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

Abreviaturas

EM	Estado Miembro
EPM	European Protection Measures (siglas acuñadas en el estudio POEMS)
EPO	European Protection Order (siglas acuñadas en el estudio POEMS)
EPOGENDER	European Protection Order Gender
ET	Estatuto de los Trabajadores
EU	European Union
EUROJUST	Órgano de Cooperación Judicial de la Unión Europea
EUROPOL	Oficina Europea de Policía
FJ	Fundamento Jurídico
FRA	Fundamental Rights Agency
JAI	Consejo de Asuntos de Justicia e Interior
JVSM	Juzgado de Violencia Sobre la Mujer
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOVG	Ley Orgánica de Violencia de Género
LRMRP	Ley de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales
MF	Ministerio Fiscal
NNUU	Naciones Unidas
núm.	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEDE	Orden Europea de Detención
OEI	Orden Europea de Investigación
OJ	Ordenamiento Jurídico
OOJJ	Ordenamientos Jurídicos
OP	Orden de Protección
op. cit.	Obra Citada
OPN	Orden de Protección Nacional
OTAN	Organización del Tratado Atlántico Norte

Abreviaturas

PE	Parlamento Europeo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIB	Producto Interior Bruto
POEMS	Protection Orders in the European Member States
RD	Real Decreto
REPM	Regulation European Protection Measures
SJCONS	Servicio Jurídico del Consejo
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SIRAJ	Servicio de Gestión Procesal del Sistema de Registros Administrativos de la Administración de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional

TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TICs	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
vid.	Véase
VIOGEN	Sistema de Seguimiento Integral de Casos de Violencia de Género
vol.	Volumen
WAVE	Women Against Violence Europe

INTRODUCTION

I. Background and objectives

The main objective of this doctoral thesis is to analyze the protection offered to victims of gender violence throughout the EU, considering freedom of movement and the right to be saved as essential people's rights, enabling criminal, civil and administrative law to protect the quality of human life and to seek for a better future for the present and next generations. Nevertheless, this protection cannot be effective without a real mutual recognition within the EU. In the following pages, we present the global context that provides the basics for the current dissertation and the main objectives that are pursued, together with the structure and methodology followed to conduct the research.

Protection orders are meant to protect a person against an act that may endanger their life, physical or psychological integrity, personal liberty, sexual integrity or dignity. The aim is to avoid contacts between the offender and the victim. This kind of protection measures can be adopted as part of civil and criminal proceedings depending on the European Country in which the procedure is taking place. This is the reason why we have: 1) Directive 99/2011/UE on the European Protection Order and 2)

Regulation (EU) 606/2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters.

Spain is one of those Countries which use criminal protection measures. However, almost all of the EU States use civil protection measures. This arises an issue that needs to be solved: the effectivity in mutual recognition of civil and criminal protection measures. This question is connected with the use and abuse of criminal law that we are facing during the last years. It is necessary to think deeply about how, when and under which circumstances do we have to use criminal law.

In a border-free EU there are many situations in which individuals in need of protection require specific attention at EU level. A fact that has complicated our investigation is the non-existence of a protection measure database in the EU. We only could analyze the possible utility of the measure fixing the gaze in gender violence victims with foreign nationality in different member States in a cross-cutting way. For example, out of the 9.530 protection orders issued in Spain in the first three months of 2019, 32,3% concerned non-Spanish citizens. This raises the critical question of this doctoral thesis: If someone that is currently benefiting from protective measures issued in one member State decides to travel or reside in another member State, how can she/he be ensured that those measures are valid and enforced outside the member State of origin? This is only possible with a good implementation of Directive 99/2011/UE on the European Protection Order and Regulation (EU) 606/2013 on mutual recognition of protection measures in civil matters, from which we will be able to ensure that those measures are valid.

Introduction

We have to take into account that the European Protection Order is a legal instrument of judicial cooperation. As a mechanism of judicial cooperation, the European Protection Order has to be interpreted together with other instruments of judicial cooperation: Council Framework Decision 2009/829/JHA, Council Framework Decision 2008/947/JHA and Regulation (EU) 606/2013. Furthermore, as a mechanism for victim protection, its shortcomings should be compensated for through the application and the implementation of Directive 29/2012/EU (Victim's Directive). Therefore, European Protection Order Directive should be interpreted together with Victim's Directive to fully guarantee victims' procedural rights in criminal proceeding and to improve their protection.

The three protection measures included in Directive 99/2011/EU and in Regulation (EU) 606/2013 are found in the national legislation of all the member States. Their inclusion in the Directive and the Regulation seeks to establish a minimum standard of protection for victims, without modifying the internal legislation of the member States. The Directive was supposed to lead to an approximation of this diversity. Actually, the different national systems for the protection of victims are maintained. This is why we have to ask ourselves: Are we on the right track with the Directive 99/2011/EU or are we just losing time? Is the instrument of the European Protection Order actually useful or is it only a false promise of protection to the victims? In the second case scenario, we must find a solution studying both European legislation and our national legislation.

The little use of protection measures confirms our starting question: European protection measures are not working due to the fact that the EU is far away from what it was supposed to be. We must ask ourselves if we

are building the EU in a proper way. This raises new questions that we will try to answer during this research: it is possible to use the principle of mutual recognition without a higher harmonization amongst the different member States? Do we really want to build an EU without internal borders? Can we continue approaching legislations without a previous harmonization of substantive law? Do our legal practitioners know the instruments of mutual recognition? Do our judges feel as European judges?

This lack of harmonization leads to another problem: the inexistence concept of gender violence victims at a European level. Only when we study this element can we realize the importance of the sociological and the juridical factor working together. Only contextualizing the national and supra national reality we could understand the reasons why each State has its own concept of gender violence. Statistic data and official reports are key elements in order to be aware of the entity of the problem of gender violence. A critical eye to official figures and its cost shows the need to create protection measures at a European level. According to FRA data, one out of three European women -33%- has suffered physic or sexual violence since they were 15 years old. This proportion reduce itself to one out of four European women -22%- if we only consider violence suffered from the partner or ex-partner. One out of three European women -32%- has suffered psychologic mistreatment from her partner or ex-partner. Another fact to bear in mind is the global cost of gender violence. According to a survey from the Spanish government called "*El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016*" in 2006 each European citizen paid between 20 and 60 euros in order to provide different social services to gender violence victims. Five years later, the total cost of gender

violence within the EU was 288 billion euros (1,8% Gross Domestic Product).

Despite the fact that all of these initial difficulties are present, we consider that protection measures are essential if we want to continue building Europe. Furthermore, there is a positive state obligation to protect citizens against particulars that may endanger their integrity or life. If the State does not protect us, it could be a failure of its obligations to protect us. We firmly believe that European protection measures are totally necessary instruments if we want to create a real Space of Freedom, Security and Justice. Victims will only be free to move around the EU if we guarantee their right to feel secure. Moreover, only real Justice can guarantee freedom and security. As a consequence, during these pages we acknowledge the need of cooperation between different European States as the only way to fight against crime in a globalized society.

II. Methodology

The methodology followed for the development of this doctoral thesis is based on traditional doctrinal research, which involves the review of doctrine, legislation, jurisprudence and statistic data in order to analyze the current situation of a particular legal instrument and construct an argument which is consistent within the discipline in order to develop proposals to improve protection measures within the EU.

Therefore, the sources used to carry out the current research can be classified into the following groups: scientific literature, official reports, legislation and jurisprudence, with a variation in the importance of each one

according to the different fields of study and stages of the research: gender and domestic violence victims, State positive obligations and protection measures in Spain and in the EU.

In reference to the first part, looking at the emergence and expansion of women's and children's rights to a life without violence the research has focused mainly on the analysis of national and international legal tools, official reports and the most recent jurisprudence of Spanish and European Courts. The information gathered from these sources has been completed where possible with national and international literature.

Regarding the second part of the study, related to the protection measures for victims in the EU, the point of departure has been the analysis of scientific literature regarding the emergence and expansion of a criminal European law. Therefore, the research has involved the review of general literature about the construction of the EU and the most important mutual recognition instruments for the protection of victims.

Finally, three research stays in European centers have contributed to the development of this dissertation. The first stage of the research was conducted at *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Freiburg) during a three-month research stay in 2018. During this visit I had the opportunity to attend several meetings related with protection of Human Rights in Europe, which strengthened the development of the research. During the same year I spent one month at *Örebro Universitet* where I attended an international congress about Cooperation in the age of Globalization. In 2019 I traveled back to *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* for a two-

month research stay where I was able to gather opinions from great international experts that also contributed in a very positive way during the end of my research.

III. Structure

The current research is built around two main pillars: gender and domestic violence victims and the positive obligation of the States to protect them within the EU using protection instruments such as the European Protection Order.

The first part refers to gender and domestic violence victims and the positive obligation of States to protect them. The link between both these concepts is risk due to the fact that it is specific to these victims and differs from the risk which victims from other crimes suffer. In this section we discuss the reasons that make this risk specific. One of the main reasons is the affectivity relationship that exists between the victims and the aggressors. This causes that this kind of victims are not able to assess the risk which they are exposed to objectively because there are sentimental feelings involved. During the discussion in this part we support the thesis that gender and domestic violence victims are the only ones to love their aggressor. This issue makes the judicial procedure even more complicated and offers an advantage to the aggressor due to the fact that he or she knows the victim's routines, which increases risk even more. The latest judgements from the Spanish courts support this theory.

The second factor to increase the risk of our victims is the accomplice silence from the civil society and the State. The doctrine about

positive obligations of the State was created to fight against this accomplice silence. The State has the obligation to protect its victims and if it fails to do so it should answer to the damage inflicted to them (Istanbul Convention, CEDAW).

The second part of the thesis consists in a discussion about the EPO as an instrument for protection against risk for the victims. We start with a discussion about the difficulty that the States have to fight against crime in an individual way. In this section we acknowledge that a united European fight against crime is needed. Then we study the instrument of the EPO and its procedure of adoption, going as far as criticizing the possible reasons why it is not working as intended.

Finally, once the previously explained issues have been addressed, several conclusions and proposals will be presented in relation to the premise already pointed out, which consists in if a person has already been protected within one EU member State, in a border-free EU those measures should be valid and enforced outside the member State of origin.

**BLOQUE I: DERECHO FUNDAMENTAL DE LAS
VÍCTIMAS A SER PROTEGIDAS POR EL ESTADO
ANTE ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

La Igualdad corre el peligro de convertirse en lo que Paul Valéry llamaba “palabras loro”, es decir, palabras que pierden su esencia a fuerza de pronunciarlas solo para aparentar lo que significan. Palabras que se desgastan y terminan siendo “palabras vacías”.

Solidaridad, felicidad, amor:

Igualdad.

Lucía Avilés.

CAPÍTULO I: CONCEPTOS INSTRUMENTALES

I. El derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas

No se puede estudiar aquello que se desconoce, no cabe describir aquello para lo que el lenguaje no se ha dotado de palabras. ¹ “La igualdad, la de género, la violencia, la de género, no ha existido como tal problema hasta hace relativamente poco tiempo”. ²

“En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”.
(Recomendación general núm. 19 CEDAW, párrafo 9)

Apunta MARTÍNEZ GARCÍA ³ que, si bien los derechos liberales clásicos se limitaron a reconocer a favor del ciudadano obligaciones

¹ De alguna manera recuerda a la frase de García Márquez en cien años de soledad: “El mundo era tan reciente, que muchas cosas carecían de nombre, y para mencionarlas había que señalarlas con el dedo”.

² MONTIEL ROIG, Gonzalo, “La Orden Europea de Protección: indicadores sociales, violencia de género y cambio social”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La nueva Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 29.

³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 350.

negativas o de omisión en sus derechos frente al Estado, el Estado constitucional moderno se ha encargado de introducir acciones positivas⁴ y derechos de prestación por parte del Estado a sus ciudadanos como parte de los DDF. ⁵ Ambos postulados se aplican no solo frente a las acciones del Estado, sino también frente a las del particular si el Estado no adoptó las medidas necesarias para evitar las lesiones producidas, esto es, el derecho de sus ciudadanos a ser protegidos. ⁶ Es el denominado deber de

⁴ En este mismo sentido, “It is clear from case law under the European Convention on Human Rights that the obligation imposed on states are not simply negative obligations, there may be a positive obligation on the state to take action in order to ensure that the right is protected”. GRAHAM, Cosmo, “Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services”, en: DE FEYTER, Koen; GÓMEZ ISA, Felipe (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Intersentia Antwerp - Oxford, 2005, p. 41.

⁵ “El punto de partida teórico es la afirmación según la cual, del reconocimiento de parte del Estado, de un derecho fundamental derivan, conjuntamente, obligaciones negativas y positivas a cargo del mismo Estado. Las primeras son, esencialmente, deberes de abstención de conductas directamente lesivas del derecho; estos deberes se vinculan a los agentes estatales y corresponden al contenido clásico liberal de los derechos fundamentales, que nacen históricamente para tutelar al ciudadano contra los abusos de los poderes públicos. Las segundas corresponden, en cambio, a la pretensión de los ciudadanos a recibir tutela de parte del Estado contra agresiones a sus derechos provenientes de terceros, e implican, entonces, un deber de actuar a cargo del Estado: es decir, de tomar todas las medidas exigibles en grado de prevenir similares agresiones”. VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Polít. Crim.*, vol. 9, núm. 18, 2014, p. 444.

⁶ “International human rights law requires not only that the states do not violate human rights themselves, but also that they take positive steps to ensure that human rights are not violated in horizontal relationships –between individuals- either. Although interpersonal violence perpetrated by individuals usually belongs to the realm of national criminal justice systems, a systematic and discriminatory non-enforcement of violent crimes may constitute a violation of international human rights nevertheless, for example if violence against women is systematically not investigated or prosecuted. These positive obligations include, first, that the state must have an adequate legal framework in place to guarantee that human rights are respected, and second, that the state must have an adequate legal framework in place to guarantee that human rights are respected, and second, that the laws are enforced with due diligence”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena;

diligencia exigible por acciones u omisiones que dieron lugar a la muerte o al daño grave de la víctima.⁷ Esta diligencia debida le es aplicable y exigible al Estado en relación con las obligaciones de prevención, detección y erradicación de la discriminación de la mujer recogidas, entre otros, en el Convenio de Estambul.⁸ En otras palabras, “no hacer es tanto como incumplir su obligación de remover todos los obstáculos que fundamentan

FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *Daphne*, disponible en: <http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf> p. 32, (última consulta: 04-07-2019).

⁷ A este respecto, VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “La responsabilidad del Estado desde la perspectiva de género”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-227.

⁸ Con el objetivo de romper el ciclo de desigualdad y violencia basada en el género al que se encuentran continuamente expuestas las mujeres, el Consejo de Europa adoptó en 2011 un Convenio para prevenir y combatir la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, que fue abierto para su firma en Estambul en mayo de 2011. Este Convenio supone una nueva vía de protección para las víctimas de violencia de género a nivel paneuropeo, constituyendo el único instrumento legal vinculante en Europa, y el tratado internacional de mayor alcance a la hora de abordar la violencia contra las mujeres. Mediante la aceptación del Convenio, los Gobiernos se obligan a cambiar su legislación y a introducir medidas prácticas que den lugar a una transformación social que desemboque en un contexto de tolerancia cero hacia la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Por primera vez en la historia, el Convenio establece que la violencia de género no puede ser considerada como un asunto privado, sino que, por constituir una violación de DDHH, los Estados tienen la responsabilidad legal de proporcionar a las mujeres víctimas una tutela adecuada y efectiva frente a ésta. Con la firma y ratificación del Convenio, los Estados se comprometen, de acuerdo con su artículo 5, a abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres, y a tomar las medidas legislativas necesarias para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia que se encuentran dentro de los sujetos al Convenio y que han sido llevados a cabo por actores no estatales. MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, CEEJ, núm. 3, 2014, pp. 93-94.

y ahondan en la discriminación prohibida: el Estado es responsable por no cambiar un modelo sistémico (...) desigualitario”.⁹

El Convenio de Estambul establece un marco integral de actuación sobre la base, por un lado, de los principios de igualdad y de no discriminación y, por otro, de diligencia debida. A partir de estos pilares se delimita la extensión de las obligaciones y de la diligencia debida de los Estados para garantizar la eliminación de todo tipo de violencia contra las mujeres. En los capítulos dedicados al derecho material y procesal se aprecian mayores avances al regular cuestiones como el mandato de tipificar penalmente ciertas conductas (por ej. la violencia sexual). Su artículo 47 estipula que las partes adoptarán las medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para considerar la posibilidad de tener en cuenta, en el marco de la apreciación de la pena, las condenas firmes dictadas en otro Estado parte del Convenio por los delitos previstos en éste. Del mismo modo, en los artículos 52 y 53 se prevé la adopción de medidas de protección específicas para las víctimas o personas en riesgo. Pero esta previsión no implica que las medidas de protección de víctimas a nivel UE pierdan su sentido. La Convención de Estambul es de ámbito global y aspira a ser ratificada por la mayor parte posible de Estados en todo el mundo. Además, a diferencia de las medidas de protección de víctimas dentro del ámbito de la Unión (entre otras, DEPO y REPM), el Convenio no establece

⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 351.

obligaciones estrictas de cooperación judicial siendo, en cierto modo, complementario de éstas.¹⁰

El Estado tiene un deber de criminalizar, en abstracto, las (más graves) conductas lesivas a ciertos DDFF. Un deber procedimental de perseguir, en concreto, las conductas lesivas al derecho de un particular investigando de manera diligente los hechos, individualizando y procesando a los responsables. Y un deber de castigar, en concreto, al autor que ha sido considerado, tras un juicio con todas las garantías exigidas, culpable con una pena proporcional a la gravedad de la infracción. Estos tres deberes se dirigen a tres órganos o poderes estatales distintos, aunque relacionados con el ejercicio del *ius puniendi* y, a la vez, destinatario de las obligaciones que derivan de la correspondiente adhesión del Estado al CEDH vinculando así al legislador (deber de criminalizar en abstracto); a la policía y al ministerio público (deber de perseguir en concreto); y a los jueces (deber de castigar en concreto con una pena proporcional a la infracción).¹¹ En otras palabras, existen límites a la discrecionalidad legislativa en materia penal, elaborados en sede supranacional y que derivan directamente de la necesaria tutela de los DDFF de la persona. La idea que subyace es, ende, que una protección eficaz de las agresiones más graves a los DDHH tiene que hacer uso necesariamente del derecho penal. Desde el

¹⁰ ROMÁN, Laura, “Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, en: FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*. Tecnos, España, 2015, pp. 30-31.

¹¹ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.) GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, p. 315.

punto de vista del derecho penal internacional, los Estados están obligados a prever y asegurar esa tutela en el ámbito interno.¹²

Uno de los derechos más importantes de las víctimas es el derecho a ser protegidas frente a futuros ataques por parte de su agresor. Su protección se ha convertido en un objetivo prioritario de cualquier política criminal avanzada. Ésta significa la activación de los mecanismos apropiados para prevenir una ofensa repetida o una diferente ofensa, quizá más fuerte, por el mismo agresor. Este tipo de ofensas repetidas sobre la misma víctima son muy frecuentes en casos de violencia contra mujeres y niños, aunque pueden darse en todos los tipos de crímenes.¹³ La responsabilidad estatal encuentra su fundamento en estos casos en el hecho de que la violencia contra las mujeres no es un tipo de crimen cometido de manera incidental por un hombre concreto. La violencia contra las mujeres es un fenómeno estructural¹⁴ que es sintomático de una desigualdad - también estructural- entre hombres y mujeres en la sociedad.¹⁵ Ha llevado

¹² VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 434.

¹³ Council of the EU, Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council on the European Protection Order, Explanatory memorandum, Brussels, 6 January 2010, p. 3; KLIMEK, Libor, “European Protection Order in Criminal Matters versus European Protection Order in Civil Matters”, *European Studies*, vol.3, 2016, p. 170.

¹⁴ Ante esto, LORENTE ACOSTA se pregunta ¿Por qué la mujer es víctima de determinados delitos de manera casi absoluta? LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, Ares y Mares, 2001, p. 37.

¹⁵ Con este trabajo no se pretende negar la existencia de violencia de mujeres sobre hombres, que, por supuesto, también existe. Se pretende mostrar que la violencia sobre la mujer tiene causas estructurales que no se dan a *sensu contrario* y que van más allá del problema *inter partes*. Esta propensión a la violencia no se distribuye equitativamente entre los dos sexos, los varones cometen un 85% de los homicidios, mujeres sanguinarias las hay, pero son casos que por su rareza despiertan tanta curiosidad, como indignación. Entre otros, ROJAS MARCOS, Luis, “Semillas y antídotos de la violencia en la intimidad”, en:

mucho tiempo que esta perspectiva tuviese una aceptación general, en parte porque muy pocas mujeres estaban representadas en los foros donde se trataban los DDHH¹⁶ y sus vulneraciones. Los problemas que refieren práctica o exclusivamente a los derechos de las mujeres se trataban en otros foros. Como resultado, los desarrollos en DDHH no se han centrado lo suficiente en las violaciones específicas por el género: éstos fueron definidos por el criterio de aquello que los hombres¹⁷ temen que les suceda a ellos.¹⁸

ALBERDI, Inés; ROJAS MARCOS, Luis, *Violencia: tolerancia cero*, Programa de prevención de la Obra Social “La Caixa”, 2005, p. 90; KELLEHER, Michael D.; KELLENER, C.L., *Murder most rare. The female serial killer*, Praeger, 1998, pp. 19-72.

¹⁶ Podemos definir los DDHH como “an inalienable ‘right to have rights’ as part of the human condition”. HOFFMANN, Stefan-Ludwig, “Genealogies of Human Rights”, en: HOFFMANN, Stefan-Ludwig (ed.), *Human Rights in the twentieth century*, Cambridge, 2011, p. 1.

¹⁷ A este respecto: “Considering that the Universal Declaration of Human Rights was drafted in the 1940s, its phraseology is remarkable non-gender specific language was used throughout despite earlier drafts proclaiming that “all men are brothers”. In spite of this, the United Nations has frequently had caused to reiterate the universal nature of human rights whilst simultaneously reproducing those rights in instruments dedicated to specific groups. For example, although children are people too they have been offered additional protection via the Convention on the Rights of the Child. Clearly, the child is particularly vulnerable due to age and the dependence of the Child on adults in the formative years. Children tend to have limited rights in all Member States in comparison to adults”. SMITH, Rhona K.M., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 8 Edition, 2014, pp. 196-197.

¹⁸ Traducción propia de: “The responsibility of the State lies in the fact that violence against women is not a matter of crimes committed on an incidental basis by individual men. It is a structural phenomenon that is symptomatic of the structural inequality of men and women in society, it has taken a long time for this view to gain general acceptance partly due to the fact that very few women were involved in the regular circuit of Human Rights fora. Matters involving largely or exclusively women’s issues have tended to be dealt with in separate international fora. As a result, Human Rights developments have not focused sufficiently on gender-specific Human Rights violations. It has even been claimed that Human Rights have been defined ‘by the criterion of what men fear will happen to them’”.

1. Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas transnacionalmente

La libertad “*necesita un auténtico espacio de justicia en el que los ciudadanos puedan acudir a los tribunales y a las autoridades de cualquier otro Estado en las mismas condiciones que en su propio país*”¹⁹ para que los derechos inviolables y las libertades fundamentales sean tutelados de forma plena, efectiva y uniforme en toda la UE. En este sentido, el reconocimiento y respeto de los DDFD de naturaleza procesal, así como las garantías de la función jurisdiccional en todo tipo de procesos, devienen elemento indispensable para garantizar una mayor seguridad jurídica, reforzar la confianza mutua de los EEMM y contribuir a eliminar las diferencias existentes entre sus distintos sistemas judiciales.²⁰

Por lo que respecta a los instrumentos con medidas de protección de víctimas, disponemos de la Directiva 2011/99/UE y el Reglamento (UE) 606/2017. Ambos buscan proteger una misma realidad, uno desde el ámbito penal y otro desde el ámbito civil. Y ambos deben ser completados por la Directiva 2012/99/UE. En este apartado nos referiremos principalmente a la Directiva 2011/99/UE, por ser anterior en el tiempo al Reglamento (UE) 606/2013 y por ser esta tesis parte de un proyecto estatal de investigación

BOEREFIJN, Ineke, “Domestic violence against women in international human rights law”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, p. 35.

¹⁹ Conclusiones de Tampere de 5 y 16 de octubre, párrafo 5.

²⁰ FAGGIANI, Valentina, “I. Derechos y garantías procesales ante el reto del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en: GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier; FAGGIANI, Valentina, “La armonización de los derechos procesales en la UE”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, p. 2.

para el estudio de la Directiva 2011/99/UE (Ref. DER 2015-70568). No obstante, las referencias al Reglamento se hacen necesarias para un estudio omnicomprendivo de la protección de víctimas en la UE.

1.1. Necesidad de protección transnacional

La organización internacional para las migraciones ha señalado que la migración femenina es un colectivo particularmente vulnerable de migrantes.²¹ El riesgo de reiteración delictiva, la victimización secundaria, la intimidación o las represalias suelen ser más frecuentes con respecto a las víctimas especialmente vulnerables o con necesidades de protección especial, como lo son las de “*violencia en el marco de las relaciones personales (...), violencia de género, (...) y los menores víctimas de delito*” -considerando (57) de la Directiva 2011/99/UE-. En puridad, dichos riesgos pueden recaer sobre víctimas de cualquier delito, y por ello las medidas de protección deben alcanzar a cualquier víctima que se encuentre en una situación de riesgo. Así lo ha querido la DEPO y lo deja plasmado en su considerando (9). Los EEMM disponen de estas medidas para proteger la vida, la integridad física o psicológica, la dignidad, la libertad individual y la integridad sexual de las víctimas.²² Pero su eficacia queda limitada al

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES, “La migración y los migrantes: Una perspectiva global”, Informe sobre las migraciones en el mundo, 2018.

²² “All Member States of the European Union apply measures to protect victims’ lives, their physical, mental and sexual integrity and their freedom. However, such measures are effective only in the territory of the State which adopted them and thus they leave victims unprotected when they cross borders. The protection which a Member State affords to crime victims should therefore not be confined to this territory but it should apply to victims wherever they go. No cross-border problems arises as long as the victim and the offender remain within the State in which the protection measure has been adopted and the issue is thus confined to that State. If the offender moves to a different State there have

territorio de aquel Estado en el que se ha adoptado la medida en cuestión. De esta forma, quedarían sin la protección necesaria al trasladarse a otros EEMM. De ahí la importancia de la creación de una orden de protección a nivel europeo ²³ para garantizar a las víctimas en situación de riesgo un nivel equivalente de protección en todo el territorio UE. En definitiva, con el ánimo de hacer más real el ELSJ, con la DEPO se pretende asegurar la protección de las víctimas en cualquier EM al que se desplacen, para así prevenir que en el Estado de ejecución puedan ser sujeto pasivo de nuevos delitos por parte del mismo agresor, otorgando a la víctima en este EM un nivel similar de protección al que disponía en el Estado de emisión. Con la DEPO no se busca la uniformidad de las medidas de protección de las víctimas, sino eliminar las fronteras entre los EEMM en materia de protección de víctimas. ²⁴ El considerando (8) anticipa que la DEPO es un instrumento de reconocimiento mutuo, pero que, tal y como indican ROMÁN MARTÍN y OLIVERAS JANÉ, ²⁵ la Directiva no tiene ninguna intención de armonizar las legislaciones. Esto complica la correcta aplicación del instrumento. En términos similares se pronuncia el artículo

been already introduced legal instruments that cover this cross-border-element". En: KLIMEK, Libor, "European Protection Order in Criminal Matters versus European Protection Order in Civil Matters", *European Studies*, *op. cit.*, p. 171.

²³ Desdoblada en la DEPO y el REPM.

²⁴ GÓMEZ AMIGO, Luis, "La Orden Europea de Protección y su aplicación en España", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, 2017, pp. 5-6.

²⁵ Sostienen esta idea, que compartimos sin reservas, los informes EPOGENDER I y II: FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus; VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, Tecnos, España, 2015; SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, "European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment", *EPRS*, 2017.

12 REPM. Así, algo que parecía una virtud, ha acabado por convertirse en el talón de Aquiles del instrumento.²⁶

Antes de continuar, conviene sentar las bases de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Estos parten de una premisa distinta a la petición de asistencia convencional. No se trata de una autoridad de un EM que solicita la asistencia a otra autoridad. Son dos autoridades judiciales del mismo espacio jurídico, el ELSJ. Por tanto, no es una petición de auxilio sino la transmisión de la ejecución de una resolución judicial, de una orden, dictada por el Estado de emisión para que el Estado de ejecución la “lleve a efecto de manera inmediata”. Los instrumentos de reconocimiento mutuo “dibujan un escenario de cooperación judicial mucho más dinámico que el tradicional propio de la cooperación convencional” siendo que su eficacia reviste una especial importancia no solo en los ámbitos clásicos de la cooperación judicial (por ej. detención y entrega de detenidos), también en los ámbitos novedosos del Derecho penal del siglo XXI (por ej. la protección de las víctimas del delito).²⁷

1.2. Objetivos de la protección transnacional

Por medio de la protección transnacional se pretende que las víctimas de violencia -en general- y las víctimas de violencia de género -en

²⁶ En este mismo sentido, pero referido a un contexto más amplio, “the impossibility of ‘unification’ of a solid and permanent family status creates an obstacle to freedom of movement”. LIAKOPOULUS, Dimitris, “Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, p. 254.

²⁷ ROMÁN, Laura, “Capítulo I: Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, *op. cit.*, pp. 70-71.

particular- que previamente hayan obtenido una orden de protección en uno de los EEMM de la UE, mantengan la protección si deciden desplazarse a otro EM. Se trata de que, por ejercer un derecho fundamental de la ciudadanía como lo es el derecho a la libre circulación,²⁸ no se pongan en riesgo o violen otros derechos también fundamentales como lo son el derecho a la vida, a la integridad física y/o moral o a la dignidad. Y esto, que parece tan obvio y sencillo, presenta múltiples dificultades siendo que la propia UE se ha dotado de dos instrumentos (penal y civil) con el objetivo de garantizar que lo que un juez ha decidido en un Estado sea tenido en cuenta en otro,²⁹ tal y como exige el artículo 82 TFUE.³⁰ Esta idea se encuentra desarrollada en diversos considerandos de la Directiva. Sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva de éstos, de la lectura conjunta de los considerandos (3) a (9) podemos concluir que el objetivo de la Directiva es el que brillantemente explica FREIXES SANJUÁN en su prólogo a la

²⁸ La lectura de los considerandos (5) y (6) y del artículo 1 de la DEPO así como del apartado (X) de la Exposición de Motivos de la LRM RP proporcionan una clara visión de sus objetivos perseguidos a la par que justifican su adopción: garantizar que aquellos ciudadanos europeos víctimas de un hecho delictivo puedan ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de la UE proclamado en los artículos 3.2 TUE y 21 TFUE. ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, p. 499.

²⁹ FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Prólogo”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, p.15.

³⁰ El considerando segundo hace referencia al artículo al amparo del cual ha podido regularse la Directiva 2011/99/UE -82.1 TFUE- y nombra la piedra angular de la cooperación judicial penal: el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales. Por lo que respecta al REMP, también en el considerando segundo hace referencia a la cooperación judicial civil como medio para la regulación del Reglamento.

obra colectiva dirigida por MARTÍNEZ GARCÍA, “que las víctimas que hayan obtenido una orden de protección (...) continúen recibiendo protección si se desplazan a otro Estado Miembro”³¹

El considerando tercero, que no encuentra análogo en el REPM,³² indica que “*con arreglo al programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, el reconocimiento mutuo debe ampliarse a todos los tipos de sentencias y resoluciones de carácter judicial, que pueden ser, dependiendo del ordenamiento jurídico, penales o administrativas*”. Además, el programa prevé la posibilidad de ofrecer a las víctimas del delito “*medidas especiales de protección*” que sean efectivas en toda la UE. Y es aquí donde encuadra la DEPO, al formar parte de lo que denomina “*un conjunto de medidas coherente y general sobre los derechos de las víctimas*”.

Los siguientes considerandos³³ hacen referencia a las resoluciones del PE fruto de las cuales surgió la idea de crear una orden de protección a nivel europeo. La Resolución del PE de 26 de noviembre de 2009, sobre la

³¹ Aunque ya ha sido citada previamente, es de justicia citar la monografía íntegra -con capítulos escritos por profesionales de diversas áreas de conocimiento en la materia- como instrumento para el estudio de la EPO, al ser de los primeros estudios con un enfoque multidisciplinar del instrumento: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016.

³² Como más adelante se verá, la protección transnacional de las víctimas está regulada en dos instrumentos: la Directiva 2011/99/UE (EPO) para resoluciones de naturaleza penal y el Reglamento 606/2013 (EPM) para resoluciones de naturaleza civil. Aunque gran parte de su articulado es casi idéntico, existen diferencias debido a sus distintas naturalezas (civil y penal). Para más información puede consultarse el Bloque II de este trabajo.

³³ De estos, los considerandos (4), (5) y (7) no encuentran análogos en el REPM.

eliminación de la violencia contra la mujer, insta a los EEMM a que “mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer”, así como que “emprendan acciones destinadas a combatir las causas” de este tipo de violencia, haciendo especial hincapié en las “acciones de prevención”, así como en garantizar el derecho a la asistencia y ayuda a todas las víctimas. Más tarde, en la Resolución del PE de 10 de febrero de 2010, se respaldó la propuesta de crear una orden de protección europea ³⁴ para las víctimas.

En la Resolución de 10 de junio de 2011 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales, el Consejo señaló que la Unión debía actuar con el objetivo de reforzar los derechos y la protección de las víctimas de delitos. Fue tras esto que se instó a la Comisión a presentar las oportunas propuestas para que, en el contexto descrito, se crease un mecanismo que asegurase el reconocimiento mutuo ³⁵ entre los EEMM de aquellas decisiones en relación con las medidas de protección de las víctimas de delitos. Siguiendo la citada resolución, la Directiva 2011/99/UE debe completarse con un

³⁴ No utilizamos las abreviaturas EPO ni EPM porque la idea inicial de creación de una “orden de protección europea” distó mucho de la materialización en ambos instrumentos de reconocimiento mutuo. En el Bloque II se explica el *íter* legislativo.

³⁵ Señala muy acertadamente AMBOS que el origen de este principio debe cifrarse en el mercado común. Es así como se explica la idea básica de que las decisiones reconocidas mutuamente deben fluir libremente en el territorio UE y trae consigo los problemas de que las “decisiones jurídicas” no son bienes de mercados. Apunta este autor que la prueba no puede ser exportada como un producto. AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, 2017, pp. 72-76.

mecanismo para el reconocimiento mutuo de las medidas civiles, que vio la luz dos años después.³⁶

2. Protección transnacional y víctimas de violencia de género en el espacio de libertad, seguridad y justicia

Las mujeres son las principales víctimas de violencia de género. En el entorno europeo, la mayor parte de los actos violentos contra las mujeres los cometen hombres de su entorno social inmediato, siendo tristemente frecuente la comisión por su pareja o ex pareja. Además del sufrimiento humano que provoca, esta violencia conlleva consigo graves consecuencias sociales y financieras con elevados costes para sanidad, servicios sociales, policía, mercado laboral y poder judicial, entre otros.³⁷

Las principales beneficiarias de las medidas de protección transnacionales serán las víctimas de violencia en el marco de una relación de afectividad, presente o pasada.³⁸ La mayor vulnerabilidad de la víctima que hará requiera una EPO/EPM es la existencia de un riesgo mayor que en el resto de víctimas. El hecho de que víctima y victimario tengan un vínculo hace que: 1) el victimario conozca a la perfección los horarios y rutinas de

³⁶ El ya citado Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, (R)EPM de acuerdo con las siglas en inglés que utilizan en los informes POEMS.

³⁷ MARTÍNEZ BOYÉ, Ángeles, “El déficit de la transversalidad de género en la Unión Europea”, *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, núm. 5, 2013, p. 55.

³⁸ En el mismo sentido, OLIVERAS JANÉ, Neus, “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 9334, 2019.

su víctima, siendo más fácil para éste atacar sus bienes jurídicos; 2) la víctima no sea capaz de valorar objetivamente el riesgo ³⁹ debido a la relación de afectividad, ya sea como pareja o como descendiente, que la une con el victimario; y 3) que la víctima no quiera para su victimario las consecuencias jurídico penales que se derivan de su acción porque las víctimas en el marco de una relación de afectividad son las únicas que han querido o siguen queriendo a su agresor. Todo este círculo vicioso se hace más peligroso en el caso de que ambos convivan bajo el mismo techo porque aún quedan resquicios de la (malentendida) doctrina jurídica de la privacidad del hogar: respetar la intimidad de los hogares cuando sus puertas se cierran.

Ejemplo 1. Riesgo en víctima de violencia de género que decide volver a su país de origen.

 CZECH REPUBLIC →  NETHERLANDS
A Dutch woman living in the Czech Republic has protection measures granted in the Czech Republic. Due to the seriousness of her need of protection, her whereabouts in Czech Republic are unknown. She wishes to return to her country of origin for a period of time, and consequently, she requests an EPO.

- The risk increases in the State of origin if the person causing danger knows or is likely to know where the victim would stay (family home and social circles).
- If children are involved, the victim should request an EPO for them as well.

Source: Prepared by the authors based on the research paper up to 2017.

Fuente: EPOGENDER II (2017) ⁴⁰

Si a un ciudadano le atracan en Madrid no es lógico pensar que si se traslada a Friburgo su agresor va a ir a buscarlo para volver a atracarlo. En

³⁹ El concepto riesgo será estudiado en el capítulo siguiente.

⁴⁰ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*

cambio, si una víctima de violencia de género ⁴¹ -directa o indirecta- ⁴² decide cambiar su residencia a Friburgo sí que es posible que su victimario vaya a buscarla. La violencia en los hogares es un fenómeno que ha estado presente desde el inicio de la humanidad, pero al que no se le ha dado importancia. Fueron los movimientos feministas de décadas pasadas los que consiguieron atraer la atención sobre este fenómeno. Y fue a partir de entonces cuando se descubrió que esta violencia perjudicaba a la familia completa, ⁴³ siendo, como siempre, los más débiles los más afectados, en especial los menores. ⁴⁴

2.1. En busca de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia que garantice la protección y la seguridad

En un espacio común sin fronteras interiores ⁴⁵ debe garantizarse que la protección previamente ofrecida a una persona física en un EM se

⁴¹ De acuerdo con el concepto de la LOVG.

⁴² Aunque los menores ya han sido considerados víctimas directas de la violencia de género en España, existen otros sujetos que no encuentran protección al amparo de esta ley. Es el caso de la mujer víctima de violencia de género que decide rehacer su vida con una nueva pareja, la cual pasa a ser el nuevo objetivo de su victimario.

⁴³ WILLEMS, Jan C. M., “Children’s rights and the prevention of child abuse and neglect: the quest for a trias pedagógica of children, parents and society”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, pp. 163-164.

⁴⁴ BERENGUENAS SANCHEZ, María Elena, “Capítulo 9: Tratamiento y efectos de la violencia familiar en niños y adolescentes”, en: SORIA VERDE, Miguel Ángel (coord.), *Violencia doméstica. Manual para la prevención, detección y tratamiento*, Editorial MAD S.L., España, 1 Edición, 2006, p. 267.

⁴⁵ “Pronto los Estados se dieron cuenta de que la libre circulación de personas planteaba problemas ligados a la seguridad interior de cada Estado, lo que hizo ver la necesidad de establecer una serie de ‘medidas compensatorias’ para hacer efectiva esta realidad. De esta forma empezó a gestarse lo que más tarde pasará a denominarse el espacio de libertad,

mantenga y continúe en otro EM al que vaya a trasladarse o ya se haya trasladado. Además, continúa diciendo el considerando (6), debe garantizarse que el ejercicio legítimo de los ciudadanos de la Unión de su derecho a la libre circulación, esto es, a circular y residir libremente en el territorio de sus EEMM de acuerdo con el artículo 3.2 TUE y el artículo 21 TFUE, no menoscabe la protección de las víctimas. La DEPO surge con la idea que un derecho de la ciudadanía como es la libre circulación no pueda suponer a la víctima de violencia la pérdida de la protección que ya le fue dispensada en su Estado. Esta idea está también reflejada en el REPM en los considerandos (3) y (9).

En este sentido, el considerando (9) indica que la DEPO se aplica a aquellas medidas de protección destinadas a proteger a una persona física contra los actos delictivos de otra persona física “*que pueda poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual o su dignidad o libertad personal, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente*”. Continúa indicando que estos derechos personales corresponden a valores fundamentales que son reconocidos y defendidos en todos los EEMM. Finaliza este considerando recalcando que la DEPO es aplicable a cualquier tipo de víctima y no solo a las de violencia de género.⁴⁶ Así, podemos afirmar que el fin último de la DEPO es la protección de la víctima, quedando fuera de sus objetivos la rehabilitación del delincuente.

seguridad y justicia”. ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación*, Aranzadi, España, 2016, p. 32.

⁴⁶ Esta idea se desarrolla en el Capítulo III.

2.2. Europa ante la perspectiva de género

Es de justicia reconocer que la UE ha jugado un rol importante impulsando políticas que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres.⁴⁷ Entre otros, el artículo 2 TUE reza que la “*igualdad de mujeres y hombres*” es fundamento de la propia Unión y el apartado tercero del artículo 3 TUE compromete a la Unión a “*fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres*”, asumiendo, por ende, que se parte de una situación de desigualdad. Será el artículo 13 TUE el que permite la adopción de acciones adecuadas para luchar contra todo tipo de discriminación, entre otras, por razones de sexo u orientación sexual. Los artículos 4,⁴⁸ 21⁴⁹ y 23⁵⁰ de la CDFUE, norma con valor de tratado desde la entrada en vigor del tratado de Lisboa,⁵¹ resultan también de aplicación como instrumentos de lucha contra esta clase de violencia.

⁴⁷ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 838.

⁴⁸ Prohíbe las torturas y los tratos inhumanos y degradantes.

⁴⁹ Faculta para luchar contra todas las formas de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

⁵⁰ Establece la igualdad de mujeres y hombres en todos los ámbitos y declara que las acciones positivas a favor del sexo menos representado no son contrarias al principio de igualdad de trato.

⁵¹ Artículo 6.1, párrafo primero TUE: *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

Las instituciones europeas han venido desarrollando un corpus normativo sobre igualdad de género desde el Tratado de Roma movidas por el juego de las preferencias de los distintos EEMM. Divide LOMBARDO estas preferencias, por un lado, en cálculos de costes económicos y políticos y, por otro, en presiones (internacionales, supranacionales, domésticas y subnacionales).⁵² La UE ha desarrollado un gran número de documentos e indicadores referidos a los asuntos de género. Probablemente, su mayor deficiencia sea la falta de recursos. No es tanto la falta de nuevas políticas comprensivas del género sino mayores recursos humanos y financieros para seguir en la brecha.⁵³ Además, refiere SALAZAR BENÍTEZ que la política de género de la UE continúa atrapada en el “dilema de Wollstonecraft”.⁵⁴ Esto es, las contradicciones que surgen por el hecho de que todas las medidas diseñadas para la igualdad de género acaben teniendo efectos negativos sobre las mujeres traen causa directa del contexto patriarcal en el que se aplican.⁵⁵

⁵² LOMBARDO, Emanuela, “La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea” *Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 6, 2006, p. 124.

⁵³ GIL RUIZ, Jesús Ignacio, “Women, NATO and the European Union”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 157, 2012, p. 123.

⁵⁴ Alude a este dilema la escritora inglesa Mary Wollstonecraft. Nos indica que las dos vías que las mujeres utilizan para alcanzar la ciudadanía son problemáticas. Un camino defiende equipararlas con los derechos del varón y el otro defiende que las mujeres poseen habilidades, intereses y necesidades que requieren un tratamiento diferenciado.

⁵⁵ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “Las mujeres y la constitución europea. La insoportable “levedad” del género en la Unión Europea”, en: CARRILLO, Marc; LÓPEZ BOFILL, Héctor (coords.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, p. 3.

2.2.1. Labor institucional

Indica FREIXES SANJUÁN que la Red de Expertos Independientes de la UE en materia de DDFF y las orientaciones formuladas por la FRA, han considerado que “la violencia de género constituye una violación del artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales, en relación con los arts. 21 y 23”. Una interpretación conjunta de estas disposiciones, continúa la autora, podría “conducirnos a considerar que existiría una base jurídica de *hard law* que podría permitir la adopción comunitaria de normas específicas para prevenir y luchar contra la lacra de la violencia de género”. Pero, continúa la autora, sin embargo, no existen normas de *hard law* ⁵⁶ para luchar específicamente contra la “violencia doméstica” (sic). La disposición normativa más importante se encuentra enmarcada en el *soft law*, ⁵⁷ la declaración del artículo 8 TFUE. Esta declaración no ofrece, en principio, base jurídica suficiente y clara para adoptar normas que fijen criterios comunes en torno a la prevención y represión de este tipo de violencia ni para la protección integral de sus víctimas. Criterios que, por otra parte, resultan absolutamente necesarios en una UE con libre circulación puesto que las víctimas que se trasladan dentro de la Unión dispondrán de las medidas de protección que cada EM tenga para sus nacionales, siendo que

⁵⁶ Ofrece una definición del concepto: SCHÜTZE, Robert, *An introduction to European Law*, Cambridge, 2 Edition, 2015, pp. 104-106.

⁵⁷ En el mismo sentido, LOMBARDO, Emanuela, “La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 125.

el estándar es muy variable⁵⁸ entre todos ellos.⁵⁹ Esta falta de efectividad se debe a que “cuando el artículo 51 TUE dispone que los Protocolos y Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos, no incluye las Declaraciones dentro de las cuales encontramos la de referencia”.⁶⁰

La política institucional de la UE no ha sido ajena al problema. De acuerdo con MORGADE CORTÉS, varias iniciativas políticas se refieren a la violencia contra la mujer, haciéndolo a menudo dentro del marco de la igualdad, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2010 concerniente a la Carta de la Mujer.⁶¹ Pero en la revisión a medio plazo de

⁵⁸ Los estudios de EPOGENDER I y POEMS muestran la heterogeneidad existente entre los diversos ordenamientos jurídicos.

⁵⁹ Al fin y al cabo, el derecho es la reflexión que en cada momento de la historia se hace sobre qué es la Justicia y que termina por materializarse en normas válidas tras positivizar dichas reflexiones. Por tanto, los diferentes sistemas jurídicos dependen tanto del momento histórico como de la historia de cada país. IGLESIAS SEVILLANO, Héctor, “La construcción de un concepto de justicia europeo: la visión desde el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018, p. 125.

⁶⁰ FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Prólogo”, *op. cit.*, pp. 13-15.

⁶¹ “El pleno disfrute de los derechos fundamentales por parte de las mujeres y las niñas es parte inalienable, íntegra e indivisible de los derechos humanos universales y resulta esencial para el progreso de las mujeres y las niñas, la paz, la seguridad y el desarrollo. La violencia sexista, incluidas las costumbres o tradiciones dañinas, constituye una violación de los derechos fundamentales, en especial de la dignidad humana, del derecho a la vida y del derecho a la integridad de la persona. (...) Reafirmamos nuestro compromiso de garantizar que nuestras actividades se basen en el respeto de los derechos fundamentales. Lucharemos para eliminar las desigualdades entre mujeres y hombres en lo que respecta al acceso a la atención sanitaria y a sus repercusiones sobre la salud. Europa no tolera la violencia sexista. Intensificaremos los esfuerzos para erradicar toda forma de violencia y prestar apoyo a las personas afectadas. Estableceremos un marco político completo y eficaz para combatir la violencia sexista. Reforzaremos nuestras medidas (...) incluso mediante legislación penal, dentro de los límites de nuestras facultades”. Com (10) 78: Un compromiso reforzado en favor de la igualdad entre mujeres y hombres: Una Carta de la Mujer. (No publicada en el Diario Oficial) Disponible en:

la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres (2010-2015), la acción específica para 2011 fue revocada alegando que la Comisión se centra en acciones concretas para combatirla. Se establece que las futuras medidas que se ocupen de la violencia contra la mujer deberán garantizar una respuesta específica. Como ejemplo, en el período 2013-2015 la Comisión Europea indica que llevará a cabo acciones específicas concernientes a la violencia contra la mujer dentro del marco de la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres. Además, diferentes presidencias de la UE han sido activas al problema de la violencia de género. La declaración conjunta de la presidencia de España, Bélgica y Hungría (2010-2011) sobre la igualdad señaló la importancia de la cooperación en la lucha contra la violencia de género. El PE, especialmente el Comité sobre los derechos de las mujeres y la igualdad de género, también ha desafiado a la Comisión acerca de la necesidad de la legislación específica en esta materia.⁶²

Más crítico se muestra GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD al opinar que la labor desarrollada por las instituciones de la Unión ha tenido un carácter parcial, centrando su labor en determinadas áreas e ignorando la transversalidad del heteropatriarcado. La normativa europea se ha centrado en la lucha contra la desigualdad de género en el ámbito laboral⁶³

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0078&from=ES> (última consulta: 02-07-2019).

⁶² MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, p. 87.

⁶³ Entre otras, STJUE, Asunto C-426/75, Alemania c. Consejo, de 9 de noviembre de 1995 (ECLI:EU:C:1995:367). Sentencia Defrenne II de 8 de abril de 1976 (asunto C-43/75): efecto directo del principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres tanto en

y las propuestas de acción como en el Documento de la Comisión “Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019”⁶⁴ propone cinco ejes temáticos de acción⁶⁵ que no abordan en toda su complejidad la discriminación estructural de las mujeres,⁶⁶ no aborda con garantías el fenómeno de la discriminación múltiple ni plantea la necesaria

empresas públicas como privadas; STJUE, Asunto 170/84, *Bilka – Jaufrhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz*, de 13 de mayo de 1986 (ECLI:EU:C:1986:204). Sentencia *Bilka* de 13 de mayo de 1986 (asunto C-170/84): una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una “discriminación indirecta” si ésta afectaba a un número más elevado de mujeres que de hombres salvo que pudiese demostrarse que se basaba en factores objetivamente justificados ajenos al sexo; STJUE, Asunto C-262/88 INT, *Barber* (Manuel Enrique Peinado Guitart), de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:795). Sentencia *Barber* de 17 de mayo de 1990 (asunto C-262/88): los derechos en materia de jubilación o de supervivencia deben darse a la misma edad en hombres y mujeres; STJUE, Asunto C-409/95, *Marschall* contra Land Nordrhein-Westfalen, de 11 de noviembre de 1997 (ECLI:EU:C:1997:533). Sentencia *Marschall* de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95): el Tribunal declaró que la legislación comunitaria no se oponía a la norma nacional que obligase a promover de manera prioritaria a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad en los que las mujeres eran menos numerosas que los hombres; STJUE, Asunto C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros*, de 1 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:100). Sentencia *Test-Achats* de 1 de marzo de 2011 (asunto C-236/09): el Tribunal declaró que debe aplicarse el mismo sistema de cálculo actuarial a hombres y mujeres en el momento de determinar las primas y las prestaciones a efectos de seguros.

⁶⁴ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Strategic engagement for gender equality 2016-2019» [Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019] [SWD (2015)0278].

⁶⁵ 1) promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones; 2) lucha contra la violencia de género y protección y apoyo a las víctimas; 3) promoción de la igualdad de género y los derechos de las mujeres en todo el mundo; 4) aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral e igual independencia económica y reducción de la brecha y la desigualdad salariales y de las pensiones; y 5) lucha contra la pobreza entre las mujeres.

⁶⁶ En el mismo sentido, critica la falta de congruencia en protección de mujeres y niñas víctimas de conflictos armados en la UE: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina, “La influencia del Programa La mujer, la paz y la seguridad en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, p. 129.

implementación de la perspectiva de género, de manera transversal, a toda acción política, institucional y judicial.⁶⁷

La igualdad entre hombres y mujeres no es solo cuestión de diversidad y justicia social, es condición previa para lograr los objetivos de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social. De acuerdo con la Comisión Europea, la rentabilidad de la inversión en políticas de igualdad se manifiesta en tasas de empleo femenino más elevadas, la contribución de las mujeres al PIB y unos índices de natalidad sostenibles.⁶⁸

2.2.2. Ámbito judicial

Por lo que al ámbito judicial respecta, El TEDH ha abordado la violencia de género en diversos ámbitos, considerándola contraria a los derechos del CEDH.⁶⁹ Entre otros, en el Asunto Bevacqua⁷⁰ consideró que la violencia contra una mujer por parte de su marido no puede ser considerada un hecho de naturaleza privada y son los poderes públicos los obligados a garantizar el respeto de la vida familiar.⁷¹ En el Asunto A.

⁶⁷ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, *op. cit.*, p. 838.

⁶⁸ MARTÍNEZ BOYÉ, Ángeles, “El déficit de la transversalidad de género en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁹ Este punto será tratado con mayor detenimiento en el Capítulo II.

⁷⁰ STEDH Bevacqua and S. v. Bulgaria, núm. 71127/01, de 12 de septiembre de 2008.

⁷¹ “Garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo” FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, *Parolechiave*, núm. 19, 1999, p. 39.

contra Croacia⁷² afirmó que la no protección de una víctima de malos tratos infligidos por su marido con problemas mentales viola el Convenio pues las autoridades debieron dar el tratamiento pertinente a la persona con tales problemas. En el mismo sentido, el Asunto Hajduová.⁷³ En el Asunto Opuz⁷⁴ trata la pasividad⁷⁵ de jueces y policía que no intervinieron en un caso de violencia intrafamiliar que derivó en la muerte de la víctima al retirar ésta la denuncia. El TEDH indica que la pasividad estatal⁷⁶ favorece la repetición de estas violaciones de derechos y ello viola el Convenio.⁷⁷

Existe una obligación de los Estados no solo de adoptar medidas directas de la prohibición de la violencia de género, sino de actuar conforme a los estándares que conforman su diligencia debida derivados del plano internacional. Se pide una respuesta al sistema jurídico, que todos los

⁷² STEDH A. v. Croatia, núm. 55164/08, de 14 de octubre de 2011.

⁷³ STEDH Hajduová v. Slovakia, núm. 2660/03, de 30 de noviembre de 2010.

⁷⁴ STEDH Opuz v. Turkey, núm. 33401/02, de 9 de septiembre de 2009.

⁷⁵ De acuerdo con BODELÓN, “aunque la pasividad judicial general y discriminatoria no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por las denunciadas podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación. La Corte Europea constató que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho que los policías no investigaban los hechos, sino que asumían que dicha violencia era un ‘tema familiar’”. BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, pp. 134-135.

⁷⁶ La inactividad estatal será tratada en el capítulo 2 apartado II.2.2.

⁷⁷ FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Prólogo”, *op. cit.*, pp. 14-15.

Estados fortalezcan su legislación prohibiendo las formas de violencia contra las mujeres y garantizando derechos económicos, seguridad y justicia para éstas. Y este desarrollo de la respuesta puede darse bien porque comprendan que los DDHH son también derechos de las mujeres - aproximadamente la mitad de los humanos- o bien porque, en términos estrictamente económicos,⁷⁸ este tipo de violencia es una pérdida para el sector productivo-económico del país.⁷⁹ En este sentido, el informe del Gobierno de España sobre el impacto de la violencia de género y sus costes refiere que los costes globales fluctúan entre el 0,03% y más del 2% del PIB de algunos países. En 2006 el Consejo de Europa estimaba que el coste de la violencia de género en el continente europeo fluctuaba entre los 20 y 60 euros por persona al año, siendo que en ese año el coste global ascendía a

⁷⁸ En cuanto a las consecuencias de la violencia contra los niños en el ámbito familiar, también cifra los costes económicos: HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 77; Aunque el estudio fue realizado en EEUU y hace más de dos décadas, los datos deberían hacernos plantearnos la entidad real y el coste económico de un grave problema social. Dicho estudio reveló que 192.000 incidentes de violencia en el hogar supusieron 21.000 hospitalizaciones, 99.800 días en el hospital, 28.700 visitas a emergencias y 39.000 visitas al médico. Esto trajo consigo también 175.000 días perdidos en términos laborales. Se calcula que la economía del país gastó 44 millones de dólares en los costes médicos directos para las víctimas y sus familiares. Los amplios costes, en términos puramente económicos, justifican la necesidad de invertir más dinero en prevención. BROWNE, Kevin; HERBERT, Martin, *Predicting Family Violence*, Wiley, 1996, p. 294.

⁷⁹ Parece que para que las víctimas interesen es necesario pensar en ellas en términos económicos, preguntarnos ¿cuánto cuesta una víctima? ¿Le interesan realmente las víctimas a la UE? ¿O solo su aspecto económico? La naturaleza multidimensional del coste económico de la violencia de género hace que una manera de estimar dicho coste sea a través de la definición de categorías, costes o itinerarios de coste. MAÑAS ALCÓN, Elena; RIVERA GALICIA, Luis Felipe; GALLO RIVERA, María Teresa; MONTES PINEDA, Oscar; FIGUEROA NAVARRO, Carmen; PIETRO SÁNCHEZ, Pablo, *El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016*, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 2019, p. 44.

16 billones de euros. Cinco años después, en 2011, el PE indicaba que el coste económico fue de 228 billones de euros, un 1,8% del PIB UE.⁸⁰

Señalar que también el TJUE se ha ocupado de casos en los que la violencia de género está presente teniendo como presupuesto la construcción jurídica de que la igualdad de derechos en el ejercicio de la libre circulación para los ciudadanos europeos tiene que poder ejercitarse en las mismas condiciones que los nacionales de los EEMM del destino. Así, en el Asunto Ian William Cowan⁸¹ afirmó que, si el derecho de la UE garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro EM, el EM de destino debe garantizar su integridad física igual que lo haría con sus propios nacionales. Y en el Asunto James Word y Fonds⁸² consideró que los EEMM tienen el deber de garantizar las indemnizaciones por daños causados a una persona física por delito en las mismas condiciones en que se lo reconocerían a sus propios nacionales.⁸³

II. Prevención del riesgo y protección de las víctimas

“*Para*” es una conjunción de finalidad. Otorgamos una OP *para* lograr proteger a las víctimas frente a un riesgo o peligro.⁸⁴

⁸⁰ Ibidem, pp. 44-45.

⁸¹ STJUE, Asunto 186/87, Ian William Cowan contra Trésor public, de 2 de febrero de 1989 (ECLI:EU:C:1989:47).

⁸² STJUE, Asunto 164/07, James Word contra Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d’autres intractions, de 5 de junio de 2008 (ECLI:EU:C:2008:321).

⁸³ FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Prólogo”, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁴ A propósito de las medidas de prevención de la violencia de género en otros países puede leerse: SALAS, Luis; CAZARO JOHANNIG, Ana Teresa, “El tratamiento jurídico y

“La peligrosidad es una condición probabilística, no un hecho, y aún si la persona no inflige lesiones a nadie, no por ello deja de ser peligrosa hasta cierto punto”.⁸⁵ La prevención es actualmente pilar clave en la lucha contra la violencia de género. Las técnicas de predicción son el primer paso para combatir la violencia a nivel del caso individual y así evitar que ésta devenga crónica. La valoración del riesgo de violencia nos permitirá gestionar la adopción de medidas de seguridad con el agresor y de protección para la víctima.⁸⁶

1. Órdenes de protección y riesgo

Conocer el riesgo deviene fundamental para la emisión y ejecución de una medida de protección y, posteriormente, una EPO/EPM si se diese el elemento transnacional.⁸⁷ Aunque no existen factores específicos, los

social de la violencia doméstica en EEUU” en: ROIG TORRES, Margarita (dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 15-52; KILCHLINH, Michael, “Preventive detention in Germany” en: ROIG TORRES, Margarita (dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 53-62.

⁸⁵ LORENTE ACOSTA, Miguel, “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 19, 2012, p. 192.

⁸⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2019 (en prensa), p. 95.

⁸⁷ “In practice, judges and public prosecutors take all sorts of factors into account, most of them related to the effectiveness of the protection, the proportionality of the order in relation to the unwanted behavior, and personal circumstances of the offender. As a result, the average scope of a prohibition to enter an area is rather limited. The scope of an order that prohibits someone to enter a certain area usually varies from the victim’s home. POs with a more extensive scope –covering villages, towns or cities- are very rare. Also, if the offender works in a certain area or if his family and friends live there, the PO will be drafted in such a way that family and work relations may remain intact”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the

expertos indican una serie de factores que deben ser tenidos en cuenta como lo son el riesgo de violencia en un periodo de tiempo, la proporcionalidad de la medida, la seriedad de la conducta, la naturaleza del instrumento que se está utilizando para prevenir dicho riesgo, la personalidad y actitud del agresor una vez haber sido impuesta una OP, posibles medidas de protección anteriores y sus violaciones...siendo que de éstos el más importante será el riesgo de reiteración delictiva.⁸⁸ La violencia es una estrategia psicológica para alcanzar un fin determinado. Requiere la utilización de recursos y procesos psicológicos que convertirán la estrategia en una conducta o en conductas concretas para alcanzar su objetivo, dañando con éste a terceros. Su origen está en una decisión individual e intencionada y es precisamente esta característica la clave para la predicción de la violencia futura, por existir un elemento probabilístico que es posible estimar por medio de la valoración del riesgo de que suceda.⁸⁹

1.1. ¿Qué es el riesgo?

La valoración del riesgo es un juicio de probabilidad que busca predecir el (re)abuso.⁹⁰ La casuística nos muestra como determinados

legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 99-110.

⁸⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁰ Por todos: ECHEBURÚA, Enrique; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, vol. 22, núm. 3, 2010, pp. 403-409; ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, núm. 2, 2003, pp. 45-64.; GONZÁLEZ-MÉNDEZ, Rosaura D.; SANTANA-HERNÁNDEZ, Juana, “Perceived risk

delincuentes cometen actos violentos que tienden a ser repetidos generando un problema de reincidencia criminal y evidenciando el riesgo de violencia para sus víctimas.

La peligrosidad, además de ser un concepto jurídico, también lo es en el lenguaje cotidiano. En el sentido jurídico se considera una categoría legal por la que conocemos el riesgo de una persona con un historial delictivo de cometer nuevos delitos. La peligrosidad siempre ha estado ligada a los delitos violentos y por eso ha sido un enigma que han tratado de resolver profesionales de la psiquiatría, psicología y la medicina forense. La creencia de que la peligrosidad es la causa de la conducta violenta ha mantenido entre los profesionales una suerte de quimera según la cual, si se “acertaba” en la identificación de este atributo se garantizaba la seguridad y la prevención de la reincidencia. En ciertos casos ha sido así, pero en otros muchos se han producido falsos negativos al rechazar la peligrosidad en individuos que han vuelto a cometer delitos. O falsos positivos, al identificar peligrosidad en un sujeto que no vuelve a comportarse violentamente en el futuro. Las consecuencias de ambos errores son penosas para la sociedad y para el individuo. Lo que identifica la conducta violenta es la intención del agresor –causar daño- y los efectos sobre la víctima –el daño efectivamente causado-.⁹¹

Tradicionalmente se relacionó la peligrosidad con una condición del agresor, inherente a su forma de ser o a su estado psicopatológico. La actual

and safety-related behaviors after leaving a violent relationship”, *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, núm. 6, 2014, p. 2.

⁹¹ LORENTE ACOSTA, Miguel, “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *op. cit.*, pp. 192-198.

gestión del riesgo se basa en comprender por qué el sujeto decidió actuar violentamente en el pasado, determinar si los factores de riesgo/protección que influyeron en su elección siguen presentes y lo estarán en el futuro y en promocionar los factores que pueden llevar a tomar decisiones no violentas. Hace referencia a la aplicación de los conocimientos disponibles generados en los diversos estudios de valoración del riesgo para reducir tanto las conductas como sus efectos. ⁹² MARTÍNEZ GARCÍA refiere que hasta hace unos años la estrategia básica de la predicción de reincidencia violenta era la evaluación clínico-forense y el diagnóstico de la peligrosidad criminal mediante los perfiles delictivos. Pero que debido a la insuficiencia de esta medida, tanto por la baja eficacia de predicción como por la poca transparencia del fundamento del diagnóstico, desde hace unos veinte años las técnicas para predecir la violencia futura se basan en la valoración del riesgo de violencia. ⁹³

A propósito de su valoración, el párrafo 116 del asunto Osman, ⁹⁴ indica que teniendo en cuenta las dificultades de vigilar en las sociedades modernas, la imprevisión del comportamiento humano y los recursos limitados por parte de los agentes estatales (policía, juzgados etc.), la obligación de proteger a los ciudadanos tiene que ser interpretada en un modo que no imponga consecuencias desproporcionadas a las autoridades estatales. No cualquier reivindicación de riesgo puede obligar a las autoridades a actuar y adoptar medidas que prevengan la materialización de

⁹² Ídem.

⁹³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op. cit., p. 97.

⁹⁴ Será estudiado con mayor detenimiento en el próximo capítulo.

ese riesgo. Es por ello que deviene tan importante el estudio y la gestión de riesgo, para así poder distinguir entre riesgos de imposible realización y riesgos de posible realización que requieren la adopción de medidas cautelares de protección precisamente para así poder evitar la materialización de éste.

En definitiva, las técnicas de valoración de riesgo permiten estimar la probabilidad de que, en determinadas ocasiones, condiciones y en un intervalo de tiempo delimitado (días, semanas, meses, etc.) aparezca la violencia. La predicción de la violencia deviene así una valoración del riesgo relativo de que se dé un comportamiento violento determinado por parte de una persona en un entorno y periodo temporal más o menos precisos.⁹⁵

1.2. Readaptación del concepto riesgo en víctimas de violencia de género

Existe consenso, tanto entre la investigación científica como en los desarrollos teóricos, de que la violencia interpersonal es multifactorial y se produce por la confluencia de factores que interactúan en diferentes niveles. Es precisamente por ello que para explicar la violencia de género se necesita de un enfoque holístico que vaya más allá de una perspectiva individual, orientada al agresor. La violencia contra la mujer se determina por el efecto combinado de numerosas variables biológicas, culturales, sociales y personales, así como por factores situacionales inmediatos. Las explicaciones de la violencia se han centrado principalmente en los

⁹⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op. cit., p. 97.

comportamientos o historias individuales de agresor y víctima, pasando por alto su innegable relación con la desigualdad sistemática entre hombres y mujeres. Es esta falta de comprensión del fenómeno la que contribuye al aislamiento de las víctimas.⁹⁶

El siguiente paso es constatar que no basta con la puesta en marcha de mecanismos de protección generales. Las medidas que se adoptan tienen que ir dirigidas específicamente a contrarrestar los elementos que generan el riesgo de que el problema identificado llegue a producirse. Desarrollar medidas de protección y de prevención frente a las diferentes violencias requiere, consecuentemente, que conozcamos sus elementos y características para lograr incidir sobre ellos porque, solo de ese modo, lograremos ser eficaces.⁹⁷

La sociedad ha evolucionado y hoy el riesgo es el nuevo miedo.⁹⁸ Por esto sorprende que, en la sociedad del riesgo, donde muchos de los peligros se imaginan, determinados riesgos objetivos permanezcan ausentes

⁹⁶ Ibidem, p. 83.

⁹⁷ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 150.

⁹⁸ Para comprender el fenómeno de la sociedad del miedo deviene lectura indispensable: BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*. Tirant lo Blanch, núm. 22, 2017, pp. 64-91.

en la conciencia de quienes sufren su impacto.⁹⁹ LORENTE ACOSTA pone de relieve una situación paradójica y es que cuanto más seguros estamos en una sociedad existe una mayor conciencia del riesgo, y aquellos grupos más vulnerables y sometidos a mayores peligros son los que manifiestan sentir menos riesgo.¹⁰⁰

Este mismo autor nos indica que la realidad de las víctimas de violencia de género no se ajusta al marco conceptual del resto de delitos.¹⁰¹ La mayoría de la violencia interpersonal tiene un componente instrumental, pero la violencia interpersonal por género tiene un componente estructural, es decir, se construye a partir de las normas de convivencia y de las referencias socio-culturales. Esto hace que este tipo de violencia sea normalizada y justificada dentro de la cultura androcéntrica que da lugar a ella. Además, es diferente en cuanto a las motivaciones que utilizan los agresores para llevarla a cabo. La normalización y la diferencia deben ser tenidas en cuenta para identificar los elementos que debilitan el sistema de

⁹⁹ Estudios demuestran que las personas que no han sido maltratadas condenan de manera más enérgica el maltrato: VEGA RODRÍGUEZ, María Teresa; MORO GUTIÉRREZ, Lourdes, “La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato”, *Psychosocial Intervention*, núm. 22, 2013, pp. 7-14.

¹⁰⁰ LORENTE ACOSTA, Miguel, “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰¹ ¿Por qué las mujeres maltratadas son incapaces de dejar el hogar? ¿Cuál es el factor que incrementa su riesgo? Sobre este tema, puede leerse: AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique, “Claves Psicosociales para la Permanencia de la Víctima en una Relación de Maltrato”, *Clínica Contemporánea* vol. 1 núm. 2, 2012, pp. 97-104.

protección frente a este tipo de violencia, así como para implementar medidas y procedimientos que solventen la situación actual.¹⁰²

No es posible analizar las diferentes formas de violencia interpersonal como un todo monolítico donde lo único que importa es el resultado. Todas las violencias acaban en el mismo lugar: en la agresión (física o psicológica) y/o en la muerte. La clave para entenderlas y abordarlas está en el origen de las conductas; en conocer la motivación del agresor y los objetivos que pretende alcanzar haciendo uso de la violencia, el “por qué” y el “para qué”. Y la violencia de género tiene elementos diferenciales en el origen respecto del resto de violencias interpersonales que deben ser conocidos y tomados en consideración porque este es el único modo de introducir medidas de prevención (primaria, secundaria y terciaria) y de erradicación.¹⁰³

Ha habido, y todavía hay, tendencias a explicar la violencia contra la mujer desde un enfoque exclusivamente sociológico (hombres hijos de padres maltratadores, hombres que no pueden controlar sus instintos) o social (implicando a todos los hombres). Por una parte, existe más investigación de este tema desde el enfoque de la psicología individual y del desarrollo, y consecuentemente los resultados son a menudo considerados causas de la violencia en lugar de factores de riesgo. Por otra parte, la investigación todavía no ha abordado de manera suficiente “la

¹⁰² LORENTE ACOSTA, Miguel, “Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección”, *La Ley Digital*, núm. 9114, 2018, p. 1.

¹⁰³ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, pp. 150-155.

ambivalencia entre el hecho de que son los hombres, en su mayoría, los que ejercen violencia contra las mujeres, y a su vez, la mayoría de los hombres nunca matan ni violan a éstas, y hay muchos hombres no violentos en este mundo”.¹⁰⁴

Conocer algunos de los elementos del riesgo en mujeres puede ser fundamental para evitar una agresión. Pero entre la invisibilidad por ocultación y la visibilidad desplazada a los arrabales de la sociedad (por ser consideradas como conductas patológicas o por pensar que se deben a factores marginales), la violencia ha estado presente debido a que el rechazo y la crítica solo se ha centrado sobre las manifestaciones más intensas y graves en el resultado.¹⁰⁵ En el discurso público hablamos de Tolerancia Cero, pero a la vez justificamos el acto.¹⁰⁶ La normalidad social de la violencia de género, así como su contextualización genera consecuencias sobre el agresor y sobre la víctima que deben ser tomadas en cuenta a la hora de adoptar medidas de protección.¹⁰⁷ Hay una característica¹⁰⁸ de las

¹⁰⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰⁵ LORENTE ACOSTA, Miguel, “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁶ LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, *op. cit.*

¹⁰⁷ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁸ En este mismo sentido se pronuncia VAN DER AA: “Crime victims who are affected by non-recurrent or incidental crimes, such as a single robbery or assault, are in some respects better off than other victims. Once the incident has taken place, they can file a report with the police, they can sue for damages and, if necessary, they can work on their mental and physical recovery. The incident is clearly limited in time and apart from a possible encounter in court the victims are generally not confronted with the same offender again. The situation for victims of course-of-conduct crimes, such as stalking or domestic violence, is much more complicated. Due to the offender’s obsession with the victim or

víctimas de violencia de género ¹⁰⁹ que no encontramos en ningún otro tipo penal y es la relación de afectividad existente entre víctima y agresor. ¹¹⁰ La relación de afectividad es, junto al desequilibrio en que se encuentran las partes del conflicto, ¹¹¹ la clave interpretativa de este tipo de delitos. ¹¹²

El peso de estos factores variará de unos agresores a otros y tiene un impacto diferente también en la gravedad, incidencia y diversidad de las formas de violencia utilizadas por algunos hombres sobre las mujeres. Los factores de riesgo lo son de formas específicas de violencia, no de todo tipo

due to the ongoing violent relationship, the chances of these victims being victimized for a second, third or even tenth time by the same offender are much higher than the chance for the average victims. As long as the violent or harassing incidents keep recurring, victims remain under a constant threat, something which is not conducive to their recovery. In a random community survey, some stalking victims even reported that they would prefer a physical assault over the chronic, psychological nuisance that these repeat offences had brought along". VAN DER AA, Suzan, "Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?", Springer, vol. 18, 2012, pp. 183-184

¹⁰⁹ Para la LOVG el requisito que diferencia a este tipo de víctimas de las víctimas de otros delitos es la existencia de una relación de afectividad con un reparto de roles sustentado en la desigualdad.

¹¹⁰ Debido a esta relación, muchas veces tienen hijos en común. ECHEBURÚA y DEL CORRAL inciden en el hecho de que la violencia contra la pareja afecta a los hijos, aunque no exista un maltrato directo sobre éstos pues viven en una esfera de miedo e incertidumbre. ECHEBURÚA, Enrique; DEL CORRAL, Paz, "Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico", en: AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón (dir.), *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Edisofer, 2010, p. 145.

¹¹¹ Existe un desequilibrio en el momento en el que una de las partes hace uso de la violencia física o psicológica de manera más o menos habitual para doblegar la voluntad de la otra.

¹¹² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, "Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable", en: BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 418.

de violencia. Además, estos factores no son solo individuales y específicos de los agresores, muchos de ellos dependerán de las situaciones donde se desarrolla el conflicto de pareja (Tabla 1).¹¹³

Tabla 1. Principales factores del riesgo de violencia sobre la mujer

Sociedad	Comunidad	Relación	Individuo
Devaluar a la mujer	Fracaso de las sanciones	Estereotipos	Falta de cuidado familiar de pequeños
Masculinidad	Códigos de honor	Código de obediencia	Trauma temprano
Violencia en los medios	Mitos	Estrés familiar	Emociones
Impunidad	Derecho adquirido	Recompensa	Creencias
	Discriminación	Oportunidad	Yo-masculino
	Bolsillos de la pobreza	Aprobación de los iguales	Sexo despersonalizado
			Abuso de estímulos (alcohol y drogas)

Fuente: Martínez García, Elena (En prensa, 2019).

Cuando a una persona le roban el coche quiere recuperarlo lo más intacto posible y, mientras le dure la indignación por el delito sufrido, también querrá que el individuo que le ha robado sea castigado por ello y - a poder ser- que vaya a la cárcel. Y estas motivaciones no van a diluirse a

¹¹³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op. cit, pp. 83-84.

lo largo del tiempo, ni se matizarán, ni se abandonarán y recuperarán cíclicamente a lo largo del proceso. Las motivaciones de la víctima son congruentes con el funcionamiento de la maquinaria policial y judicial de la persecución del delito y castigo del culpable. Nadie siente nada por nadie. La víctima no parará hasta que recupere el coche y el victimario sea condenado, salvo que el transcurso del tiempo sin encontrar al culpable traiga consigo la prescripción del delito y, consecuentemente, la cesión del interés del Estado en la persecución de la infracción. Su motivación tampoco desaparecerá, en todo caso se verá diluida por el hastío de la burocracia unida al paso del tiempo hasta que logre, en su caso, lo que siempre ha sido su lógico e inquebrantable objetivo: recuperar el coche y que el culpable pague por ello. La víctima de un robo no va a abrazarse llorando al ladrón en la puerta de los juzgados, no va a pedir al juez que le permita vivir con el ladrón, no va a llamar por teléfono al ladrón pidiéndole que vuelvan a intentarlo y asegurándole que va a confiar ¹¹⁴ en que no vuelva a robarle, ni pedirá el indulto para el ladrón en caso de que

¹¹⁴ La víctima de violencia de género regulada en la LOVG en muchos casos todavía quiere a su victimario. Lo que la víctima querría es que su pareja deje de maltratarla y continuar juntos. No obstante, tal y como nos indica LAURENZO COPELLO, la apuesta por la terapia del agresor desde siempre ha despertado una gran resistencia entre los sectores relacionados con la violencia de género, indicando que es ésta una forma de desviar fondos y esfuerzos hacia el responsable del maltrato en lugar de destinarlos a sus víctimas. Pero aquellos que defienden esta postura pierden de vista que estas medidas repercuten en beneficio de la víctima. Además, el derecho penal está llamado a cumplir una función resocializadora que no puede quedar vedada a determinados autores por más que su acto sea considerado particularmente reprochable. Es más, estas posturas no solo perjudican la finalidad de reducir al máximo las fuentes de violencia contra las mujeres, además resultan contradictorias con las mismas bases del discurso feminista que busca una sociedad más pacífica, tolerante y respetuosa. En: LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2005, p. 9.

finalmente sea condenado. La víctima de un robo no hará nada de eso porque no quiere al ladrón,¹¹⁵ si lo quisiera viviríamos en el mundo al revés.¹¹⁶ Pero la maquinaria policial y judicial¹¹⁷ diseñada por el legislador para combatir la violencia en el marco de una relación de afectividad o en el hogar (pareja presente o pasada, hijos, padres, abuelos, nietos, hermanos...) opera igual que la que opera para la persecución de un robo.

Y, a diferencia de lo que ocurre en el robo o en el resto de infracciones penales de carácter público, en estas infracciones la víctima sí

¹¹⁵ Un tema que ha despertado un gran interés en las últimas décadas es conocer por qué la víctima de maltrato se queda junto a su victimario, o reanuda la convivencia en múltiples ocasiones. Solo conociendo estas causas podremos prever y prevenir las futuras agresiones. Sobre este tema, puede leerse: AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique, “Claves Psicosociales para la Permanencia de la Víctima en una Relación de Maltrato”, *op. cit.*, pp. 97-104.

¹¹⁶ “The notion of victims and the procedural rules governing their position, powers, and ensuring their protection are also affected by cultural and social factors. The decision on how the relationship between the victim and the offender should be shaped and how central the role of the victim in the trial has to be entails a certain view of crime and the function of criminal law in a society”. FICHERA, Massimo, *The status of the Victim in European Union Criminal Law*, Eurim The European Criminal Law Associations’ forum, 2011, p. 81.

¹¹⁷ A propósito de la maquinaria judicial y de las funciones del derecho penal, “El derecho penal actúa después de cometidos los delitos para encontrar una solución legal y evitar la justicia por mano propia, pero, además, para prevenir nuevos delitos. El problema es que la función de prevención no incumbe a la administración de justicia (función retributiva con fines preventivos) sino al Poder Ejecutivo, que la ejerce mediante la Policía, agencias de inteligencia, etcétera. La confusión a veces se produce por esa finalidad preventiva que se exige al derecho penal para que las penas puedan ser consideradas algo más que simple retribución. Esa *finalidad preventiva* de las penas se dirige a la sociedad en general y, en principio, no tendría relación directa con la *función de prevención* del delito que tiene el Estado. ¿Pero es esta cuestión tan clara, es esta separación tan tajante?” GALAIN PALERMO, Pablo, “Prevención del delito en una sociedad con miedo”, Disponible en: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2018/5/prevencion-del-delito-en-una-sociedad-con-miedo/> (última consulta: 02-07-2019).

quiere a su agresor.¹¹⁸ Estas características hacen que el riesgo inherente a las víctimas de violencia de género sea diferente al riesgo de víctimas de delitos comunes. Y es precisamente debido a este riesgo que, sentencia VAN DER AA, las víctimas de crímenes repetitivos por el mismo agresor muestran una necesidad adicional de protección frente a la reincidencia.¹¹⁹

De acuerdo con LORENTE ACOSTA es la combinación de los factores identitarios (individuales) con los sociales (mitos, estereotipos, creencias y prejuicios) la que hace que la violencia de género forme parte de los denominados crímenes morales. Éstos se diferencian de los instrumentales porque mientras que los crímenes morales se llevan a cabo para defender ideas, valores y creencias que dan sentido a la persona que comete esos crímenes; los instrumentales se realizan para conseguir algo material a cambio. La consecuencia del crimen moral es que uno de los principales elementos del derecho para la prevención del delito, el miedo a la sanción, se pierda. Consecuentemente, se disminuye su eficacia en la prevención y protección. El componente moral del delito es el que hace que un importante porcentaje de agresores machistas se entregue voluntariamente a la policía tras el homicidio, que se suicide o que persista

¹¹⁸ ORGA LARRÉS, J.C., *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 21-22.

¹¹⁹ “Research findings indicate that one of women’s primary concerns in seeking legal intervention is protection for themselves and their children”. VAN DER AA, Suzan, “Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, p. 184.

en el incumplimiento/quebrantamiento de las medidas de protección previamente impuestas.¹²⁰

En la STS 342/2018 de 10 de Julio de 2018¹²¹ el TS considera que en el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153.1 CP la pena de prohibición de aproximación debe ser impuesta imperativamente al ser una infracción de las comprendidas en el artículo 57.2 CP. Sustenta su opción en la exposición de motivos de la ley 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Dicha exposición afirmaba el alcance pluridisciplinar de este tipo de violencia y la necesidad de abordarlo con medidas preventivas, asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, así como medidas incentivadoras de la investigación y legislativas orientadas a disuadir de la comisión de nuevos ilícitos. El Tribunal es consciente del mayor riesgo implícito parejo a este tipo de delitos. El maltrato de obra sin causar lesión en otros tipos de delitos no habría supuesto la necesidad de imponer una medida de protección a la víctima, o directamente no habría revestido los caracteres de delito. En cambio, en los casos de violencia de género, debido al especial riesgo de las víctimas, el tribunal decide que debe ser impuesta la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima.

¹²⁰ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 152.

¹²¹ STS núm. 342/2018, de 10 de julio de 2018 (TOL 6.670.815).

Vemos un especial riesgo también en la STS 542/2018 de 12 de noviembre de 2018.¹²² En este caso existía una investigación penal abierta por malos tratos habituales sobre la esposa e hijas menores -que hacía que éstas vivieran sometidas a la dominación del acusado- y por agresiones sexuales sobre la esposa y una de las hijas menores. A pesar de existir una prohibición de acercarse a menos de 200 metros a su esposa y sus hijas, así como una prohibición de comunicarse con ellas por cualquier medio. Y pese a las advertencias expresas de las posibles consecuencias de su incumplimiento, el mismo día que fue dictado el auto de prohibición de acercamiento y comunicación, el agresor, conduciendo, se cruza con su esposa, reduce la velocidad y mira fijamente a su esposa y una de sus hijas para originar miedo y ansiedad en éstas. Un mes después, vuelve a parar el coche, esta vez en el parque en el que estaba la hija pequeña jugando con una amiga, y se queda mirando fijamente a ésta, que también se asustó. En este caso las medidas de protección no han servido para evitar el contacto del agresor con sus víctimas pues, debido a que el victimario conocía sus rutinas, en menos de un mes desde que ésta fue dictada la quebranta en dos ocasiones. Este quebrantamiento no trajo consigo nuevos delitos, más allá de contravenir lo dispuesto por la autoridad judicial, pero deja patente la ineficacia que muchas veces tienen estas medidas en casos de violencia interpersonal.

En la STS 282/2018 de 13 de junio,¹²³ la ex pareja no solo quebranta una orden de alejamiento en vigor, llega incluso a disparar repetidas veces a su ex mujer, siendo que su hijo común, menor de edad, es testigo de la

¹²² STS núm. 542/2018, de 12 de noviembre de 2018 (TOL 6.921.780).

¹²³ STS núm. 282/2018, de 13 de junio de 2018 (TOL 6.639.816).

tentativa de asesinato al verlo todo desde la ventana. La víctima había cambiado su domicilio desde la localidad de Zaragoza a la de Alicante. Este cambio de domicilio evidencia las medidas de autoprotección que muchas veces deben tomar las mujeres víctimas de violencia de género que se ven obligadas a cambiar su residencia ante este tipo de hechos, situación que también afecta a los menores que deben cambiar su habitación, costumbres y amigos. Las víctimas deben salir de sus hogares para evitar el riesgo de que la reacción de sus ex parejas sea mayor y pueda incluso llegar a un intento de acabar con sus vidas. No fueron suficientes las medidas de autoprotección, pues el agresor llegó efectivamente a consumar una tentativa de asesinato. Con el quebrantamiento de la medida de protección existente, así como el hecho de que el agresor conociese bien la casa en la que su ex pareja estaba viviendo tras la ruptura (al ser la casa de sus suegros, es razonable pensar que éste hubiera pasado temporadas en ésta y así supiera donde guardaban la escopeta con la que disparó a su ex pareja) vuelve a quedar patente el mayor riesgo de las víctimas de violencia de género.

En cambio, en la STS 398/2019 el TS no entra al fondo del asunto al indicar que *“los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de los hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia”*. Existiendo una medida de protección en vigor, víctima y agresor vuelven a convivir juntos. El juzgado de instancia condena por quebrantamiento pues indica que existía una aptitud para conocer que las

prohibiciones estaban vigentes. En cambio, la AP absuelve porque considera que existió un error que suprimiría el dolo (al pensar ambos que con haber indicado que querían dejar sin vigencia la medida de protección, ésta debía dejar de estarlo). El TS en reiterada jurisprudencia ha indicado que el consentimiento de la víctima no puede sustituir la voluntad judicial. No obstante, en este supuesto no entra a conocer al tratarse de una casación contra sentencia absolutoria.¹²⁴

1.3. El instrumento de la orden de protección

En este apartado analizaremos la OP como instrumento al servicio de las víctimas, pilar necesario para comprender los cambios en el derecho penal europeo del siglo XXI –desarrollado en el bloque siguiente- y el mayor protagonismo de las víctimas en el proceso. La mayoría de personas que acuden a juzgados especializados en violencia intrafamiliar lo hacen buscando la emisión de una OP. Estas medidas pueden tener un carácter temporal o definitivo.¹²⁵

Las órdenes de protección forman parte de la prevención terciaria, es decir, medidas dirigidas a evitar que se vuelva a producir una nueva agresión, una vez que se han producido otras agresiones previas. Una forma mediante la que la protección de las víctimas puede ser garantizada es incapacitando físicamente a sus agresores, esto es, privándolos de libertad para que dejen de atacar o amenazar a sus víctimas. Una alternativa menos

¹²⁴ STS núm. 398/2019, de 14 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:398).

¹²⁵ SALAS, Luis; CAZARO JOHANNIG, Ana Teresa, “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU”, *op. cit.*, pp. 42-43.

invasiva son las órdenes de protección, en cuyo caso una autoridad judicial ordenará a la persona violenta que debe dejar a *su* víctima en paz.¹²⁶

La OP tiene su origen en la *protection order* utilizada en Estados Unidos o Australia.¹²⁷ Podemos definirla¹²⁸ como el mandamiento emitido por un juez para proteger a una persona frente a otra con validez para todo el territorio estatal. La *protection order* está compuesta por una serie de obligaciones que su destinatario deberá cumplir, so pena de quebrantamiento, como pueden ser la prohibición de poseer armas de fuego o la prohibición de mantener contacto directo o indirecto con el sujeto pasivo de la orden. Su ámbito y duración variará en atención al peligro para la víctima que el juez aprecie. La *protection order* transmite dos mensajes importantes al agresor. El primero es un aviso formal de que su conducta es inaceptable y, aunque todavía no le pueda ser impuesta una pena -el derecho

¹²⁶ Traducción libre de: “One way in which protection can be procured is by physically incapacitating violent persons: by placing them in detention they can be prevented from attacking or harassing their victims anew. A less invasive alternative, however, is to issue a protection order, in which case a judicial authority orders the violent person to leave the victim in peace”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁷ Entre otras, las páginas web de Michigan y del condado de Kent o del Estado de Nueva York, que contiene un sistema interactivo para que el ciudadano solicite la Orden de Protección: https://www.nycourts.gov/courts/nyc/family/faqs_domesticviolence_sp.shtml (última consulta 02-07-2019).

¹²⁸ Encontramos una definición amplia y omnicompreensiva en los informes POEMS “A protection order is a decision, provisional or final, adopted as a part of a civil, criminal, administrative or other procedure, imposing rules of conduct (prohibitions, obligations or limitations) on an adult person with the aim of protecting another person against an act that may endanger his/her life, physical or psychological integrity, dignity, personal liberty or sexual integrity”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 5.

penal debe ser la última ratio tras un juicio justo con respeto del principio de contradicción y demás garantías procesales básicas-, si cabe imponerle una restricción a su libertad mediante la *protection order*. El segundo mensaje es que la orden ha sido dictada por una autoridad y que debe ser respetada. En caso de persistir en su actitud y no cumplirla en sus términos puede ser castigado por ese motivo.

Los diferentes EEMM de la UE albergan una gran cantidad de instrumentos de órdenes de protección. Resulta curioso que, siendo éste un instrumento jurídico utilizado en la totalidad de EEMM,¹²⁹ los diferentes esquemas¹³⁰ de protección en los EEMM de la UE nunca antes hubiesen sido el sujeto de un estudio en profundidad ni a nivel legislativo ni a nivel doctrinal (Tabla 2).¹³¹

¹²⁹ “At least since Thomas Hobbes’ *Leviathan* we have known that man is man’s wolf and that it is the task of the State to tame the wolf. An effective tool of the modern State to fight violence within its society preventively (and not only retrospectively by sanctions, punishment and damages) are protection measures which are available in growing number of legal systems and allow persons whose physical or psychological integrity is endangered to apply for an order restraining the person causing the danger from certain acts”. DUTTA, Anatol, “Cross-border protection measures in the European Union”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, núm. 1, 2016, p. 169.

¹³⁰ A propósito del riesgo, resulta curioso el caso de Reino Unido e Irlanda, donde una OP puede ser impuesta incluso aunque el acusado haya sido absuelto. En el caso de Irlanda, puede imponerse una OP de hasta 7 años sin necesidad de que la persona haya sido condenada. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, pp. 35-36; p. 50 y p. 63.

¹³¹ VAN DER AA, Suzan, “Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, p. 188; VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 105.

Tabla 2. Supuestos para la adopción de medidas de protección en los EEMM

EM	VP		VD	Acoso	MF	Trata	VS	Otros
	H/M	ms						
AT, Austria	X	X	X	X			X	X
BE, Bélgica	X	X	X	X	X	X	X	X
BG, Bulgaria	X	X	X	X	X	X	X	
CY, Chipre	X		X			X	X	
CZ, República Checa	X	X	X	X		X	X	X
DE, Alemania	X	X	X	X			X	X
EE, Estonia	X	X	X	X	X	X	X	X
EL, Grecia	X		X					
ES, España	X	X	X	X	X	X	X	X
FI, Finlandia	X	X	X	X	X	X	X	X
FR, Francia	X	X	X	X	X	X	X	X
HR, Croacia	X	X	X	X	X	X	X	X
HU, Hungría	X	X	X	X	X	X		X
IT, Italia								
LT, Lituania	X	X	X	X	X	X	X	
LU, Luxemburgo	X	X	X	X			X	
LV, Letonia	X		X	X	X	X	X	X
MT, Malta								
NL, Países Bajos	X	X	X	X	X	X	X	X
PL, Polonia	X	X	X	X	X	X	X	X
PT, Portugal	X	X	X		X	X		
RO, Rumanía	X	X	X	X			X	X
SE, Suecia	X	X	X	X	X		X	
SI, Eslovenia	X	X	X	X			X	X
SK, Eslovaquia	X		X	X	X	X	X	X
UK, Reino Unido								

VP: Violencia Pareja; VD: Violencia Domestica; MF: Matrimonios Forzados; VS: Violencia Sexual; H: hombre; M: mujer; ms: mismo sexo

Fuente: EPOGENDER I, p. 94 (la referencia a EPOGENDER I se entenderá siempre realizada a: FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*. Tecnos, España, 2015).

Como brillantemente sostienen los informes POEMS, a pesar de que las órdenes de protección se encuentran en las distintas agendas políticas, a día de hoy nos falta una visión global sobre cómo debe construirse la protección de las víctimas en los EEMM.¹³² A rasgos generales, el contenido de la *protection order* puede ser sintetizado del siguiente modo:

1. Los datos de las personas afectadas (víctima, victimario y terceras personas que por su relación con la víctima se estime que también deberán ser protegidas).
2. La fecha en que la orden fue emitida.
3. La fecha de expiración, en caso de que la orden la tenga (no siempre resulta posible saber cuándo va a expirar la situación de peligro).
4. La firma del juez.
5. Las restricciones que debe cumplir el destinatario de la orden (que variarán en atención al riesgo objetivo apreciado por el juzgador, así como las posibilidades de que dispone el victimario para atentar contra la víctima).
6. Los datos identificativos de la autoridad emitente de la orden.¹³³

La OP a su vez puede ser de dos clases, la *peace bond* que es aquella emitida por un juez civil en el ámbito de la jurisdicción de familia; y la

¹³² “The available data, nevertheless, suggest, that there are enormous discrepancies amongst protection order laws and levels of protection across the EU. The question of whether the EPO and the EPM still able to function well in those circumstances then becomes relevant”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹³³ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Revista Xurídica Galega. Colaboracións*, núm. 39, 2013, pp. 86-88

restraining order emitida por un juez penal. En la práctica, puede recibir variadas denominaciones como *stay away order*, *order of no contact*, *injunction for protection*, *harassment order*, *restraining order*, *stalking protection order*, *orders not to abuse*, etc.¹³⁴

Definir qué es una OP no es un asunto baladí. OLIVERAS JANÉ afirma que las órdenes de protección son las medidas más extendidas y eficaces de que disponemos en la actualidad para garantizar la seguridad de las víctimas de violencia de género (nacional y transnacionalmente) pues, debido al tipo de medidas que en éstas se reconocen, se denota una relación personal, estrecha y de proximidad entre víctima y agresor.¹³⁵ Así, aunque no existe una definición universalmente aceptada podemos formular una definición con carácter general basada en las similitudes existentes entre las diferentes formas y prácticas de OPN.¹³⁶ Para incluir todos los tipos de OP

¹³⁴ “Órdenes de Protección”, disponible en: <http://www.endvawnow.org/es/articles/410-ordenes-de-proteccion.html> (última consulta: 01-07-2019); VAN DE WATERING, E.J.E. “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, 2013, p. 7; VAN DER AA, Suzan, “Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, p. 186.; DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 86-88.

¹³⁵ OLIVERAS JANÉ, Neus, “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹³⁶ “The question of how a protection order should be defined is not a straightforward one. The problem is that there is no universally accepted definition. The majority of definitions is based on national legislation which only apply to domestic situation. Given that protection orders legislation varies per country, these definitions cannot easily be transposed to other jurisdictions. If we, for instance, focus on criminal protection orders, we find that there are many means, pre-trial as well as post-trial, in which the criminal justice system can impose restraints upon a suspect or a convicted offender in order to protect the victim. In some countries the courts have the possibility to suspend the sentence under the condition that the offender desists from contacting the victim. Another option is

¹³⁷ será importante no coger una definición muy restrictiva. La definición general deberá cubrir cualquier regla o conducta impuesta para influir en el comportamiento de una persona con el ánimo de proteger a otra persona. Teniendo esto en consideración, podemos tomar como ejemplo de OP la designada por el legislador europeo que lo que busca es cubrir todas las medidas de protección existentes en los diferentes EEMM. ¹³⁸ Una definición general de OP podría ser: cualquier decisión, provisional o final, adoptada por una autoridad civil, administrativa o penal que impone reglas de conducta -prohibiciones u obligaciones- a la persona causante del peligro con la intención de proteger a otra persona de cualquier acto que pudiese

to have the courts impose a protection order as an autonomous sanction, independent of another (suspended) sentence. In yet other countries, the police can issue a formal warning, the public prosecutor can impose a protection order in exchange for a waiver from prosecution, or the courts can attach a protection order to probation or to an early release from prison. In the UK and Ireland, the courts can even impose protection orders after the acquittal of the accused. A description of a criminal protection order as: ‘a release from (preventive) custody under certain conditions’ would therefore be too narrow to capture the wide spectrum of protective measures”. VAN DER AA, Suzan, “Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, pp. 185-186.

¹³⁷ Son los ordenamientos nacionales de los diferentes EEMM los que establecen las prohibiciones concretas que pueden aplicarse en cada caso para proteger a la víctima, el ámbito de aplicación del instrumento y las autoridades encargadas de acordar y supervisar dichas medidas. OLIVERAS JANÉ, Neus, “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁸ VAN DE WATERING, E.J.E. “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, p. 8.

dañar su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad personal o integridad sexual.¹³⁹

2. La tutela de las víctimas en el proceso penal

Sorprende que, siendo las víctimas una parte tan importante en el engranaje del sistema penal,¹⁴⁰ durante siglos hayan sido las grandes olvidadas¹⁴¹ por éste. No es hasta hace relativamente poco tiempo que la figura de la víctima ha cobrado importancia.

2.1. El redescubrimiento de las víctimas

En los últimos años se está tratando de recuperar el papel de las víctimas en el sistema penal¹⁴² como sujeto de derechos, como lo es el

¹³⁹ VAN DER AA, “Protection orders in the European member states: where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.* p. 186.

¹⁴⁰ Aunque la protección de las víctimas también puede llevarse a cabo civilmente, vamos a centrarnos en el sistema penal por ser el modo en el que las víctimas en general -y las víctimas de violencia de género en particular- son protegidas en nuestro sistema jurídico.

¹⁴¹ “La víctima, olvidada en el Estado liberal del siglo XX, ha tomado un gran protagonismo en el siglo XXI, no solo debido al Estado social, sino también porque actualmente no se puede contemplar el proceso penal, como consecuencia del Estado moderno, sin la tutela de la víctima desde que se inicia un proceso penal hasta que termine. Dado que no solo impera el derecho a la libertad, y el derecho a la seguridad, sino también la protección de la víctima. Consecuencia de ello son los derechos y las garantías procesales que la trascendental norma del Estatuto jurídico de la víctima del delito en España puede traer consecuencia en su impronta y eficacia jurídica en el espacio judicial europeo, para que la protección de la víctima del delito no sea una utopía”. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La nueva orden europea de protección en España”, *La Ley Penal*, núm. 117, 2015, p. 3.

¹⁴² Advierte VIGANÒ del peligro que puede traer consigo el discurso de las víctimas si este se convierte en un discurso para la venganza. VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 464.

imputado. No se trata de contraponer los derechos de la víctima a los del delincuente, de volver a una concepción privada del derecho penal. Se trata de buscar, y encontrar, una armonía en la justicia penal.¹⁴³ Un equilibrio entre la protección de los intereses de la sociedad en general -*el ius puniendi estatal*-, los derechos del procesado y la (re)visibilización de las víctimas¹⁴⁴ en el proceso.¹⁴⁵ En definitiva, tal y como afirman BLANCO GARCÍA¹⁴⁶ y DE LUIS GARCÍA,¹⁴⁷ la víctima es ahora un sujeto social que necesita

¹⁴³ “Si antes afirmábamos que la nueva realidad del derecho penal debía buscar el equilibrio entre su función protectora de derechos y el respeto de los derechos fundamentales del reo, la aprobación del EVD conlleva la primera puesta en práctica de dicho equilibrio, de forma que se busca la creación de un espacio de interacción entre Estado, acusado y víctima, en el que, sin mermar los derechos del segundo, se reconozca la tutela de los derechos de la tercera” DE LUIS GARCÍA, Elena, *El derecho al Medio Ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 163.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ GARCÍA se muestra a favor de dar más voz a las víctimas de violencia de género para que éstas puedan contar su historia, y participar en el proceso penal, debido a que sus características particulares -quieren a su agresor- hacen que los principios básicos del proceso penal no satisfagan sus necesidades. Introducir la perspectiva de género, así como la mediación en la violencia leve puede mejorar la sensación de desafección que sienten las víctimas de VG cuando acuden a los tribunales. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable”, *op. cit.*, p. 418.

¹⁴⁵ A este respecto, refieren PIZZI y PERRON, en Alemania la mayoría de las víctimas no piensan que su participación en un juicio pueda beneficiarlas, en cambio, las víctimas de crímenes sexuales si que quieren participar. PIZZI, William T.; PERRON, Walter, “Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems”, *Stanford Journal of International Law*, p. 59; VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en: JIMENO BULMES, Mar (coord.) *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, 2014, p. 155.

¹⁴⁶ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel, “Estatuto de la Víctima del Delito. Trascendencia de una Ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 771.

¹⁴⁷ DE LUIS GARCÍA, Elena, *El derecho al Medio Ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, *op. cit.*, p. 163.

una especial protección y, para lograrla, se aúnan las finalidades propias de prevención, restauración y resocialización. Comprender el fenómeno del que hablamos exige entender su propio origen. El derecho penal nació como una forma de negación de la idea de venganza, la Ley del Talión.¹⁴⁸ Este cambio se acompañó de la asunción del monopolio estatal de la jurisdicción penal, un tercero imparcial.¹⁴⁹ Y, poco a poco, se invisibilizó a las víctimas.¹⁵⁰

Desde la década de los setenta estamos asistiendo a un nuevo protagonismo de las víctimas, aquellas grandes olvidadas por el derecho penal durante siglos.¹⁵¹ Y es esta nueva visión la que ha propiciado la aparición de normas en los distintos ordenamientos jurídicos donde se

¹⁴⁸ “Ojo por ojo, diente por diente”.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes”, en: *Tratado de mediación: mediación penal. Tomo II*, MONTESINOS GARCÍA, Ana, (ed.), Tirant lo Blanch, 2017 p. 233.

¹⁵⁰ Podríamos decir que desde los orígenes de la vida en sociedad hasta la Baja Edad Media hubo un protagonismo absoluto de las víctimas en la determinación de la reacción penal ante la victimización sufrida. En la fase más primitiva la autotutela era el único mecanismo de respuesta, más tarde se pasa a una venganza privada colectiva donde son los familiares de las víctimas aquellos que deciden el castigo del culpable. Surge la ley del Talión como institucionalización de la venganza. Tras ello, siglos de publicación del sistema penal terminan con la asunción por parte del Estado del *ius puniendi* y la progresiva neutralización de las víctimas hasta convertirlas en un personaje secundario y completamente prescindible. PÉREZ RIVAS, Natalia, “Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: Especial referencia al Derecho Español”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 2-7.

¹⁵¹ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Capítulo X: Cooperación judicial penal, tutela de la víctima y justicia restaurativa”, en: GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 411-419.

legisla atendiendo a su seguridad, a sus miedos. En el debate público se mantiene un discurso pro víctima que busca la adopción de políticas de seguridad, discurso que recurre frecuentemente al mensaje de que “todos somos potenciales víctimas de los delitos”¹⁵² y que es necesaria una mayor prevención para conseguir mayor seguridad. La protección de la víctima era una asignatura pendiente,¹⁵³ pero “no debe manipularse para favorecer un discurso del odio, del otro, el enemigo que, bajo el pretexto de la defensa de las víctimas, alienta un inhumano endurecimiento de la respuesta penal. Muestras de esta tendencia son la reinstauración de las penas de muerte y de la cadena perpetua o el alargamiento de las penas de prisión (...) la tutela de las víctimas no puede llevarse a cabo a costa de la justificación de un endurecimiento perverso e inhumano de las respuestas penales. Esto es, venganza, uso y abuso del sistema penal, populismo punitivo¹⁵⁴ y, sobre todo, caldo de cultivo de más violencia, más agresión y más frustración”.¹⁵⁵

¹⁵² “No olvidemos que víctima de un delito podemos serlo cualquiera (...) de hecho la Comisión Europea estima en unos 75 millones de personas las que son víctimas de delitos cada año”. VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, *op. cit.*, p. 153.

¹⁵³ “Historically, European legal systems have been more concerned to ‘recover’ guarantees for suspects-defendants rather than to enact measures for the protection of victims”. GAETA, Piero, “A ‘Neglected Appendage’: Reflections on the Difficulties of Victim Protection in EU Law”, en: RUGGIERI, Francesca (ed.) *Criminal Proceedings, Languages and the European Union. Linguistic and Legal Issues*, Springer, 2014, p. 199.

¹⁵⁴ Define este fenómeno BARONA VILAR al indicar que el modelo penal del Estado de bienestar, un derecho penal proporcionado, *última ratio* y garantista, ha cedido frente a un modelo “neopunitivista, ultrapunitivista, *prima ratio*”. BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hasta la neomodernidad”, *Rev. Boliv. De Derecho*, núm. 27, 2019, p. 36.

¹⁵⁵ BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal *líquida* (desde la mirada de Bauman)”, *op. cit.*, pp. 78-79.

Aunque pudiera parecer que las víctimas de violencia de género ¹⁵⁶ no forman parte de este “populismo punitivo”, ¹⁵⁷ la realidad nos muestra que, frente a los crímenes más espantosos frente a mujeres -y niños-, la sociedad despierta y pide condenas ejemplares contra la barbarie. ¹⁵⁸ Tal y como afirma BARONA VILAR, “los medios de comunicación han jugado de forma palmaria en favor de las víctimas, de modo que se propulsa una posición que genere compasión ante las víctimas inocentes, se las presenta

¹⁵⁶ En este caso vamos a utilizar el concepto género en un sentido omnicompreensivo, agresiones contra mujeres y niños en el marco de una relación de afectividad (LOVG) y agresiones contra mujeres por su género (Pacto de Estado).

¹⁵⁷ Reflexiona brillantemente GALAIN PALERMO, “El fracaso en la función preventiva y una mala decisión en la política de seguridad pública nos puede traer de regreso a la lógica del sistema inquisitivo y hacer que tengamos que convivir con un sistema procesal penal híbrido y confuso pero efectivo para calmar el sentimiento de inseguridad. Cuesta creer que no nos demos cuenta de que el remedio que se nos ofrece hoy para calmar el miedo tiene efectos secundarios y que nos traerá peores dolores de cabeza mañana, cuando ya podamos pensar mejor pero sea tarde para reencauzar el curso de las cosas. Al fin y al cabo, tendremos el sistema procesal penal y las políticas de seguridad pública que, según el grado de desarrollo social, nos merezcamos tener”. GALAIN PALERMO, Pablo, “Prevención del delito en una sociedad con miedo”, *op. cit.*

¹⁵⁸ Tras el crimen de las niñas de Alcàsser, el periódico El País publicó el Editorial “Espanto y tali3n” (1993): “La utilizaci3n del dolor de otros ni3os, compa3eros de las v3ctimas, para convertir el drama en espect3culo resulta indecente. Especialmente cuando, como ocurri3 ayer en algunos espacios televisivos, se aprovecha la tensi3n vivida por esos ni3os durante m3s de dos meses para convertirlos en heraldos de la ley del tali3n”. Disponible en: https://elpais.com/diario/1993/01/29/opinion/728262007_850215.html (3ltima consulta: 01-07-2019). Esta misma sed de venganza puede leerse en distintos Editoriales a prop3sito del caso Diana Quer (2017) populismo punitivo a costa del dolor de las v3ctimas: https://elpais.com/elpais/2018/03/14/opinion/1521045684_650337.html (3ltima consulta: 01-07-2019) o Gabriel Cruz (2018) y el contagio del odio: https://verne.elpais.com/verne/2018/03/12/articulo/1520864657_272631.html (3ltima consulta: 01-07-2019).

en los medios, se las utiliza y con ellas se manipula la opinión pública igualmente”.¹⁵⁹

De esta manera, la estrategia de lucha contra la violencia de género se suma a la “ola general de fascinación por el Derecho penal que invade al conjunto de la sociedad de nuestros días”, arrastrada por la idea de que únicamente aquellas conductas tipificadas como delito merecen un reproche social o, a sensu contrario, que todo aquello que no está prohibido (por el derecho penal), está permitido (por la moral social dominante).¹⁶⁰ Estamos viviendo una auténtica inversión del rol que tradicionalmente se le ha atribuido a los DDHH con respecto del derecho penal. Éstos habían sido concebidos como límites garantísticos frente a la potestad punitiva estatal, pero ahora son “razones que reclaman la intervención del derecho penal”. Pasamos de la perspectiva de la tutela de los DDHH contra el derecho penal a la perspectiva de los DDHH como objeto necesario de tutela penal. El acento pasa de estar en los derechos del acusado y del condenado a los derechos de la víctima de las violaciones.¹⁶¹

Está aumentando el uso de la política criminal de urgencia cuyo eje esencial es la neutralización del riesgo.¹⁶² El derecho penal se ha ido

¹⁵⁹ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 516.

¹⁶⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, 2005, p. 22.

¹⁶¹ VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 436.

¹⁶² DONINI, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 37-46.

expandiendo -lento, pero sin pausa-, ha resurgido la teoría del derecho penal del enemigo ¹⁶³ y sus límites ahora son la prevención y la seguridad, produciendo constantes adelantamientos de la punibilidad en el derecho material, la ampliación de conceptos preventivos y, tal y como BARONA VILAR indica, la creación de un nuevo “Derecho de la seguridad”. ¹⁶⁴ El Estado de Derecho se nos muestra ineficaz si no nos garantiza la seguridad. Adopta políticas preventivas, inicialmente justificadas por la lucha contra el enemigo, en las que se asume que todo aquel ciudadano que pueda representar un riesgo potencial debe ser controlado por el Estado. El Estado de Derecho deviene en “Estado de prevención” e instrumenta políticas legislativas de excepción, “las leyes del miedo”, para una sociedad asustada que pide una mayor seguridad. ¹⁶⁵ En atención a esta política del miedo, GÓNZALEZ VIADA reflexiona sobre el ELSJ en los tiempos que corren. El triángulo Libertad, Seguridad y Justicia se ha inclinado a favor de la “Europa de la seguridad”. ¹⁶⁶

¹⁶³ Ibidem, pp. 127-128.

¹⁶⁴ En esta misma línea, QUINERO OLIVARES, Gonzalo; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Sobre una política criminal común europea”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (dir.), ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, ANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.) *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 40.

¹⁶⁵ BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)”, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁶⁶ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 45-48.

Pero nos equivocamos al pensar que más derecho penal traerá consigo más seguridad. ¹⁶⁷ ¿Por qué la sociedad solo se quita la venda de los ojos ante la barbarie? Las mujeres dejarán de ser víctimas cuando la sociedad, y el derecho, dejen de poner en duda su versión, y, para ello, deberemos “reinterpretar el derecho sustantivo y procesal introduciendo la perspectiva de género”. ¹⁶⁸ Los datos estadísticos tanto a nivel europeo como nacional ¹⁶⁹ y los casos referidos son la expresión de la realidad social actual. Realidad que debe ser asumida por la sociedad: ésta debe ser consciente que en España cada año una media de 60 mujeres son asesinadas a manos de sus parejas o ex parejas. Y 600.000 son maltratadas. Una situación grave tanto por el significado como por el resultado que conlleva: los homicidios por violencia de género representan el 20% de todos los homicidios cometidos en España. En cambio, solo un 1-2% de la población la considera un problema grave. ¹⁷⁰

Como indica LORENTE ACOSTA, “ninguna actividad criminal produce tantos homicidios al año sobre un grupo definido de población, homicidios de mujeres que se llevan a cabo en el ámbito de la convivencia

¹⁶⁷ Estamos tratando un problema social que no se puede estudiar en términos dicotómicos. La prisión permanente revisable ya existía cuando asesinaron a Diana Quer, a Gabriel Cruz y a Laura Luelmo. Insistimos, nuevamente, que el derecho penal es la gestión de un fracaso. Deviene necesario que los distintos operadores sociales actúen antes de que lleguemos a estos actos de barbarie.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Los deberes del Estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, Tirant Lo Blanch, núm. 22, 2017, pp. 92-118.

¹⁶⁹ Serán tratados con más detalle en el capítulo siguiente.

¹⁷⁰ LORENTE ACOSTA, Miguel, “Justicia, género y estereotipos”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 152.

en la pareja, sin más precipitante que la violencia previa del agresor y el deseo de salir de ella de la mujer que la sufre, circunstancias que deberían llevar al rechazo unánime y absoluto por parte de la sociedad, y al apoyo de los instrumentos que buscan erradicarla”. En cambio, el debate social gira en torno a las denuncias falsas y la posible inconstitucionalidad de la ley que se interpreta por diversos sectores como un ataque a los hombres.¹⁷¹ Este debate es una prueba más de lo ingenuo que resulta pensar que el legislador va a ser capaz de cambiar la sociedad exclusivamente a golpe de BOE.¹⁷² Porque no se trata de generalizar el miedo al enemigo, se trata de acabar con el miedo a ser víctima.¹⁷³

En atención al mal sufrido por la víctima, la doctrina distingue dos tipos de victimización: primaria y secundaria. La victimización primaria agrupa aquellas consecuencias perjudiciales originadas por el delito y sufridas directamente por la víctima. Estas consecuencias pueden ser de carácter físico, económico, psicológico o social. Por lo que respecta a la victimización secundaria, son aquellos daños sufridos por la víctima en sus relaciones con el sistema penal. En este ámbito frecuentemente se produce un incremento del mal causado por el delito con daños de dimensión psicológica o patrimonial derivados de la falta de la adecuada asistencia e

¹⁷¹ Ibidem, pp. 143-144.

¹⁷² Reflexiona sobre la necesidad de cambiar la sociedad mediante la educación y no haciendo uso del castigo: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de *lege ferenda*”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2009, pp. 138-157.

¹⁷³ El miedo al riesgo invierte la relación entre pasado, presente y futuro. Debatimos acerca de algo que, de facto, no sucede, pero que podría suceder si seguimos caminando en la misma dirección. BECK, Ulrich, “Retorno a al teoría de la sociedad del riesgo”, *Boletín de la A.G.E.*, núm. 30, 2000, p. 11.

información por parte del sistema judicial penal. Es por ello que, para definir el papel de la víctima en el proceso penal, resulta necesario ir más allá de la tutela clásica derivada de la reparación del mal sufrido mediante una indemnización efectiva (victimización primaria), además deben establecerse aquellos derechos que tengan como finalidad prevenir o mitigar los daños que conlleva todo proceso (victimización secundaria).¹⁷⁴

2.2. El recurso al derecho penal para la protección de los derechos humanos

Por lo que respecta al recurso al derecho penal para proteger los DDHH, la jurisprudencia del TEDH ha llegado a desarrollos conceptuales muy similares a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁷⁵ La jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado al derecho penal como instrumento necesario de protección de algunos derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Si afirmamos que la obligación de los Estados de “respetar” los DDHH incluye también el “deber de proteger” estos derechos por medio del derecho penal, de forma preventiva -mediante la criminalización de conductas lesivas- o reactiva -mediante el ejercicio del *ius puniendi* contra el responsable de la agresión- esta idea supone un cambio radical de la función de los DDHH en el discurso penal. Tradicionalmente, éstos han sido invocados como límites a la potestad punitiva estatal, protegiendo de este modo al acusado a través de las

¹⁷⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 80-81.

¹⁷⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret*, 2016, pp. 28-29.

garantías al debido proceso y al condenado prescribiendo estándares de humanidad en el cumplimiento de las penas. Los DDHH de las víctimas actuarían como motor de expansión, obligando al Estado a ejercer su *ius puniendi*.¹⁷⁶ Es decir, se asigna al aparato estatal un papel “protector y hasta cierto punto propulsor de los derechos humanos”. Y el TEDH participa decididamente de esta concepción.¹⁷⁷

El Tribunal de Estrasburgo afirma, de manera inequívoca, que los Estados parte del CEDH tienen la obligación de tutelar ciertos DDHH haciendo uso del derecho penal. La falta de ejercicio del *ius puniendi* trae consigo una violación de las obligaciones que incumben a cada Estado de “respetar” los DDHH dentro de su jurisdicción. Así las cosas, el recurso al derecho penal ha sido considerado por el propio Tribunal de Estrasburgo como “una solución necesaria a partir de la lógica de la protección de los derechos humanos, y no en cambio como una opción abierta a la valoración discrecional de las instancias democráticas del Estado parte”.¹⁷⁸ Se ha creado un nutrido cuerpo jurisprudencial en relación con las exigencias que la investigación punitiva estatal debe satisfacer respecto de la previsión normativa, investigación, sanción y evitación de comportamientos que son

¹⁷⁶ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, pp. 311-312.

¹⁷⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁸ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 312.

gravemente lesivos de los derechos individuales que encontramos reconocidos en el CEDH.¹⁷⁹

El TEDH hizo su primera referencia a las obligaciones positivas en el asunto X e Y contra Países Bajos, de 26 de marzo de 1985.¹⁸⁰ Denunció una laguna en la legislación holandesa en los supuestos relacionados con víctimas de abusos sexuales con una disminución psíquica y la obligación estatal de tutelar el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH.¹⁸¹ Esta función protectora ha sido destacada frecuentemente como la propia razón del pacto social: “los ciudadanos renuncian a la autoprotección propia del estado de naturaleza a cambio precisamente de recibirla del Estado; una idea central en HOBBS pero presente también en el pensamiento ilustrado, el primer liberalismo y el constitucionalismo europeo y norteamericano”.¹⁸²

Apunta VIGANÒ que estas obligaciones positivas no necesariamente implican, pero sí pueden hacerlo, el deber de tutelar

¹⁷⁹ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸⁰ “Although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (...) these obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves”. STEDH X and Y v. The Netherlands, núm. 8978/80, de 26 de marzo de 1985, párrafo 23.

¹⁸¹ VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 444-448.

¹⁸² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 3.

penalmente el derecho fundamental en juego. En el asunto X e Y el Tribunal concluyó que las únicas medidas adecuadas para proteger el derecho a la vida privada de las víctimas, con disminuciones psíquicas, eran de naturaleza penal pues una tutela meramente civil como lo es la indemnización deviene insuficiente: ¹⁸³ “*effective deterrence is indispensable in this area, and it can be achieved only by criminal-law provisions*”. ¹⁸⁴ Este caso quedó aislado, hasta que a finales de los noventa empezaron a multiplicarse los fallos en los que el TEDH reconoció violaciones convencionales porque el Estado no protegía penalmente el derecho de la víctima. ¹⁸⁵

En materia de DDDFF de niños en el ámbito del hogar resulta muy ilustrativo el asunto A. contra Reino Unido de 1998. ¹⁸⁶ Se cuestionaba la amplitud del sistema penal inglés con respecto al “*reasonable chastisement*” o “*ius corrigendi*”. Con esto, se creaba un riesgo de impunidad frente a graves lesiones a la integridad física y moral de los niños en nombre de su educación. ¹⁸⁷ En este caso, el padrastro habría golpeado repetidamente a su hijastro con un bastón jardinero para castigarlo por su comportamiento, pero se benefició de la *common law reference* al

¹⁸³ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 314.

¹⁸⁴ STEDH X and Y v. The Netherlands, núm. 8978/80, de 26 de marzo de 1985.

¹⁸⁵ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 314.

¹⁸⁶ STEDH A. v. The United Kingdom, núm. 100/1997/884/1096, de 23 de septiembre de 1998.

¹⁸⁷ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 316.

“*reasonable chastisement*”. Así, el TEDH pudo establecer la responsabilidad del Estado en la ausencia de punición del hecho que condujo a la violación al derecho del artículo 3 CEDH, esto es, a no sufrir tratamientos inhumanos y degradantes.¹⁸⁸ Y condenó a Reino Unido por la insuficiente protección de los menores maltratados.

Si descendemos a la realidad nacional, comprobaremos que la necesidad de recurrir al derecho penal para la protección de derechos de carácter fundamental (la vida, la salud, la integridad, etc.) forma parte del espíritu de la LOVG, que decidió tratar la violencia contra la mujer en el hogar como un asunto público y castigar los diversos actos de violencia cometidos en el hogar con el desvalor penal que merecen. Pero como *última ratio* pues en caso contrario se estaría otorgando al derecho penal un papel de educación y concienciación social que, aunque debe ser tomado en consideración, también debe ser valorado con resistencias y no depositar en el derecho penal funciones que no le son las propias. Porque “no se trata tanto de transformar la legislación, sino de transformar la realidad”. Las acciones llevadas a cabo dentro del sistema legal no pueden por sí mismas eliminar el patriarcado si no forman parte de cambios de carácter económico, cultural y social más amplios.¹⁸⁹

¹⁸⁸ VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 449.

¹⁸⁹ BERGALLI, Roberto; BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1992, p. 47.

2.3. La protección de las víctimas en el seno de la Unión Europea

Es a finales del siglo XX que asistimos a un proceso de redescubrimiento de la víctima como uno de los protagonistas del sistema penal, reconocido por los legisladores nacionales e internacionales. Tomamos consciencia de que el proceso penal no surge simplemente para resolver un conflicto formal entre el delincuente y el Estado, sino que éste debe tutelar los derechos e intereses legítimos de las víctimas de la infracción penal.¹⁹⁰

En lo que a violencia de género se refiere, mantener el equilibrio en la balanza entre 1) el derecho de los procesados a la presunción de inocencia (24.1 CE) y 2) el derecho de las víctimas a) a que su versión no sea puesta en duda (siempre que se dé una persistencia en la incriminación, ausencia de incredibilidad subjetiva y credibilidad del testimonio)¹⁹¹ en base a estereotipos¹⁹², prejuicios¹⁹³ y falsos mitos que distorsionan la mirada de

¹⁹⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 82.; PÉREZ RIVAS, Natalia, “Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: Especial referencia al Derecho Español”, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹¹ Según doctrina consolidada, para que la declaración de la víctima pueda servir como prueba de cargo, deben cumplirse una serie de requisitos. Por todas: STS núm. 546/2008, de 23 de septiembre (TOL 1.378.491).

¹⁹² LORENTE define los estereotipos como un “sistema de creencias, atributos y comportamientos que se piensa que son propios, esperables y adecuados a determinados grupos, entre ellos las mujeres” LORENTE ACOSTA, Miguel, “Justicia, género y estereotipos”, *op. cit.*, p. 146.

¹⁹³ Entre otros, el “caso de la minifalda”. https://elpais.com/diario/1990/05/24/sociedad/643500002_850215.html (última consulta: 01-07-2019).

los operadores jurídicos, en muchos casos, de partida; ¹⁹⁴ y b) a ser protegidas por los operadores jurídicos, es uno de los objetivos del derecho procesal del siglo XXI. Pero siendo siempre conscientes de que otorgar mayores derechos a las víctimas nunca podrá suponer la reducción de los derechos del victimario. ¹⁹⁵

2.3.1. La protección europea

La obligación de proteger a las víctimas de delitos también ha sido apuntada por el legislador europeo mediante la Decisión Marco del Consejo UE de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y antecedente “lejano” de nuestro actual estatuto de la víctima. ¹⁹⁶ Esta decisión ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE ¹⁹⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012. ¹⁹⁸

¹⁹⁴ Existen innumerables prejuicios hacia las mujeres víctimas: la recurrente afirmación de que las mujeres denuncian para obtener beneficios en procesos de separación o divorcio, para vengarse o por despecho, para que los hijos no se relacionen con el padre etc. GIL, Pilar, “La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 233.

¹⁹⁵ A este respecto, puede leerse: ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Garantías procesales para investigados y acusados en los procesos penales del espacio LSJ. Balance del año 2017 (1)”, *La Ley*, núm. 2885, 2018.

¹⁹⁷ <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> (última consulta: 01-07-2019).

¹⁹⁸ Puede leerse: MOLINA CABALLERO, María Jesús, “Capítulo 9: Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2011/29/UE por la que se establecen normas mínima sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (coord.), *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 243-286.

Bloque I: Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas...

La Directiva 2012/29/UE tiene como objetivos principales garantizar que las víctimas ¹⁹⁹ de delitos reciban la información, el apoyo y la protección adecuados y que puedan participar en procesos penales en aquel país de la UE en el que se les produjo el daño. Establece así una serie de normas con carácter de mínimos para todas las víctimas de delito con independencia de su nacionalidad o estatuto de residente. Y llama a todos los países de la UE a reconocer a las víctimas de delitos su condición como tales y a que las traten de manera respetuosa, sensible y profesional de acuerdo con las necesidades de éstas y sin que pueda prevalecer discriminación de ningún tipo. ²⁰⁰

Todos podemos ser víctimas, y el ilícito penal puede sucedernos en nuestro Estado de residencia o en el territorio de otro de los EEMM. Con independencia de la situación transfronteriza, todos los ciudadanos de la UE tenemos derecho a gozar de unas normas mínimas que nos ofrezcan unos estándares de protección comunes. Y estos estándares vienen establecidos en la Directiva 2012/29/UE que contiene un auténtico estatuto europeo común de derechos y protección de las víctimas de todo tipo de delitos ²⁰¹ dentro y fuera del proceso penal. ²⁰² El ELSJ y el ejercicio legítimo del

¹⁹⁹ A propósito de los derechos de las víctimas, VICTIM SUPPORT EUROPE (VSE), Handbook for implementation of legislation and best practice for victims of crime in Europe, Victim Support Europe, Brussels, 2013, disponible en: <http://victimsupport.eu/publications/> (última consulta: 01-07-2019).

²⁰⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0027> (última consulta: 01-07-2019).

²⁰¹ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, *op. cit.*, pp. 159-160.

²⁰² Esta directiva también se aplica a las víctimas que disponen de un certificado de acuerdo con el EPM.

derecho a circular y establecerse libremente en todo el territorio de la UE ha hecho crecer el número de personas que, habiendo padecido victimización en un Estado miembro y habiendo obtenido la oportuna protección, quieren o tienen que trasladarse a otro Estado miembro, donde necesitan seguir siendo protegidas.²⁰³ Apunta VIDAL FERNÁNDEZ que, en la actualidad, aunque numerosos instrumentos normativos tanto europeos como nacionales regulan los derechos y la protección de los diferentes tipos de víctimas en la UE, las normas básicas en la materia son pocas. La autora cita hasta cuatro instrumentos:²⁰⁴ la Directiva 2012/29/UE (DV), la Directiva 2011/99/UE (DEPO), el Reglamento (UE) 606/2013 (REPM) y la Directiva 2004/89/CE (Directiva sobre indemnización a víctimas de delitos). En palabras de la autora, “dicho panorama es el resultado visible de la batalla institucional²⁰⁵ librada en defensa del derecho de iniciativa legislativa entre el Consejo y la Comisión, modificado por el Tratado de Lisboa”.²⁰⁶

LORENTE ACOSTA refiere que el planteamiento tanto de la DV como de la DEPO peca de genérico y neutral. Ambos instrumentos, aun reconociendo la existencia de peculiaridades en algunas violencias, cuando desarrollan las iniciativas lo hacen incluyendo medidas dirigidas a todas las formas de violencia y, además, consideran que la situación de todas las

²⁰³ Tanto la EPO como el EPM cumplen las expectativas de protección de las víctimas.

²⁰⁴ Tres de los cuales son objeto de estudio en este trabajo: La DV, la DEPO y el REPM.

²⁰⁵ En el mismo sentido, PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, p. 16.

²⁰⁶ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, *op. cit.*, p. 157.

víctimas es lo suficientemente similar como para no requerir medidas específicas por razón del delito y del lugar. Pero la realidad no se ajusta al marco conceptual creado por ambas directivas y, aunque la mayoría de la violencia interpersonal tiene un componente instrumental, en la violencia de género también existe un componente estructural. Esto modifica completamente el riesgo. Esta violencia se construye a partir de normas de convivencia y referencias de carácter sociocultural. Y son precisamente estas características las que hacen que los planteamientos generales y neutrales sean insuficientes para garantizar una adecuada protección a las mujeres que la sufren.²⁰⁷

Como previamente hemos indicado, nosotras vamos a centrarnos prioritariamente en la DEPO, al ser esta tesis parte de un proyecto de investigación dirigido al estudio de este instrumento, subsidiariamente también nos referiremos al REPM -instrumento complementario y excluyente- y a la DV -instrumento complementario y subsidiario-.

2.3.2. La protección española fruto de la transposición de las normas europeas al Estado español

La protección de la víctima encuentra su fundamento en los artículos 24.1 (tutela judicial efectiva) y 15 (derecho a la integridad física y/o moral) CE. Pero parece que éstos habían sido pasados por alto por parte del legislador ordinario. Y es que nuestra norma suprema impone al Estado la obligación de garantizar la protección de la víctima imponiendo las condiciones necesarias para hacer efectiva su seguridad siempre y cuando

²⁰⁷ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 149.

exista un riesgo grave de represalia o de reiteración de la violencia, esto es, garantizarles una tutela judicial efectiva a la vez que la protección física y psíquica necesaria.

El presente Estatuto de protección de las víctimas del delito data de 27 de abril de 2015 ²⁰⁸ y en su propio preámbulo nos indica que “*los antecedentes y fundamentos “remotos”* ²⁰⁹ *del presente Estatuto de la víctima del delito se encuentran en la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en el ámbito del proceso penal, incluido el derecho de protección e indemnización*”. Nace con “*la vocación de ser el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos*”.

En esta norma tiene un peso específico la protección y la participación de la víctima durante el procedimiento judicial fruto de la incorporación de la victimología y la justicia restaurativa, como nuevos marcos teóricos y doctrinales en el ámbito del derecho penal y procesal. La premisa es clara: una mayor protección de las víctimas no viene dada por la imposición de un mayor reproche penal al delincuente. ²¹⁰ Además, se introduce la noción de reparación de las víctimas como objetivo prioritario. Aunque es fundamental un proceso penal con máximas garantías para la

²⁰⁸ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606 (última consulta: 01-07-2019).

²⁰⁹ Las comillas son nuestras.

²¹⁰ BLANCO GARCÍA, Ana Isabel, “Estatuto de la Víctima del Delito. Trascendencia de una Ley”, *op. cit.*, p. 774.

persona investigada o encausada, esta idea es perfectamente compatible con el reconocimiento de mayores derechos efectivos para las víctimas durante el proceso sin que esto suponga una merma o un desequilibrio de derechos para el investigado.

Con el fin de evitar que se emitan juicios de valor sobre el modo de vida y demás aspectos que solo incumben a la esfera de lo privado de la víctima,²¹¹ el artículo 25.2.c) del Estatuto de la víctima del delito establece, en consonancia con el artículo 709 LECrim, que se podrán adoptar -como mecanismo de protección durante la fase de enjuiciamiento- “*medidas para evitar que se formulen preguntas relativas a la vida privada de la víctima que no tengan relevancia con el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el Juez o Tribunal consideren excepcionalmente que deben ser contestadas para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración de la víctima*”.

III. La problemática delimitación del sujeto pasivo de delitos de violencia de género

Llegados a este punto, el lector habrá sido consciente de la disparidad terminológica existente para referirnos a las víctimas objeto de

²¹¹ Puede leerse la siguiente reflexión sobre la “esquizofrenia” a la que las víctimas de violencia de género se enfrentan. La sociedad las anima a denunciar, pero el proceso las pone en duda continuamente y apunta a diversos motivos espurios para la presentación de la denuncia. MARTÍN AYALA, Diego; PONCE GARCÍA, Rocío, “Obligación de denunciar versus prueba de cargo de la víctima en los delitos de violencia de género. La doble victimización de las mujeres” en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11111-obligacion-de-denunciar-versus-prueba-de-cargo-de-la-victima-en-los-delitos-de-violencia-de-genero/> (última consulta: 01-07-2019).

nuestro estudio: mujeres en el marco de una relación de afectividad (presente o pasada) y niños como víctimas directas o colaterales y muchas veces “invisibles”. Esto es, las víctimas de violencia de género a las que se refiere la LOVG por ser la relación de afectividad el elemento clave para la valoración del riesgo de reiteración delictiva que hace necesaria una protección transnacional.²¹² Pero no es éste el único concepto existente, todo lo contrario. De hecho, en algunos apartados del trabajo adoptaremos una visión amplia omnicomprendensiva de las diferentes definiciones de violencia de género nacionales y supranacionales.

1. ¿Cómo definimos la violencia de género?

Uno de los principales problemas que encontramos a la hora de tratar la protección de las víctimas de violencia de género es que no disponemos de un concepto único, ni siquiera de un marco conceptual referido a la violencia contra las mujeres en el ámbito europeo²¹³ -y menos a nivel mundial-²¹⁴ siendo que la violencia contra las mujeres adopta innumerables formas.

²¹² En el mismo sentido: OLIVERAS JANÉ, Neus, “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *op. cit.*

²¹³ MERINO VÍCTOR, “La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados Miembros”, en: FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus; VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, Tecnos, España, 2015, p. 46.

²¹⁴ Paradojas propias de la protección multinivel de DDHH. Para más información a propósito de este fenómeno puede leerse: AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, *op. cit.*, pp. 112-130.

Además, observamos que el interés de los Estados por usar el derecho internacional como instrumento para luchar contra la violencia sobre la mujer es relativamente joven. La DUDH de 1948²¹⁵ mencionó la igualdad entre el hombre y la mujer, pero olvidó hacer referencia a la violencia específica y sistemática que sufren las mujeres. Como tampoco hace referencia a la violencia basada en el género la Convención de NNUU para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979.²¹⁶

1.1. Aproximación al concepto

Para aproximarnos al concepto podemos tomar como referencia la Declaración de NNUU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993, en el Marco de la Conferencia de DDHH celebrada en Viena²¹⁷ que declaró la violencia contra las mujeres una violación de los derechos humanos.²¹⁸ Este tipo de violencia es definida como “*cualquier acto que suponga el uso de la fuerza o la coacción con intención de promover o perpetuar relaciones de poder*”

²¹⁵ Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/> (última consulta: 01-07-2019).

²¹⁶ Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (última consulta: 01-07-2019).

²¹⁷ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement> (última consulta: 01-07-2019).

²¹⁸ “Immediately after the Vienna conference, the UN General Assembly passed a Declaration on Violence Against Women. The declaration stated that it would strengthen and complement the process of effective implementation of the CEDAW”. KAPUR, Ratna, “Part III: Human rights law in action”, en: MECKLED-GARCÍA, Saladín; ÇALI, Başak (eds.), *The Legalization of Human Rights. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2006, p. 105.

y de sumisión entre hombres y mujeres”, identificando tres categorías principales de violencia contra la mujer –física, sexual y psicológica-²¹⁹ que se pueden manifestar tanto en el seno de la familia como en la comunidad en general.

Dos años después, a partir de la Conferencia²²⁰ de Pekín de 1995²²¹ el fenómeno de violencia de género ha sido reconocido internacionalmente como problema social.²²² Este tipo de violencia²²³ se

²¹⁹ La violencia física entraña el uso intencional de la fuerza para dañar o lesionar a la mujer. La violencia psicológica son todos aquellos actos tendentes a controlar, aislar a la mujer, humillarla y avergonzarla. Por último, la violencia económica supone negarle el acceso a los recursos básicos o el control sobre ellos. ABRIL STOFFELS, Ruth, “España ante los ojos de la comunidad internacional: Violencia contra las mujeres y participación política femenina”, en: ABRIL STOFFELS, Ruth; URIBE OTALORA, Ainhoa (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 124-127.

²²⁰ “The Fourth World Conference on Women (...) following Nairobi in 1985, Copenhagen in 1980 and Mexico City in 1975. This conference represented the most comprehensive review of women’s rights, and progress in achieving them, to date”. SMITH, Rhona K.M., *International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 201.

²²¹ Disponible en:

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

(última consulta: 01-07-2019).

²²² ROMÁN Laura, “Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, *op. cit.*, p. 28.

²²³ La premisa fundamental para definirla es la consideración de que constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres. El “ADN patriarcal” ha hecho que esta lacra permaneciese oculta bajo la pantalla del anonimato y de una malentendida intimidad personal y familiar que consecuentemente traía la inmunidad que reviste el ámbito privado. Una coraza de silencio que, de acuerdo con los datos obtenidos por la “Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2015 es sustentada a base de miedo (26,56%), vergüenza (21,08%) y de la dificultad de transgredir las pautas culturalmente establecidas que hacen que no concedamos la suficiente importancia a la violencia sufrida (44,60%), dando lugar a “una víctima revictimizada por la institucionalización del silencio”. ROMÁN, Laura, “Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, *op. cit.*, pp. 25-26.

encuentra estrechamente relacionada con la desigualdad de género.²²⁴ La investigación feminista ha puesto de manifiesto la relación entre la violencia ejercida sobre las mujeres y la cultura dominante durante siglos de considerar a las mujeres inferiores a los hombres.²²⁵

Indica FREIXES SANJUÁN que, siendo la violencia contra las mujeres definida por NNUU como una violación de los más básicos DDHH, los Tratados internacionales de este ámbito, así como los del Consejo de Europa deben ser tenidos en cuenta para la elaboración de normas comunitarias y en la adopción de políticas contra la violencia de género.²²⁶ Pero el proceso de inclusión de una perspectiva de género en el derecho internacional de los derechos humanos fue lento. A pesar de que el principio de no discriminación por razón del sexo constituye la piedra angular en el tratado de constitución de NNUU y, aunque desde 1979 la sociedad internacional tiene una convención específica al respecto, antes fue necesario presentar esta forma de violencia dentro de un paradigma más tradicional de los DDHH como el derecho a la integridad física y la salud.

²²⁴ Encontramos una aproximación a la conceptualización del género en: CALVO, Dolores, *What is the Problem of Gender? Mainstreaming Gender in Migration and Development Policies in the European Union*, University of Gothenburg, 2013 pp. 20-28.

²²⁵ ALBERDI, Inés, “Cómo reconocer y cómo erradicar la violencia contra las mujeres” en: ALBERDI, Inés; ROJAS MARCOS, Luis, *Violencia: tolerancia cero*, Programa de prevención de la Obra Social “la Caixa”, 2005, p. 13.

²²⁶ FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Prólogo”, *op. cit.*, p. 14.

La estrategia que logró llamar la atención presenta el daño físico con una mujer víctima que necesita protección.²²⁷

La violencia contra las mujeres no es un fenómeno aislado²²⁸ ni circunstancial en las relaciones existentes entre hombres y mujeres, es un aspecto estructural de la organización del sistema social.²²⁹ No queda limitada a una cultura, región o país determinados y ni siquiera a unos precisos grupos de mujeres dentro de la sociedad. Todas las mujeres en el mundo son posible sujeto pasivo de este tipo de violencia.²³⁰ La violencia contra las mujeres asume numerosas formas como son la violencia física, sexual, psicológica, emocional, la explotación y el abuso económico. Puede ejercerse en diversos escenarios: tanto en el ámbito privado como en el

²²⁷ La víctima *ideal*, aquella persona vulnerable y con sed de venganza cuyo testimonio no será puesto en duda por la sociedad y que, desgraciadamente, no siempre cuadra con la víctima de violencia de género de la LOVG al actuar la relación de afectividad como inhibidor de la venganza. RUIZ LÓPEZ, Cristina, “Derechos procesales de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, enero-junio, 2018, p. 247.

²²⁸ “Violence against women is the greatest Human Right scandal of our time. From birth to death, in times of peace as well as war, women face discrimination and violence at the hands of the State, the community and the family. Violence against women is not confined to any particular political or economy system but is prevalent in every society in the world and cuts across boundaries of wealth, race and culture”. VLEDDER, Ingrid, “It’s in our hands. Stop violence against women”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, p. 7.

²²⁹ ALBERDI, Inés, “Cómo reconocer y cómo erradicar la violencia contra las mujeres”, *op. cit.*, p. 18.

²³⁰ En el mismo sentido, “Violence between family members has a historical tradition that goes back centuries and cuts across continents. It should come as no surprise that contemporary social scientists have proposed that in the United States and many other countries “the marriage license is a hitting license”. GELLES, Richard J., *Intimate Violence in Families*, SAGE publications, 3 Edition, 1997, p. 36.

público.²³¹ Y en un mundo globalizado²³² trasciende las fronteras nacionales.

El punto del que debemos partir es que las causas específicas de esta violencia, así como aquellos factores que aumentan el riesgo de que se produzca, están socialmente arraigadas y se vinculan al contexto general de la discriminación sistemática por motivos de género contra las mujeres.²³³ En las sociedades con un nivel de desarrollo más avanzado el tipo de violencia que más preocupa es la que se produce dentro del ámbito de la pareja por ser la forma más común de violencia experimentada por las mujeres de todo el mundo,²³⁴ siendo éste el tipo de violencia contra las mujeres en el que el legislador europeo pensó, en un primer momento, para crear una orden de protección a nivel europeo.

²³¹ Es una manifestación de la subordinación de la mujer al hombre, de las relaciones de poder históricamente designadas a cada uno de los sexos. Y esta desigualdad la vemos reflejada tanto en la vida pública como en la privada.

²³² La globalización puede también proveer oportunidades para la extensión universal de DDHH a través de un (necesario) diálogo intercultural, respetuoso con las culturas y las identidades. Esto traería consigo no solo la globalización de mercados y comunicaciones, pero también la de los más básicos derechos de las personas, contribuyendo así a la universalización de los DDHH. GÓMEZ ISA, Felipe, “Globalisation, privatisation and Human Rights”, en: DE FEYTER, Koen; GÓMEZ ISA, Felipe (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia Antwerp - Oxford, 2005, p. 27.

²³³ La vulnerabilidad de las mujeres frente a la violencia es una mera condición creada por la sociedad a lo largo de los siglos y sustentada por la falta o negación de derechos a las mujeres.

²³⁴ MARCO MARCO, Joaquín J., “La violencia de género desde una perspectiva jurídico social” en: ABRIL STOFFELS, Ruth; URIBE OTALORA, Ainhoa (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 124-132

1.2. *Diferentes definiciones (nacionales e internacionales) de víctima de violencia de género*

Pese a que la UE carece de un concepto unitario²³⁵ de violencia de género, con la consiguiente disparidad terminológica en términos de derecho procesal y penal que ello provoca entre los EEMM, existe una pluralidad de definiciones en el ámbito internacional y nacional que pueden servir de referente para una conceptualización más amplia y comprensiva de la violencia contra las mujeres. Así, se pueden adoptar como definiciones de referencia (Tabla 3):

Tabla 3. Diferentes definiciones del concepto de violencia de género

Año	Texto	Definición
1979	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación	<i>Toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Artículo 1)</i>

²³⁵ MORGAGE CORTÉS indica que la UE no ha adoptado una definición propia de violencia de género, ni ha promulgado una legislación específica que abarque el amplio espectro de experiencias que puede enmarcar este tipo de violencia, optando por remitirse a las definiciones desarrolladas por NNUU y el Consejo de Europa. MORGAGE CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, p. 31.

Bloque I: Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas...

	contra la mujer (CEDAW). ²³⁶	
1995	Naciones Unidas, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. ²³⁷	<i>Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. (Párrafo 113 Plataforma Acción de Beijing)</i>
2004	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. ²³⁸	<i>La violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. (Artículo 1)</i>
2011	Convenio sobre prevención y	<i>Una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y</i>

²³⁶ Naciones Unidas, Asamblea General "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)", Resolución 34/180 (18 de diciembre de 1979). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (última consulta: 01-07-2019).

²³⁷ Naciones Unidas, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, "Declaración y Plataforma de Acción de Beijing", (4-15 septiembre de 1995). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> (última consulta: 01-07-2019).

²³⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760> (última consulta: 01-07-2019).

	lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio Estambul). ²³⁹	<i>se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. (Artículo 3 a)</i>
2012	Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. ²⁴⁰	<i>La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor. (Considerando 17)</i>

²³⁹ Unión Europea, Consejo de Europa "Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica", (11 de mayo de 2011). Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf> (última consulta: 01-07-2019).

²⁴⁰ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2012/315/L00057-00073.pdf> (última consulta: 01-07-2019).

Bloque I: Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas...

2015	Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. ²⁴¹	<i>Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. (Preámbulo VIII)</i>
2017	Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Diciembre 2017. Documento	<i>La violencia de género es la manifestación más cruel e inhumana de la secular desigualdad existente entre mujeres y hombres que se ha producido a lo largo de toda la historia, en todos los países y culturas con independencia del nivel social, cultural o económico de las personas que la ejercen y la</i>

²⁴¹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8222 (última consulta: 01-07-2019).

	refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género. ²⁴²	<i>padecen. (...) La violencia de género es un problema de toda la sociedad. Toda la sociedad tiene que involucrarse en la búsqueda de soluciones eficaces para proteger a las víctimas, así como a sus hijas e hijos, rechazar a los maltratadores y prevenir la violencia. (1. Introducción al Pacto de Estado contra la Violencia de Género)</i>
--	--	---

Se aleja así la legislación española del concepto internacional de violencia de género. En este trabajo de investigación haremos referencia a una visión amplia omnicomprendiva tanto de la perspectiva de género que propugnan NNUU y demás instrumentos internacionales, así como la utilizada por el ordenamiento jurídico español (LOVG y Pacto de Estado). La diferencia, a grandes rasgos, es que mientras los instrumentos internacionales entienden la violencia de género como la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer por el solo hecho de ser mujer, la LOVG circunscribe la violencia de género a la ocurrida en ámbito de una relación de afectividad entre el hombre y la mujer y, además, incluye a los menores en el concepto de víctima de violencia de género.

Pero las mujeres víctimas de violencia contra las mujeres en España encuentran protección más allá de la indicada en la LOVG. En abril de 2014 España ratifica el Convenio de Estambul y, con el objetivo de ofrecer una

²⁴² Pacto de Estado contra la Violencia de Género. Diciembre 2017. Documento refundido de medidas del pacto de estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado. Disponible en: [http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_refundido_PEVG .pdf](http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_refundido_PEVG.pdf) (última consulta: 01-07-2019).

mayor protección a todas las víctimas de violencia de género -con independencia de la relación de afectividad presente o pasada- se reformó el CP a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo. Entre las numerosas modificaciones incluidas, destaca el endurecimiento de las penas en relación con los delitos de agresión sexual y de abuso sexual (artículos 180 y 181.4 CP). Además, se tipifican nuevos delitos como el matrimonio forzado (artículo 172 bis CP), el acoso (artículo 172 ter CP), el delito de *sexting* (artículo 197.7 CP) y la manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el efectivo cumplimiento de las penas y medidas cautelares o de seguridad (artículo 468.3 CP). También se incorpora el género como motivo de discriminación entre las circunstancias que pueden motivar la agravación de la pena (artículo 22 CP).²⁴³

Y en el Pacto de Estado, también de acuerdo con el Convenio de Estambul, se establece la obligación legal de incluir a todas las víctimas de violencia de género en sentido amplio dentro de las estadísticas de mujeres víctimas de violencia de género, ya que antes únicamente se recogían las víctimas en el marco de una relación de afectividad presente o pasada, dejando fuera a mujeres víctimas como Diana Quer o Laura Luelmo, ambas asesinadas por desconocidos y por motivos de género.²⁴⁴

Anticipamos que nos mostramos favorables a la definición ofrecida por la LOVG respecto del género pues, si bien es cierto que se aleja del

²⁴³ MORAGUES MUSZYNSKI, Rebeca, *Schutz der Opfer der häuslichen Gewalt: Eine Studie des internationalen und europäischen Rechts am Beispiel von Spanien und Deutschland*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Bremen, pp. 143-144.

²⁴⁴ Pacto de Estado, *op. cit.* p. 75

concepto de género ofrecido por los instrumentos internacionales, la inclusión de los menores como sujeto pasivo de este tipo de violencia, restringida al ámbito del hogar por la LOVG, es un acierto. Como apunta LAURENZO COPELLO, los menores o las personas con diversidad funcional *son* naturalmente vulnerables, en cambio, a la mujer es el agresor quien la *hace* vulnerable haciendo uso de la violencia.²⁴⁵ Además, los instrumentos de las órdenes de protección, por norma general se otorgan a víctimas que tienen o han tenido relación con su agresor por los motivos previamente expuestos.

2. ¿Cómo definimos la violencia doméstica?

El origen de la violencia doméstica es complejo.²⁴⁶ Ésta trae causa en condiciones sociales, relaciones conyugales, conflictos familiares y aspectos personales. La violencia en general -y la violencia doméstica y de género en particular- ha sido y es utilizada como un instrumento de dominio y de poder del fuerte frente al débil. Del hombre frente a la mujer. Del adulto frente al niño. La violencia doméstica/intrafamiliar/en el hogar está presente

²⁴⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁶ De acuerdo con BERENGUENAS SÁNCHEZ, podríamos preguntarnos ¿Qué es la violencia familiar? ¿Cómo empieza? También, podríamos sentir indignación ante las últimas noticias de que un niño fue agredido, o una mujer acuchillada. O concluir que la sociedad actual está en deterioro y, poco a poco, olvidarnos del tema. Pero nosotros somos parte de esta sociedad, y estamos tan marcados por ella como cualquiera. Es por ello que debemos preguntarnos ¿qué es la violencia doméstica?, ¿estamos libres de ella? Solo poniendo nombre y cifras al problema podremos conocer a nuestro enemigo. Este tipo de violencia puede definirse como los actos violentos que son ejercidos por una persona que tiene el rol marital, sexual, parental y de cuidados hacia otros, con roles recíprocos. BERENGUENAS SÁNCHEZ, María Elena, “Capítulo 9: Tratamiento y efectos de la violencia familiar en niños y adolescentes” *op. cit.*, p. 267.

de forma alarmante en las sociedades contemporáneas. Es un fenómeno extremadamente complejo, que posee dimensiones estructurales y funcionales.²⁴⁷ Este tipo de violencia a menudo se confunde con la violencia de género, y es por ello que, antes de continuar con el estudio de la violencia de género, se hace necesario definir la violencia doméstica. Así, se pueden adoptar como definiciones de referencia (Tabla 4):

Tabla 4. Diferentes definiciones del concepto de violencia doméstica

Texto	Definición
Organización Mundial de la Salud ²⁴⁸	<i>Los malos tratos o agresiones físicas, psicológicas, sexuales o de otra índole, infligidas por personas del medio familiar y dirigida generalmente a los miembros más vulnerables de la misma: niños, mujeres y ancianos.</i>
Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio Estambul).	<i>Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. (Artículo 3.d)</i>

²⁴⁷ PERAL LÓPEZ, M. Carmen, *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Granada, 2017, pp. 6-7.

²⁴⁸ Podemos encontrar las definiciones que la Organización Mundial de la Salud da sobre violencia, violencia doméstica, violencia de género y violencia en la pareja en: <http://www.msrebs.gob.es/va/ciudadanos/violencia/prevencion/indiceContenidos.htm> (última consulta: 01-07-2019).

3. Dos marcos normativos para entender la protección de las víctimas de violencia de género en la orden europea de protección: el concepto de víctima de violencia de género en el derecho español

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la víctima en su segunda acepción como la “persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita” y en su quinta acepción nos indica que es la “persona que padece las consecuencias dañosas de un delito”.²⁴⁹

Como decía BERTILLÓN, “solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se tiene en mente”.²⁵⁰ Sin duda, no disponer de un concepto unitario de violencia de género, violencia doméstica, violencia en el hogar, violencia en el marco de una relación de afectividad...complica sobremanera la investigación. A la anterior pregunta de ¿qué es la violencia de género? solo hemos sabido responder que una violación de los DDHH. Pero no es posible cifrarla pues su definición dependerá de las diferentes culturas y tradiciones jurídicas (Tabla 5).²⁵¹

²⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, disponible online en: <http://dle.rae.es/?id=blR0t2m> (última consulta: 01-07-2019).

²⁵⁰ Alphonse Bertillon, investigador en la identificación de perfiles criminales. (1853-1914)

²⁵¹ En este sentido, “Prosecution of domestic violence is generally difficult in codified legal systems on the European continent because (a) criminal codes are not well able to handle course-of-conduct offenses in which the harm is cumulative, and the single acts for which there may be evidence often draw a low penalty; (b) the evidentiary basis is often weak or is considered not strong enough to stand up to critical questioning; (c) procedural law often requires the testimony of the victim in court, and many victims decide not to make a statement; and (d) there is little confidence that sanctions will have a salutary effect”. HAGEMANN-WHITE, Carol, “Responses to Domestic Violence in Germany in a European Context. Legal Reforms and Criminal Prosecution”, en: BUZAWA, Eve S.;

La EPO fue una iniciativa española y esto hace que resulte necesario observar y comprender la legislación española para entender por qué se transpuso así a la UE. No es éste un instrumento creado desde la perspectiva europea por y para la ciudadanía europea, sino que parte de la idea que el legislador español tenía de la violencia de género y este concepto se transpone a nivel UE. Muchos de los problemas que surgen en su aplicación y falta de entendimiento por parte del resto de EEMM surgen porque un concepto español ha sido transpuesto a nivel UE sin pensar en las realidades diversas que existen en la UE.

Nuestro concepto de violencia de género, de acuerdo con la LOVG, incluye a los menores y reduce las mujeres solamente a aquellas que sufren violencia en el marco de una relación de afectividad. Incluir a los menores y reducir las mujeres víctimas de esta violencia hace que cuando tratemos el concepto género de acuerdo con nuestra legislación nos refiramos a un concepto que no manejan el resto de países europeos. La pregunta que deberíamos hacernos es qué entendemos por víctima de violencia de género. Porque lo que consideremos que es víctima de violencia de género será lo que haga que legislemos una EPO de un modo u otro. Si consideramos que víctima de violencia de género es la de trata, nunca habríamos legislado una EPO del modo en el que se legisló. En cambio, si consideramos que víctima de violencia de género es la que encontramos en la LOVG, sí que tiene sentido el modo en el que se legisló la EPO.

BUZAWA, Carl G. (eds.), *Global Responses to Domestic Violence*. Springer, 2017. pp. 94-95.

Tabla 5. Concepto de violencia de género en los distintos EEMM

EM	OOJJ con un concepto diferenciado de violencia de género	OOJJ que han incorporado el concepto de violencia contra las mujeres en forma de violencia doméstica o violencia en la pareja	OOJJ sin un concepto de violencia de género ni de violencia doméstica
AT, Austria	X		
BE, Bélgica		X	
BG, Bulgaria		X	
CY, Chipre		X	
CZ, República Checa		X	
DE, Alemania			X
EE, Estonia			X
EL, Grecia		X	
ES, España	X		
FI, Finlandia			X
FR, Francia	X		
HR, Croacia		X	
HU, Hungría		X	
IT, Italia			X
LT, Lituania		X	
LU, Luxemburgo		X	
LV, Letonia			X
MT, Malta		X	
NL, Países Bajos			X
PL, Polonia		X	
PT, Portugal		X	
RO, Rumanía		X	
SE, Suecia	X		
SI, Eslovenia		X	
SK, Eslovaquia			X
UK, Reino Unido		X	

Fuente: *Elaboración propia, EPOGENDER I, pp. 50-56*

Como veremos en las siguientes líneas, solo es posible entender la EPO partiendo del concepto de violencia de género del que partía el

legislador español al proponerla, la LOVG. La EPO es un instrumento pensado para proteger a una persona física con respecto de otra persona física, y esto hace que víctimas de violencia de género como pueden ser las víctimas de trata queden fuera porque no les va a resultar suficiente la protección frente a un agresor persona física.²⁵²

Pero este concepto está en continua evolución pues, con el objetivo de acercarse al concepto de víctima de violencia de género que dan los demás países del marco comunitario e internacional, el segundo paso que da España es la creación del Pacto de Estado donde incluye un concepto de víctima de violencia de género que complementa al de la LOVG. Pasamos a tratar brevemente los dos marcos normativos para la protección de las víctimas de violencia de género existentes en España actualmente.

3.1. Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

La violencia ejercida sobre mujeres y niños que, a los efectos de este apartado nos interesa, es la violencia ejercida sobre éstos dentro del hogar. Esto es, el concepto de violencia de género que da la legislación española en la LOVG. La malentendida doctrina jurídica de la privacidad del hogar y la inacción estatal han hecho que durante mucho tiempo no nos interesase a la sociedad aquello que sucedía en los hogares cuando sus puertas se

²⁵² Entre otros, GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37, 2015, p. 9

cerraban.²⁵³ Solo cuando las feministas popularizaron el término *lo personal es político* nos dimos cuenta de una triste paradoja: mujeres y niños²⁵⁴ sufren altas cifras de violencia en el lugar en el que más a salvo

²⁵³ Excede del objeto de este trabajo de investigación el estudio de la realidad histórico-jurídica española. Es por ello, que para una mejor comprensión de ésta nos remitimos a los siguientes: ABRIL STOFFELS, Ruth, “España ante los ojos de la comunidad internacional: Violencia contra las mujeres y participación política femenina”, *op. cit.*, pp. 26-46; ARROYO ZAPATERO, Luis, “La violencia de género en la pareja en el Derecho Penal Español”, *cienciaspenales.net*, 2007, pp. 1-15; 24-28; BUSTELO, María; LOPEZ, Silvia; PLATERO, Raquel “Capítulo 3: la representación de la violencia contra las mujeres como un asunto de género y un problema público en España”, en: BUSTELO, María; LOMBARDO Emanuela (eds.) *Políticas de igualdad en España y en Europa. Afinando la mirada*. Ediciones Cátedra UV-instituto de la mujer, Valencia, 2007, pp. 67-73; COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, Montserrat, “La aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”; CUADRADO SALINAS, Carmen; FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes, “Algunos aspectos procesales de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Feminismo/s*, 2006, pp. 143-158; GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, Fernando, “Violencia de Género, Justicia y Medios de Comunicación” en: FIGUEROLA BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Ángela; LEÓN ALONSO, Marta (dirs.) GALLARDO RODRIGUEZ, (coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*. Comares, 2013, p. 123; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Esquemas sobre procesos por violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2011; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 405-432; RODRÍGUEZ CARCELA, Rosa, “Del crimen pasional a la violencia de género. Evolución y su tratamiento periodístico” *Ámbitos*, núm 17, 2008, pp. 171-188; SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, en: ABRIL STOFFELS, Ruth; URIBE OTALORA, Ainhoa (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 168-169; VARELA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, S.A., 2008, pp. 115-125; ÁLVAREZ BEZOS, Sabina, *Violencia contra las mujeres en la Castilla del final de la Edad Media*, Ediciones Universidad de Valladolid, 2015.

²⁵⁴ Aunque desvirtúa el concepto de género de NNUU, su inclusión como víctimas deviene necesaria para entender la violencia en el hogar como un todo.

deberían sentirse, su hogar.²⁵⁵ El instrumento de la EPO tiene sentido para víctimas que conocen al victimario²⁵⁶ y es por ello que el concepto de violencia de género en el que pensaba -cuando en sus inicios, la presidencia española del PE quiso que fuese un instrumento para la protección transnacional de las víctimas de violencia de género- fue el español recogido en la LOVG. Dentro de estas víctimas, debemos distinguir entre mujeres y niños pues tienen características diferentes.

La LOVG solo es una de las múltiples respuestas penales que se podría haber dado al fenómeno de la violencia de género. Nuestro legislador del 2004 optó por un modelo de protección integral, por la prevención y por la creación de juzgados especiales para la violencia de género entre los aspectos más destacados de la ley. Se realizó una conceptualización del fenómeno acogiendo solo a “una pequeña parte de lo que es en realidad la violencia de género (...) Podrían haber sido muy diferentes las soluciones penales diseñadas y, probablemente, hubieran hecho mucho menos

²⁵⁵ “While insisting on equality for women and lack of discrimination against them in all areas of life, CEDAW did not explicitly acknowledge Human Rights abuses occurring in the private sphere, such as domestic violence, rape and sexual abuse. This was in line with the general attitude of the international community towards violence against women, considered by most governments largely as a private matter between individuals, and not as a pervasive Human Rights problem requiring State intervention”. CHARVET, John; KACZYNSKA-NAY, Elisa, *The Liberal Project and Human Rights. The Theory and Practice of a New World Order*, Cambridge, 2008, p. 208.

²⁵⁶ “The psychological dependency of the victims on their aggressors (partner or ex-partner) constitute the most important obstacle to effectively adopting/implementing protection orders”. FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states*, POEMS National Report Spain, p. 55.

ruido”.²⁵⁷ Tras quince años de la promulgación de la LOVG, y con una media de 60 mujeres asesinadas al año deviene necesario su estudio si queremos comprender qué está fallando. Desde su entrada en vigor los sucesivos Gobiernos han puesto su fuerza en la acción de la Justicia y la función Jurisdiccional situándolas como primer frente de lucha contra la violencia sexista. MARTÍNEZ GARCÍA indica que debemos reflexionar sobre si “ésta era o no la mejor estrategia a seguir, sin que por ello se ponga en duda o desvaloren la necesidad, importancia o adecuación de la LOVG. Simplemente, (...) ahora entramos en una nueva fase y debemos hacer más complejo -y también costoso- el abordaje del problema social y legal.”²⁵⁸

El legislador penal capta la mayor exposición al riesgo que tienen las mujeres respecto a los varones y les concede una protección adicional. Esto no es nada nuevo en el derecho penal, pues hace años que la ley refuerza la tutela de aquellos colectivos a los que considera particularmente vulnerables frente a determinado tipo de agresiones (menores, incapaces, extranjeros o grupos discriminados en la sociedad). Y todo ello sin que a nadie se le ocurriese hablar de discriminación prohibida contra aquellos sectores que no encuentran amparo en las correspondientes figuras penales. La diferencia entre los ejemplos expuestos y la tutela reforzada de la LOVG reside en “la resistencia de amplios sectores sociales a admitir la propia categoría de la violencia de género como dato sociológico y, con ello, el

²⁵⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, en: HURTADO POZO, José (Dir.) SILVA TICLLACURI, Luz Cynthia (coord.) Género y Derecho Penal, Instituto Pacífico, 2017, p. 145.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 142.

postulado que sitúa al sexo de la víctima -a la condición de mujer- como fuente de un riesgo específico de ser agredida por su pareja”.²⁵⁹

La LOVG reconoce en sus primeras líneas del Motivo I aquello que las organizaciones feministas llevaban siglos de historia pidiendo. La violencia de género ya no es un “delito invisible”, ésta produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social. El texto ha optado por ofrecer una definición de violencia que sea coherente a la que fue dada por NNUU en la IV Conferencia Mundial de 1995, fijando la causa de este tipo de violencia en el hecho de ser mujer, lo que nos lleva inevitablemente a identificar su origen en las relaciones patriarcales.²⁶⁰

Además, cifrar el origen de la violencia en las relaciones patriarcales ha permitido a la LOVG añadir protección a sujetos que, aunque no son el sujeto pasivo de este tipo de violencia, guardan cierta relación (menores o personas especialmente vulnerables que convivan con el autor). Continúa haciendo referencia al derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral del artículo 15 CE “*sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”, derechos que vinculan a todos los poderes públicos y solo pueden positivizarse mediante ley. De esta manera, un delito que se creó “al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema

²⁵⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 18.

²⁶⁰ “*La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”.

contra las mujeres nació (...) claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que a las auténticas causas que la generan”.²⁶¹

Y en el motivo II, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 9.2 CE en relación con el 15 CE, se hace un llamamiento a los poderes públicos para que adopten las medidas de acción positiva necesarias. Y es que, éstos “*no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra constitución*”. La exposición de motivos reconoce los avances legislativos que han ido produciéndose los últimos años, haciendo expresa referencia a las últimas medidas adoptadas en la lucha contra la violencia de género (LO 11/2003, LO 15/2003 y Ley 27/2003). Pero no considera suficientes estos avances y opta por enfocar la violencia de género de un modo integral y multidisciplinar, donde el derecho penal sea solo uno más de los muchos ámbitos en los que va a regularse este problema social, y aboga por comenzar mediante el proceso de socialización y educación. Y actuando en consonancia con lo que predica, esta ley abarca “*aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, normativa civil (...) principio de subsidiariedad en las administraciones públicas*” y en lo que al derecho penal respecta, “*aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta ley regula*”.

²⁶¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, *La violencia de género en la ley integral. Valoración político criminal*, op. cit., 2005, p. 3.

El motivo III hace un breve resumen de los más de 70 artículos y 30 disposiciones que componen la ley. AÑÓN ROIG refiere el hilo conductor de la LOVG es que “la violencia sobre las mujeres tiene causas socio culturales (...) y, por tanto, es posible modificarlas e incluso erradicarlas”. Es por ello que la LOVG opta por utilizar medidas de todo tipo: medidas destinadas a transformar valores sociales a través del sistema educativo, otras dirigidas a la formación y sensibilización de docentes y personal sanitario así como a prevenir situaciones de riesgo (protocolos para la detección precoz de la violencia de género), medidas contra los estereotipos sexistas que a diario vemos en la publicidad, medidas que faciliten la reinserción laboral de la mujer maltratada, medidas de carácter procesal y de organización de juzgados y, por último, el punto más discutido y objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, la agravación de la pena en determinados delitos con el objetivo de ofrecer una protección penal reforzada a las víctimas.²⁶²

Tras la LO 8/2015, este concepto es ampliado a los menores en base a lo indicado en el apartado VI del prólogo:

La exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el artículo 1, con

²⁶² AÑÓN ROIG, María José, “Violencia de género: un concepto jurídico intrincado”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, Valencia, 2012, pp. 31-53.

el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del artículo 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

Reflexiona brillantemente LAURENZO COPELLO al indicar que, al incluir a mujeres y menores como sujeto pasivo de este mismo delito, se da la paradoja de que quien menos encaja en la perspectiva tuitiva en la que se centran las relaciones familiares de sujeción y vulnerabilidad, en la sociedad actual, es la mujer. En pleno siglo XXI no existen razones jurídicas ni naturales que la releguen a una situación de dependencia o dominación en el contexto doméstico. Al contrario, la legislación le reconoce plena igualdad con su pareja. La situación de las mujeres no es asimilable a la de niños, ancianos. Éstos, por sus propias condiciones, ocupan una posición de partida subordinada en el ámbito doméstico. Así, mientras niños, ancianos e incapaces *son* naturalmente vulnerables, a la mujer es el agresor quién la *hace* vulnerable por medio de la violencia. La vulnerabilidad de la mujer no se debe a su posición jurídica dentro de la familia, ni a sus condiciones personales, es el “resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón -al amparo de las pautas culturales dominantes- para mantenerla bajo su control absoluto”.²⁶³

²⁶³ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 4.

Concluye la autora indicando que la causa última de la violencia de las mujeres no debe ser buscada en los vínculos familiares, ésta se encuentra en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la “ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales”. Su posición de subordinación no proviene de las relaciones familiares, tiene sus orígenes en la propia estructura social que fue fundada sobre las bases del dominio patriarcal. No obstante, es cierto que en la práctica es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia encontramos este tipo de violencia al ser allí donde adquieren mayor intensidad las reacciones entre hombre y mujer. Pero esto no puede conducirnos a la conclusión de que la familia es la causa de la violencia de género porque también las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar. “De ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debido a las causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas (...) Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice”.²⁶⁴

Al respecto, LAURENZO COPELLO se posiciona en contra de utilizar como único dato distintivo la naturaleza cuantitativa²⁶⁵ y nos indica que el problema de los razonamientos basados en estadística reside en la negativa a admitir que la violencia de género es una categoría específica de

²⁶⁴ Ídem.

²⁶⁵ De acuerdo con el informe del CGPJ previamente citado, el único motivo para tal agravación es “estadístico”.

violencia, sociológicamente definida, asociada a la posición de poder que, a día de hoy, todavía ocupan los varones en la estructura social y que, precisamente por eso, no puede tener paralelo en el sexo masculino. NNUU refiere que esta violencia “constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales (...) es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.²⁶⁶ En este mismo sentido, el PE, una violencia “sin duda vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad”.²⁶⁷ Con estos y muchos otros instrumentos internacionales avalando la especificidad de la violencia contra las mujeres apunta la autora que resulta dudoso el empeño en sostener que es éste un único asunto estadístico.²⁶⁸

Así, la tutela penal reforzada hacia la mujer puede explicarse como una legítima decisión de política criminal encaminada a protegerla frente a “un tipo específico de violencia que sólo a ella le afecta porque tiene su razón de ser precisamente en el sexo de la víctima (...) que no tiene paralelo en el sexo masculino ya que no existe una violencia asociada a la condición del varón”. Continúa brillantemente LAURENZO COPELLO, y aquí es donde reside la legitimidad de la distinción de trato, “es verdad que hay

²⁶⁶ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución Agencia General NNUU 8/104, de 20 de diciembre de 1993.

²⁶⁷ Parlamento Europeo, Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Resolución A4-250/1997.

²⁶⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 15.

mujeres que agreden a sus parejas masculinas.²⁶⁹ Pero esas agresiones son manifestaciones individuales e indiferenciadas de la violencia emergente de la sociedad que, como tales, encuentran suficiente respuesta en las figuras delictivas genéricas que contempla el Código penal (...) La exclusión del varón como sujeto pasivo (...) en nada afecta, pues, al art. 14 de la Constitución. Para que fuese posible discutir siquiera la posible inconstitucionalidad (...) sería precioso que la ley privara de esa tutela reforzada a algún colectivo que se encuentre en una situación fáctica semejante a la de las mujeres,²⁷⁰ una circunstancia que sin duda no concurre en el grupo de hombres”.²⁷¹

Además, este refuerzo en la tutela penal no merma la protección de los hombres por parte del ordenamiento punitivo.²⁷² No se les “quita”

²⁶⁹ Existen mujeres que agreden y existen mujeres que hacen un mal uso de la LOVG, usándola como instrumento de venganza. “Hemos asistido por desgracia a algunos supuestos en que el sistema ha sido pervertido, en que la violencia de género ha sido alegada y usada, maltratada y manoseada por quienes no la habían sufrido, como un instrumento de venganza. Son pocos los supuestos, pero no por ello hay que negarlos”. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, Proyecto de investigación, Segundo ejercicio de Cátedra inédito defendido en la Universidad de Valencia, 2018, p. 77.

²⁷⁰ LORENTE ACOSTA, Miguel, “¿...Y los hombres asesinados?”, Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/y-los-hombres-asesinados_b_8953808.html (última consulta: 01-07-2019).

²⁷¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁷² Ironiza al respecto LORENTE ACOSTA: “Una de esas historias, la que más pasión y seguidores concentra alrededor de la hoguera de su vanidad, es la de los hombres asesinados por las mujeres con las que comparten una relación de pareja. Hablar de mujeres asesinas ya no es suficiente, ahora hay que hablar de hombres asesinados por mujeres. Los otros, la gran mayoría de los hombres asesinados por otros hombres, no importan, parecen pensar que *ellos se lo han buscado* o que *ellos se lo han encontrado*.”

protección para dársela a las mujeres. Solo se parte de la suficiencia de las normas penales generales. Y tal vez sea la obviedad de estas circunstancias la que explica que los argumentos más drásticos para fundamentar la inconstitucionalidad se encuentran fijando la óptica del varón como autor de los delitos, en lugar de tener en cuenta las circunstancias asociadas únicamente a la mujer como víctima.²⁷³

Concluye MARTÍNEZ GARCÍA que el principio de igualdad en nuestro CP se ha impuesto *a pesar* de las cuestiones de inconstitucionalidad. Hicieron falta casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad y casi 50 sentencias para poder entender que el legislador del 2004 quiso tutelar dos

LORENTE ACOSTA, Miguel, “Hombres asesinados y mentiras resucitadas”, Disponible en: <https://blogs.elpais.com/autopsia/2013/06/index.html> (última consulta: 01-07-2019).

²⁷³ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, pp. 16-17; En el mismo sentido: no podemos negar que la inmensa mayoría de violencia desarrollada en el ámbito familiar es de hombres contra mujeres fruto de las relaciones de dominio que históricamente ejercieron aquéllos sobre éstas. No es cuestión de legislar una vez más sobre la violencia doméstica, pues esto ya se hizo en el 2003. Con la LOVG no se quiere desproteger a menores, ancianos y hombres como parte de la doctrina (y de la ciudadanía) nos indica. La LOVG deja intactos los avances legislativos realizados en esa materia y, mediante esta reforma, lo que quiere hacerse es seguir avanzando para así reconocer que las modificaciones legales no han sido suficientes para erradicar la lacra social de la violencia contra las mujeres. Esta ley parte de la base que la violencia contra las mujeres es un problema no solo penal, sino de carácter transversal, que afecta a todos los sectores de la sociedad y precisa una respuesta global, con decisiones que tengan fuerza de ley en los ámbitos publicitario, sanitario y educativo entre otros. COMAS D’ARGEMIR CENDRA, Montserrat, “La ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 4, 2004, pp. 43-78.

bienes jurídicos en el tipo de maltrato de obra y violencia habitual: 1) la integridad física /o moral y 2) la igualdad.²⁷⁴

Actualmente, la violencia en el hogar²⁷⁵ ha quedado excluida del manto privado y pasa a ser tratada como cuestión de orden público, plasmado en la consideración de los delitos en esta materia como públicos, excluyendo para su persecución la necesidad de la denuncia o querrela de la víctima.²⁷⁶ Además, con la entrada en vigor del Pacto de Estado el pasado diciembre de 2017, el concepto de víctima de violencia de género está en continua transformación.

Afirma MAGRO SERVET que los tipos penales de violencia de género y doméstica son aquellos en los que con mayor evidencia puede mostrarse el daño moral porque estos delitos se cometen en el marco de una relación. Se trata de un daño provocado por quien es tu pareja, la persona con la que convives y con quien se ha creado un proyecto de vida en común, o tus ascendientes, aquellos que deberían protegerte.²⁷⁷ El daño moral de este tipo de violencia se enraíza en una prolongación en el tiempo del hecho

²⁷⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 146.

²⁷⁵ Aunque el concepto adecuado para referirse a la violencia ejercida sobre mujeres y niños de acuerdo con la legislación española es “violencia de género”, usar el término “violencia en el hogar” es una forma gráfica de definir este tipo de violencia que normalmente sucede “de puertas para dentro”.

²⁷⁶ ARROYO ZAPATERO, Luis, “La violencia de género en la pareja en el Derecho Penal Español”, *op. cit.*, pp. 9-15.

²⁷⁷ No es un tercero ajeno a la víctima aquél que le causa el daño, esto no supondría un daño adicional más allá del propio del que dimana la responsabilidad civil del delito, y que se asienta sobre una exacta cuantía matemática de la cuantificación económica de acuerdo a baremo.

delictivo, pues a diferencia de otros hechos que son puntuales en un momento concreto donde suceden, en la violencia de género y doméstica existe una continuidad en el maltrato y en el sufrimiento de la víctima.²⁷⁸ Quien ejerce este tipo de violencia no lo hace de forma aislada y puntual, es una conducta persistente y prolongada de la que la víctima no puede salir,²⁷⁹ encontrándose en un punto de no retorno al no saber qué hacer o a dónde acudir. Se estima una media de cinco años de maltrato previos a la denuncia. La prolongación de este maltrato crea un estado de inquietud y acoso²⁸⁰

²⁷⁸ El TS también se ha pronunciado al respecto. Con respecto al contexto de dominación ha indicado que es inequívoco en el injusto de violencia psicofísica habitual, en el que se somete a la víctima a un trato violento, mediante actos repetitivos o frecuentes, creando en ella un estado de temor permanente. Por todas: SSTS núm. 1309/2005, de 11 de noviembre de 2005 (TOL781.311); núm. 677/2007, de 20 de julio de 2007 (TOL 1.124.029); núm. 962/2008, de 17 de diciembre de 2008 (TOL 1.1448.797); núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009 (TOL 1.577.909); núm. 1044/2009, de 3 de noviembre de 2009 (TOL 1.726.709) y núm. 33/2010, de 3 de febrero de 2010 (TOL 1.790.736).

²⁷⁹ El libro autobiográfico escrito por una mujer (víctima de violencia en el hogar durante 16 años) y su terapeuta muestra lo complicado que es salir del ciclo de violencia donde se juntan tanto el daño físico con el psíquico, mucho más difícil de curar. “The physical consequences of severe intimate partner violence are immediate and disturbing. Indeed, the bruises, broken bones, black eyes, and bloody lips are what generally capture the attention of the lay public, news reporters, health care professionals, criminal justice workers, and law-markers. (...) However, many victimized women report that the invisible wounds are the most detrimental and long lasting -the ones you cannot take a picture of or put a cast, ice, or a bandage on-. After Beth’s husband, Sam, shredded her hand, she noted that “my emotional pain was even greater than the physical pain” SIPE, Beth; HALL, Evelyn, *I am not your victim. Anatomy of domestic violence*, SAGE, 2 Edition, 2014, p. 257.

²⁸⁰ Estado de agresión permanente. Por todas: SSTS núm. 108/2005, de 31 enero de 2005 (TOL 648.719); núm. 105/2007, de 14 de febrero 2007 (TOL 1.050.628).

que conlleva un daño psicológico en la víctima del delito que debe sumarse al físico, perfectamente cuantificable.²⁸¹

3.1.1. Mujeres

La inclusión de las mujeres víctimas de violencia en el hogar como víctimas de violencia de género no deviene problemática pues reduce las mujeres sujeto pasivo de este tipo de violencia. El motivo de la reducción es que, en las sociedades democráticas, el hogar es el lugar en el que mayor violencia sufren.²⁸² No es ésta la única referencia que la legislación española hace al género ya que, entre otras, el CP, tras la reforma de la LO 1/2015, incluye la agravante de comisión de un delito por “motivos de género”²⁸³ en su artículo 22.4²⁸⁴ Pero la LOVG no está exenta de críticas. En opinión de LAURENZO COPELLO, el empeño en tratar el problema de las agresiones a mujeres dentro del modelo de violencia doméstica creado al amparo de la LOVG pone de manifiesto una alarmante falta de

²⁸¹ MAGRO SERVET, Vicente, “El daño moral indemnizable en la violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017, pp. 1-2.

²⁸² Este tipo de violencia ha sido denominado, de manera muy gráfica, como “una patología en la convivencia”. ECHEBURÚA, Enrique; DEL CORRAL, Paz, “Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico”, *op. cit.*, p. 135.

²⁸³ Podría aplicarse este agravante al caso Diana Quer pues ésta fue víctima de violencia de género de acuerdo con la definición de NNUU, CEDAW etc. pero no con la definición LOVG.

²⁸⁴ “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”.

comprensión del fenómeno o, tal vez, un desinterés por llegar a las causas últimas que generan este tipo de violencia.²⁸⁵

3.1.2. Niños

Si hablamos de violencia de género no podemos olvidar que los niños están expuestos directa o indirectamente a este tipo de violencia,²⁸⁶ siendo sus “víctimas invisibles”.²⁸⁷ El maltrato a los niños forma parte de

²⁸⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 7.

²⁸⁶ “Domestic violence has been recognized as an important health and social problem that can have devastating short-and long- term consequences for families. Although women are the most obvious victims, it has become increasingly clear that the impact of such violence extends to the children in these families as well. The study of children’s exposure to domestic violence, however, is hampered by several conceptual, methodological, and practical difficulties”. JOURILES, Ernest N.; MCDONALD, Renee; NORWOOD, William D.; EZELL, Elizabeth, “I. Understanding children’s exposure to domestic violence”, en: GRAHAM-BERMANN, Sandra A.; EDLESON, Jeffrey L. (eds.) *Domestic Violence in the Lives of Children. The Future of Research, Intervention and Social Policy*, American Psychological Association. Washington, DC 2002, p. 13.

²⁸⁷ FANTUZZO, John W.; MOHR, Wanda; K. NOONE, Megan J., “Making the Invisible Victims of Violence Against Women Visible Through University/Community Partnerships” en: GEFNER, Robert A.; JAFFE, Peter G.; SUDERMANN, Marlies (eds.) *Children exposed to domestic violence. Current Issues in Research, Intervention, Prevention and Policy Development*, HMTP, 2000, pp. 9-23; Al igual que sucede con la violencia sobre las mujeres, desconocemos los datos exactos de la violencia ejercida sobre los menores. El observatorio de la infancia en 2010 declaró desconocer las cifras exactas porque muchos casos no se denuncian. VEGA RODRÍGUEZ, María Teresa; MORO GUTIÉRREZ, Lourdes, “La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato”, *op. cit.*, p. 8; ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, María del Prado; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patricio, “Las víctimas invisibles de la violencia de género”, *Rev Clín Med Fam*, núm.5, 2012, p. 30.

la historia de la humanidad.²⁸⁸ Éste parte la norma social: a los hijos hay que disciplinarlos y los padres deben realizar esta tarea.²⁸⁹ No es hasta épocas recientes que, conscientes de los graves perjuicios para la salud infantil que conlleva la violencia sobre los menores, los Estados han comenzado a condenar esta forma de educar.²⁹⁰ Si retrocedemos en el

²⁸⁸ ARRUABARRENA MADARIAGA, María Ignacia; DE PAÚL OCHOTORENA, Joaquín, “Violencia y maltrato sobre menores”, en: AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón (dir.), *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Edisofer, España, 2010, pp. 165-167

²⁸⁹ “Every day in the United States five children die as a result of child maltreatment, homicide being one of the leading causes of death to individuals under the age of 18 years (Durfee and Tilton-Durfee, 1995). Child abuse and neglect is also one of the most common causes of death to young children in Australia and Britain today, with at least one to two children dying at the hands of their parents and relatives every week and a similar number being crippled for life in both countries (Creighton and Noyes, 1989; Creighton, 1992, 1995; Strang, 1992; Central Statistical Office, 1994). Parents and step-parents were responsible for the majority of the remaining fatal cases. However, for children under 10 years, three-quarters of them were killed by the parents or step-parents (Strang, 1992). These grim statistics highlight the fact that not enough is being done to protect children as exemplified by increasing number of child-maltreating families in England without social work support (Social Services Inspectorate, 1990). As a result, many children are growing up physically and emotionally scarred for life. This is despite the fact that research shows that the majority of child abuse and neglect is preventable and treatable”. BROWNE, Kevin; HERBERT, Martin, *Predicting Family Violence*, op. cit., p. 111; Apuntan HARRINGTON y DUBOWITZ que los dos principales motivos por los que no se ha trabajado más en la prevención de la violencia sobre la infancia son: 1) la poca voluntad política de priorizar las necesidades de los niños y las familias y 2) la dificultad de desarrollar programas de prevención debido a la limitada información sobre las causas del maltrato. Incluso con los avances actuales sigue siendo complicado predecir que familias tienen alto riesgo. HARRINGTON, Donna; DUBOWITZ, Howard, “Chapter 5: Preventing Child Maltreatment” en; HAMPTON, Robert L. (ed.), *Family Violence*, 2 Edition, Sage, 1999, p. 122.

²⁹⁰ “Child abuse within the family has led in the past to the erection of structures of support and supervision of parenthood, functioning mainly, however, after serious (neurobiological, neuropsychological, psychological and other developmental) damage has been inflicted on (young) children. Since (and even before) the adoption of the UN Convention on the Rights of the Child in 1989 existing ex post interventionist and repressive (stigmatizing) structures of support and supervision of parenthood have been

tiempo, veremos que su historia no varía mucho respecto de la de las mujeres.²⁹¹

Fue el caso de “Mary Ellen Winson”, en 1874, el que consiguió estremecer a la ciudad neoyorkina.²⁹² Esta niña, víctima de lo que hoy

adapted, to begin with in law, in a more pro-active and preventative direction, in several states”. WILLEMS, Jan C. M., “Children’s rights and the prevention of child abuse and neglect: the quest for a trias pedagogica of children, parents and society”, *op. cit.*, pp. 152-153.

²⁹¹ “Históricamente la consideración a los menores ha sido bastante diferente a la concepción que en la sociedad actual tiene de la infancia y sobre todo de la sociedad occidental”. En la Grecia clásica el padre tenía la vida o la muerte de sus hijos en sus manos. En Roma los niños eran propiedad del *pater familias*. En ambos casos, sus padres podían regalarlos o abandonarlos y no estaba penado. La costumbre de lisiar a los niños para que causasen lástima y pidieran limosna fue algo usual antiguamente. Los niños han sido objeto de sacrificios en rituales religiosos o sometimientos físicos, psíquicos y sexuales que hoy todavía se dan. La llegada del cristianismo influirá en el reconocimiento de algunos de sus derechos y la disminución del infanticidio. Las prácticas romanas se fueron encaminando hacia la prohibición de algunos actos, llegando incluso a considerar algunos como un delito castigado con la pena de muerte. La concepción de la propiedad de los progenitores que se tenía de los menores cambiará a partir de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Durante estos siglos se implanta por la burguesía una nueva visión familiar: la madre será la encargada de la crianza de los hijos, dándoles a éstos una atención que no existía en épocas pasadas. No obstante, la revolución industrial, y la necesidad de mano de obra barata, supuso una regresión en los derechos de la infancia. PERAL LÓPEZ, M. Carmen, *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*, *op. cit.*, pp. 174-176; Pero aquello que puede ser aceptable en un punto cardinal del planeta o en un periodo histórico concreto en términos de cuidar o disciplinar a los menores, puede no serlo en otro lugar y momento. Pegar a los hijos, considerado por algunos como casi una “prerrogativa” parental, a día de hoy se percibe como un abuso infantil. No llevar al niño al hospital o permitir que se muera de hambre es una negligencia y un delito. No siempre fue así. REID, Karen, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights. Children cases*, Thomson, 3 Edition, 2007, pp. 237-253.

²⁹² PERAL LÓPEZ, M. Carmen, *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*, *op. cit.*, p. 176; HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, *op. cit.*, pp. 26-27.

consideramos maltrato en el hogar (sus padres la golpeaban y descuidaban sus cuidados básicos), pudo salir del círculo de maltrato que vivía en su familia porque, según la leyenda, el fundador de la Sociedad para la Prevención de la Crueldad contra los Animales intervino en su nombre y persuadió a los Tribunales para que aceptasen el caso porque ella era un miembro del reino animal. La leyenda es solo eso, pero sirvió para demostrar la necesidad de servicios de protección infantil.²⁹³ En la actualidad, los niños tienen más derechos legales,²⁹⁴ pero todavía muchas cosas suceden en el interior de la familia que son desconocidas por la sociedad.²⁹⁵ La Convención sobre derechos del niño de NNUU²⁹⁶ en su

²⁹³ Traducción libre de: “What may have been acceptable in one location or at one period of history, modern or otherwise, in terms of caring for children or disciplining them, may not be socially accepted or legally permissible in another place or at another time. Whipping children or socking them with a fist, considered by some to be almost a parental “prerogative”, is now perceived as child abuse. Not taking a child for medical care or starving a child is neglect and is regarded as a criminal offense. This was not always the case. A child who was beaten and woefully neglected in New York in the 1870s was removed from the abusive family only because, according to legend, the founder of the Society for the Prevention of Cruelty to Animals intervened on her behalf ‘and persuaded the courts to accept the case because she was a member of the animal Kingdom’. The legend is just that, but it served to demonstrate the need for child protective services”. SCHWARTZ, Lita Linzer; ISSER, Natalie K., *Child Homicide. Parents Who Kill*, Taylor & Francis Group, 2006, p. 131.

²⁹⁴ LEVESQUE, Roger J.R., *Child Maltreatment and the Law. Returning to First Principles*, Springer, p. 173.

²⁹⁵ BERENGUENAS SANCHEZ, María Elena, “Capítulo 9: Tratamiento y efectos de la violencia familiar en niños y adolescentes”, *op. cit.*, pp. 269-272.

²⁹⁶ La Convención de Derechos del Niño de NNUU data de 1989. El único texto universal que existía sobre los derechos de los niños era la Declaración de Derechos del Niño de 1959, pero, como instrumento internacional, esta declaración lo es solo de principios generales aceptada por los Estados, pero sin fuerza de obligación legal. Las convenciones, en cambio, exigen una decisión activa por parte de los Estados para que la ratifiquen. MARIS GONZÁLEZ, Stella, “La protección de la Infancia en el marco del Derecho Internacional” *Cruz Roja Española*, Oficina Central, 1991, p. 50; Para más información

artículo 2 recoge que se respetarán y asegurarán los derechos²⁹⁷ enunciados en ésta con independencia de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, posición económica, impedimentos físicos, etc.²⁹⁸

La violencia contra los niños se diferencia de la violencia contra las personas adultas en el sentido de que los niños son más vulnerables y no poseen los mismos mecanismos de defensa, ni físicos, ni jurídicos, ni de conocimiento. Los niños que son víctimas de violencia por parte de aquellos adultos en los que debieran confiar muchas veces no son conscientes de su condición de víctimas porque no conocen otra realidad.²⁹⁹ Fue el plan de infancia y adolescencia (2013-2016) el que refiere que los menores deben ser incluidos como víctimas de violencia de género.³⁰⁰ Si la violencia en el

sobre la Declaración de Derechos del Niño y la Convención de Derechos del Niño puede leerse: VEERMAN, Philip E., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 159-209.

²⁹⁷ Aunque de un corte más psicológico que escapa del objeto de nuestro trabajo, resulta muy interesante el trabajo de CEREZO, TRENADO y PONS-SALVADOR sobre la prevención del maltrato infantil. Estas autoras nos indican que, puesto que el maltrato infantil constituye uno de los fenómenos psico-sociales de mayor impacto sobre la salud de la población infantil, la prevención deviene un imperativo. CEREZO, María Ángeles; TRENADO, Rosa María; PONS-SALVADOR, Gemma, “Capítulo 3: Prevención del maltrato infantil. El apoyo a los padres y sus relaciones con los hijos y el fomento de las buenas prácticas” en: GÓMEZ-BENGOECHEA, Blanca (coord.) *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia Comillas, 2009, p. 37.

²⁹⁸ Para más información, puede leerse: HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, op. cit., pp.108-173.

²⁹⁹ *Ibidem*, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, pp. 34.

³⁰⁰ Las distintas concepciones en torno a los niños como ciudadanos, sujetos de derechos, contienen un marcado carácter cultural, y el posicionamiento institucional tiende a variar de acuerdo con los cambios socio-políticos a lo largo del tiempo. En: RAMIRO, Julia, “Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia”, *UNED, Revista de Derecho Político*, núm. 95, 2016, p. 119.

hogar para las mujeres es una pesadilla, para los niños es peor que eso. Los hijos de las mujeres víctimas de violencia de género son víctimas independientemente de si sufren directamente, o no, las agresiones.³⁰¹ Estos niños (mal)aprenden muchas lecciones. Aprenden a guardar secretos de familia, aprenden a conseguir lo que quieren mediante la agresión y la manipulación. Aprenden que la gente que te quiere, te hace daño. Aprenden que la violencia, aunque dolorosa, es una parte aceptable e inevitable de la vida. La respuesta de estos niños a la violencia variará dependiendo su edad, género, fase de desarrollo y rol en la familia.³⁰²

Por todo lo expuesto hasta el momento, en un contexto social en el que los menores son, junto a los ancianos y las personas con discapacidad, las personas más vulnerables³⁰³ de la estructura familiar y, en el que padecen los abusos de aquellos que debería ser sus protectores, generalmente en silencio e indefensos,³⁰⁴ sin capacidad de denuncia o de

³⁰¹ La presencia de la violencia también es violencia. HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, op. cit., pp.47-48.

³⁰² CANTU, Melinda, “Chapter 2: The Effects of Family Violence on Children” en: K.J. Wilson (ed.) *When Violence Begins at Home. A Comprehensive Guide to Understanding and Ending Domestic Abuse*, Hunter House Publishers, 1997, pp. 30-31.

³⁰³ A propósito de la vulnerabilidad del menor puede leerse: TUR AUSINA, Rosario, “Menores y violencia de género. Reflexiones a propósito de la aprobación del plan de infancia y adolescencia (2013-2016)”, en: FIGUEROLA BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Ángela; LEÓN ALONSO, Marta (dirs.) GALLARDO RODRIGUEZ, (coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, Comares, pp. 281-291.

³⁰⁴ La violencia sobre los niños por los familiares es de las menos visibles, pero de las más recurrentes. PISANI ALTAFIM, Elisa Rachel; MARTINS LINHARES, María Beatriz, “Universal violence and child maltreatment prevention programs for parents: a systematic review”, *Psychosocial Intervention* núm. 25, 2016, p. 28; Aunque muchos niños crecen en hogares con violencia, las oportunidades de éstos de hablar sobre sus experiencias para así conseguir sustento son muy limitadas. MORRIS, Anita; HUMPHREYS, Cathy;

reacción,³⁰⁵ conviene detenerse a reflexionar sobre el tipo de violencia que sufren dentro de la familia y la frecuencia con que se presenta.³⁰⁶ Los niños y niñas, hijos e hijas de mujeres maltratadas son víctimas que también deben ser atendidas y contempladas por el sistema³⁰⁷ de protección.³⁰⁸ Lo son porque sufren agresiones -en ocasiones- indirectas y -en otras ocasiones- directas. Lo son porque presencian la violencia entre sus padres y/o porque viven en un entorno de relaciones violentas y abuso de poder.³⁰⁹ Ven y sufren a una madre maltratada en lugar de protectora. Ven y sufren

HEGARTY, Kelsey, “Chapter 1 Children’s Views of Safety and Adversity When Living with Domestic Violence”, en: STANLEY, Nicky; HUMPHREYS, Cathy (eds.), *Domestic violence and protecting children. New Thinking and Approaches*, JKP, p. 18.

³⁰⁵ Los menores que sufren malos tratos son víctimas especialmente vulnerables, en la medida en que tienen limitada su capacidad de autoprotección y de respuesta a la agresión. Siendo especialmente grave cuando esta agresión se produce en el ámbito familiar y por parte de aquellos que deberían proporcionarle protección y cuidado y a los que el menor se haya estrechamente ligado por vínculos afectivos y de dependencia vital. Comentario al Informe del defensor del menor de 2006: FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro, “Las víctimas y la perspectiva social de la violencia en la familia”, en: RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (coord.), *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson S.L., 2010, pp. 35-68.

³⁰⁶ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana, “Capítulo I. El maltrato infantil intrafamiliar: una visión general”, en: GÓMEZ-BENGOCHEA, Blanca (coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia Comillas, 2009, p. 21.

³⁰⁷ Encontramos un estudio comparado entre los diversos sistemas de protección de la infancia que surgieron en los 90 entre Inglaterra, EEUU y Australia: THORPE, David, *Evaluating child protection*, Open University Press, 1994, pp. 5-43.

³⁰⁸ Los niños expuestos a violencia de género tienen más problemas de salud que aquellos que viven en un entorno sin violencia. ALCANTARA, María Vicenta; LÓPEZ SOLER, Concepción; CASTRO, Maravillas; LÓPEZ, Juan J., “Alteraciones psicológicas en menores expuestos a violencia de género: prevalencia y diferencias de género y edad”, *Anales de Psicología*, vol. 29, núm. 3, 2013, p. 746.

³⁰⁹ En 2007 ADAMS publicó un libro tras diez años investigando los asesinatos de mujeres por su pareja. Resulta muy ilustrativo el apartado “How are the Children Affected?” Indica el autor que el 90% de las víctimas que tenían hijos con su agresor dijeron que los niños

a un padre maltratador en lugar de protector. Y este contexto que justifica, legítima y desencadena la violencia es parte en las relaciones afectivas y personales y hace que los menores internalicen ³¹⁰ un modelo negativo de relación que afecta a su crecimiento. ³¹¹

Pero a pesar de todo lo expuesto, igual que sucedía con las mujeres, el maltrato infantil en el ámbito familiar no ha sido reconocido ni considerado como supuesto ilícito hasta bien entrado el siglo XX. ³¹² Es

fueron testigos del maltrato físico y emocional que sufrían. Y dos tercios de las madres hablaron de los efectos emocionales negativos que esto provocaba a los niños, siendo la depresión y la ansiedad los más comunes. Tres cuartos de las madres dijeron que sus hijos tenían a sus padres o padrastros. Otros tomaban roles activos y, a pesar de su corta edad, defendían a su madre frente a los ataques de su pareja. Un tercio de las víctimas indicaron que sus hijos tenían sentimientos de ira o enfado contra sus padres. Otros expresaron este enfado frente a su madre, por no ser capaz de plantar cara al maltratador. ADAMS, David, *Why Do They Kill? Men Who Murder Their Intimate Partners*, Vanderbilt University Press, 2007, pp. 155-156.

³¹⁰ Desde la década de los 90 se están realizando diversos estudios acerca de la transmisión intergeneracional de la violencia. Los porcentajes de transmisión intergeneracional de la violencia cambian dependiendo de los estudios. No obstante, el porcentaje de transmisión intergeneracional de la violencia en el hogar es menor del que podría parecer. A este respecto, el estudio de HUNTER y KILMSTRON refiere que más del 80% de los padres que fueron maltratados en su infancia no maltratan a sus hijos. WALLACE, Harvey; ROBERSON, Cliff, *Family Violence. Legal, Medical and Social Perspectives*, Pearson, 7 Edition, 2014, pp. 20-24.

³¹¹ ORJUELA LOPEZ, Lilibiana, “Capítulo 10: La atención de niños y niñas víctimas de violencia de género en el ámbito familiar”, en: GÓMEZ-BENGOECHEA, Blanca (coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia Comillas, 2009, p. 187.

³¹² Sirva como anécdota este hecho: a finales del año 2006, el Ministerio del Interior dio a conocer las cifras de denuncias de maltrato infantil registradas en ese año, que ascendían a 6.400, cifra que contrasta con la del año 2001 en el que fueron 2.500 denuncias. Esta noticia fue recogida por los medios de comunicación indicando que se había triplicado la cifra de niños maltratados. Pero esta lectura de la realidad apenas rozó la superficie del problema. El hecho de que aumente el número de denuncias puede deberse a una mayor

ésta una violencia conectada con la que sufren sus madres. Si acudimos a la última macroencuesta (2015), el 63,6% de las mujeres que han sufrido violencia de género afirman que sus hijos/as presenciaron o escucharon la agresión.³¹³ Y de ellas, el 92,5% afirman que sus hijos/as tenían menos de 18 años cuando ocurrió. A su vez, de estos niños/as que presenciaron la violencia, el 64,2% la sufrieron directamente.³¹⁴ Dentro de este círculo vicioso, VAN DER AA llama la atención sobre el hecho de que una de las mayores preocupaciones de las mujeres víctimas de violencia de género es cómo van a proteger a sus hijos/as.³¹⁵ En el mismo sentido se pronuncia el FRA en 2019.³¹⁶

concienciación de la población. FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro, “Las víctimas y la perspectiva social de la violencia en la familia”, *op. cit.*, p. 50.

³¹³ MAGRO SERVET los denomina muy acertadamente “testigos silenciosos del maltrato” o “hijos del maltrato” y nos indica que estos niños “tienen la cara marcada por la incompreensión de ver como su padre le pega a su madre. (...) Sus dos seres más queridos ejerciendo el papel de víctima y verdugo, las dos “V” de la violencia de género en su propia casa. La doble V de otra V que es la más grave de las violencias que se ejerce en nuestra sociedad y que se equipara a ese terrorismo que hemos vivido en nuestro país durante años. Porque las víctimas de violencia de género tienen que ser tratadas como víctimas de un terrorismo de género que es el que sufren en sus hogares cada día, cada mes y cada año. De forma repetitiva y con las víctimas y sus hijos viviendo en una cárcel de la que no pueden salir”. MAGRO SERVET, Vicente, “200 medidas contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9029, 2017, p. 1; MAGRO SERVET, Vicente, “El daño moral indemnizable en la violencia de género”, *op. cit.*, p. 6.

³¹⁴ *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer*, año 2015, p. 120.

³¹⁵ “Research findings indicate that one of women’s primary concerns in seeking legal intervention is protection for themselves and their children”. VAN DER AA, Suzan, “Protection orders in the European member states: where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, p. 184.

³¹⁶ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 34.

En atención a esta vulnerabilidad ³¹⁷ que apuntamos, el artículo 23.2.d) del Estatuto de la víctima del delito prevé que, cuando las víctimas sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de una especial protección, y, en atención al resultado de la evaluación llevada a cabo, también puedan ser adoptadas medidas específicas para este tipo de víctimas. Éstas se adoptarán de acuerdo con lo dispuesto en nuestro ordenamiento procesal penal, siempre y cuando se estimen necesarias para evitar o limitar, dentro de lo posible, que el desarrollo del juicio se convierta en una nueva fuente de perjuicios. Entre las medidas encontramos la posibilidad de hacer uso de la prueba preconstituida durante la fase de instrucción en los términos previstos en los artículos 433, 448, 777.2, 797.2 y 739 LECrim para así eximirles de prestar declaración en el acto del juicio oral. ³¹⁸

Importante avance el de la reforma del artículo 544 ter 7 LECrim, introducida por la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, a propósito de las medidas civiles que se pueden acordar a favor de los hijos por medio de la OP y sobre cuya pertinencia en cuanto a su adopción el juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio. Esto se completa mediante la introducción de un nuevo artículo 544 quinquies LECrim con el que también se persigue afianzar aún más la tutela procesal de estos

³¹⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 23-26.

³¹⁸ Por todas: SSTC núm. 174/2011, BOE núm. 294, de 7 de diciembre de 2011 y núm. 57/2013, BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013.

colectivos más vulnerables si se investiga un delito de los mencionados en el artículo 57 CP.

Este objetivo entendemos que responde a la reciente reforma llevada a cabo en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que, tras tomar conciencia de las diferentes formas en que la violencia de género puede afectar a los menores, además de reconocerlos de forma expresa como víctimas de esta violencia (artículo 1.2 LOVG) procede a modificar otras disposiciones de la LOVG para garantizar de forma más efectiva su seguridad, integridad y recuperación integral frente a este fenómeno (artículos 61.2, 65 y 66 LOVG). Además de la importante modificación introducida en el artículo 158 CC al incluir un conjunto de nuevas medidas protectoras orientadas a su tutela específica -prohibiciones de aproximación y comunicación-³¹⁹ junto a otras disposiciones que se consideren oportunas para apartar a los menores de un peligro o evitarles perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Medidas que podrán ser adoptadas ahora con mayor agilidad e inmediatez en cualquier tipo de procedimiento penal, civil o de jurisdicción voluntaria.³²⁰

³¹⁹ Tras esta reforma, nos indica EXTEBARRÍA ESTANKONA, podría tener virtualidad práctica el EPM en España, que en un primer momento indicó sería país receptor de EPM, pero no emisor, debido a que las medidas de protección tienen/tenían carácter penal en España. ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 395.

³²⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal”, *op. cit.*, p. 26.

3.1.3. La introducción de los menores como víctimas de violencia de género, ¿error o acierto del legislador español?

Los menores *son* víctimas realmente vulnerables en el ámbito del hogar. Su vulnerabilidad se debe a su corta edad y al mínimo margen de actuación que tienen de huir, por su propio pie, de un entorno de maltrato. Éstos pueden ser víctimas directas de sus progenitores ³²¹ o parejas de sus progenitores – tanto mujeres ³²² como hombres, ³²³ aunque las estadísticas del ministerio muestran que en más del 80% ³²⁴ son víctimas a manos de hombres - pero también pueden ser instrumentalizados para hacer daño a su

³²¹ Caso Asunta Basterra. Un juzgado popular declaró, por unanimidad, culpables a sus padres adoptivos de la muerte de su hija el 21 de septiembre de 2013.

³²² Caso Gabriel Cruz. Presuntamente asesinado por la pareja de su padre el 27 de febrero de 2018, la cual confesó el crimen. Actualmente no existe sentencia firme.

³²³ Caso El Parricida de Getafe. El 20 de marzo de 2018, el padre ahogó a sus dos hijos en la bañera -el mayor con parálisis cerebral- y prendió fuego a la casa. Tras ello se suicidó. No existía denuncia previa por violencia de género, y la propia pareja indicó que no entendía como su marido pudo realizar tal acto. Pueden verse diversos artículos de periódico. Entre otros, <http://www.elmundo.es/madrid/2018/03/21/5ab25ed7268e3e75548b4711.html> (última consulta: 01-07-2019).

³²⁴ En 2008 el Centro Reina Sofía hizo público el informe “Menores asesinados por sus padres. España (2004-2007)”. Los datos se obtuvieron a partir de la recopilación de las noticias publicadas sobre los menores asesinados por sus padres entre 2004 y 2007. El estudio arrojó datos interesantes como el de que cada año mueren en España 12 menores a manos de sus padres, es decir, dos por cada millón (la mitad de ellos con una edad comprendida entre 0 y 24 meses). Entre los datos más significativos de este estudio destaca, además, que en el 85,71% de los casos de menores asesinados en el ámbito familiar, los agresores son los padres. Disponible en: http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/malt2011v4_total_100_acces.pdf; https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Centro%20RS_2007_asesinados-por-sus-padres-informe.pdf (última consulta 01-07-2019).

verdadera víctima,³²⁵ siendo especialmente relevante el caso González-Carreño,³²⁶ pues se determinó la responsabilidad del Estado español en la muerte de la menor.

En el caso de González Carreño contra España (Comunicación 47/2012)³²⁷ se denuncia que la larga historia de violencia de género vivida por Ángela González Carreño no fue suficiente para negar la custodia de su hija menor de edad a su ex pareja, padre de ésta, y, durante el régimen de visitas, éste la asesinó. Esta resolución recuerda la responsabilidad de los Estados y la vinculación entre estereotipos judiciales y derecho a un proceso no discriminatorio. A este respecto *“El comité recuerda (...) que los Estados partes tienen la obligación de adoptar medidas (...) los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica”*. En este caso se produjo una discriminación a la demandante porque las autoridades españolas aplicaron nociones estereotipadas que condujeron a no cuestionar el régimen de visitas del padre en un contexto de violencia intrafamiliar.³²⁸

³²⁵ Caso José Bretón: Con el nombre caso José Bretón se conocen los sucesos relacionados con la desaparición y muerte de los hermanos Ruth y José el 8 de octubre de 2011. El jurado popular dictaminó la culpabilidad de su padre por unanimidad.

³²⁶ Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsIEELoUVuU1rtqrRBladIK2rtkwI0P%2BIHPP1JBJn11ZoADsBZv89NuU0iAp%2Bmg%2BiLCbpxjpugoayCgYD2pL9f35JJ7Hhe6P68qD8U%2FizHsl5%2B4VjB4zp63ZP9vE%2FPiGn1A%3D%3D> (última consulta: 01-07-2019).

³²⁷ Será tratado con mayor detenimiento en el Capítulo II.

³²⁸ BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *op. cit.*, p. 135.

Es por ello que, aunque desvirtúe el concepto de género dado por instancias internacionales, consideramos un acierto el de la legislación española incluir a los menores como víctimas de violencia de género en el ámbito del hogar, así como la obligatoriedad para los jueces que ha traído consigo la ley 4/2015 ³²⁹ de pronunciarse en lo referente a las medidas de protección de los menores víctimas. En este mismo sentido, afirma HELLMÉR que es importante el reconocimiento de los niños como víctimas de violencia de género porque así éstos se visibilizan y ayudan a erradicar la violencia que se produce en el ámbito doméstico. ³³⁰

Desde que la violencia contra las mujeres salió del ámbito privado para convertirse en un asunto de interés público, ampliamente difundido por los medios de comunicación, “el legislador enfocó el problema a partir de su calificación como un caso más de maltrato familiar. Así lo expresó con toda claridad con motivo de la inclusión del primer delito de violencia habitual en el año 1989”, ³³¹ justificando la nueva figura como un instrumento para proteger “a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”. ³³² La jurisprudencia “recogió el testigo” ³³³ del

³²⁹ Número 7 del artículo 544 ter redactado por el apartado trece de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 28 abril).

³³⁰ HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, *op. cit.*, 2018, p. 279.

³³¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 2.

³³² Exposición de Motivos LO 3/1989, de 21 de julio, que modificó el artículo 425 CP.

³³³ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 2.

legislador penal y centró la mirada, y con ella también su lucha, en la preservación de la paz familiar.³³⁴ Este apoyo supuso, en opinión de LAURENZO COPELLO, la desmedida ampliación del círculo de sujetos pasivos a través de las sucesivas reformas de los delitos de violencia doméstica y, posteriormente, de género.³³⁵ Como consecuencia, la jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina donde el motivo de la tutela reforzada es proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida doméstica, y asimiladas, y de dar protección a la familia como institución reconocida y amparada en el artículo 39 CE.³³⁶

Aunque compartimos con la autora las reflexiones respecto de la ampliación de los sujetos pasivos y la consiguiente desnaturalización del concepto género, pensamos que para luchar contra la violencia de género en el ámbito familiar es necesario incluir y visibilizar a los menores. Además, en la concesión de órdenes de protección a víctimas de violencia de género, no podemos dejar fuera a los menores.

3.2. Pacto de Estado contra la Violencia de Género

Podemos afirmar que el legislador del 2004 fue valiente y, frente a las resistencias que ofrecía nuestra sociedad, se decidió a crear una norma

³³⁴ Entre otras: SSTS núm. 1366/2000, de 7 de septiembre de 2000 (TOL 4.920.341); de 11 de marzo de 2003 (TOL 385.231); SAP Valencia, Sección quinta, núm. 316/2004, de 11 de octubre de 2004 (TOL 549.910).

³³⁵ LAURENZO COPELLO, Patricia, “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.) Serta. In memoriam Alexandri Baratta *Ediciones Universidad de Salamanca*, 2004, p. 834.

³³⁶ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 2.

que reconociera que no estábamos ante una cuestión doméstica, sino de género. Por eso, el artículo 1 LOVG fue “tan importante y tan complejo, levantando tantas ampollas entre sus aplicadores que, a día de hoy, parece que siguen sin entender algunos de ellos lo que quiso el legislador, a saber, romper una estructura social de discriminación y abuso contra la mujer en la pareja y la familia”.³³⁷

Sin embargo, a pesar del indudable valor del artículo 1³³⁸ y de la LOVG en general, se diseñó un sistema de protección contra la violencia de género que solo atiende o lucha contra una pequeña parte de la misma.³³⁹ Y es precisamente por esto que, el pasado diciembre de 2017, los distintos Grupos Parlamentarios, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, ratificaron el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que busca incidir en todos los ámbitos de la sociedad en los que puede darse violencia contra las mujeres por razón de su género.³⁴⁰ No vamos a profundizar más en el Pacto pues, como hemos indicado en diversas ocasiones, las víctimas que van a hacer un mayor uso de las órdenes de protección, son aquellas que tienen o han tenido una relación de afectividad

³³⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 144.

³³⁸ “*La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*”.

³³⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 144.

³⁴⁰ <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/home.htm> (última consulta: 01-07-2019).

con el agresor, y éstas quedan incluidas en el concepto de violencia de género de la LOVG.

CAPÍTULO II: OBLIGACIONES ESTATALES POSITIVAS CON *FILTRO MORADO* O PERSPECTIVA DE GÉNERO

I. Obligaciones estatales positivas

Los DDHH, como bienes de particular relevancia, se caracterizan por la imposición de una serie de obligaciones especiales y generales sobre la sociedad y sobre los Estados para asegurar su respeto.³⁴¹ De acuerdo con FERRAJOLI, “garantía” es una expresión del léxico jurídico que designa cualquier técnica normativa para la tutela de los derechos subjetivos.³⁴² A día de hoy es una idea ampliamente aceptada que la verdadera y efectiva garantía de los derechos de la ciudadanía no implica únicamente su consideración “clásica” o “liberal” de los derechos como instrumento de defensa frente al Estado, que debe abstenerse de realizar determinadas conductas lesivas a su ciudadanía (por ejemplo, la prohibición de tortura en dependencias policiales). Además, se completa con una segunda dimensión más exigente que pide al Estado emprenda determinadas acciones positivas para preservar los derechos de aquellos que se encuentran en su territorio. Es decir, los derechos deben ser protegidos por el propio Estado que debe, también, favorecer su ejercicio real e igualitario.³⁴³

³⁴¹ DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Boliviana De Derecho*, núm. 27, 2019, p. 497.

³⁴² FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, *Parolechiave, op. cit.*, p. 39.

³⁴³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 5.

Dentro del sistema europeo de protección de los DDHH encontramos estas garantías encuadradas en la “doctrina de las obligaciones positivas”. Esta doctrina, a su vez, distingue entre obligaciones negativas y positivas y, dentro de éstas últimas, sustantivas y procesales. Las obligaciones negativas son aquellas que prohíben a los Estados cualquier tipo de injerencia en los DDFF protegidos y son inherentes al propio CEDH. Las obligaciones positivas han sido y son desarrolladas por el TEDH, que las va adaptando a la propia evolución de la sociedad como “instrumento vivo”³⁴⁴ que el propio Tribunal proclama del CEDH.³⁴⁵

Compartimos con TOMÁS-VALIENTE LANUZA que, a día de hoy, en una verdadera democracia las violaciones de DDHH por parte del Estado son “la excepción y no la regla” y que ha llegado “el momento de revertir la perspectiva desde la que se hace el discurso de los derechos humanos” de la visión liberal clásica de obligaciones negativas a una segunda dimensión de obligaciones positivas. Estos deberes se convertirían en la otra cara de la moneda del poder reconocido al Estado sobre su territorio, es decir, de su propia soberanía.³⁴⁶ Así las cosas, las obligaciones estatales positivas han sido definidas por el Tribunal de Estrasburgo como obligaciones de adoptar las medidas necesarias para la salvaguarda de un

³⁴⁴ “It is appropriate to remember that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions, and in accordance with developments in international law, so as to reflect the increasingly standard being required in the area of the protection of human rights”. Por todas: STEDH *Demir and Baykara v. Turkey*, núm. 34503/97, de 12 de noviembre de 2008.

³⁴⁵ DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 498.

³⁴⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 5.

derecho o, al menos, las medidas razonables y apropiadas para dicho fin.³⁴⁷ Siguiendo a FERRAJOLI³⁴⁸ y DE LUIS GARCÍA³⁴⁹ las obligaciones positivas podrán tener naturaleza sustantiva -aquellas que resultan básicas para la protección del derecho fundamental en juego- o procesal -las que imponen al Estado el deber de poner a disposición de la ciudadanía los medios adecuados para la reparación del perjuicio sufrido-.

II. Responsabilidad estatal por incumplimiento de obligaciones positivas

El TEDH se erige como uno de los principales intérpretes de los DDHH a nivel universal. Su influencia no solo es palpable en los ordenamientos jurídicos nacionales europeos, también otros tribunales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional beben de ésta. Pero es en el viejo continente donde despliega sus efectos de manera más directa, haciendo que los órganos constitucionales internos asuman y apliquen su doctrina como propia, e incluso que los legisladores internos modifiquen sus legislaciones con la finalidad de cumplir con las prescripciones del TEDH.³⁵⁰

³⁴⁷ Entre otras, STEDH Osman v. The United Kingdom, núm. 97/1997/871/1083, de 28 de octubre de 1998; STEDH López Ostra v. Spain, núm. 16798/90, de 9 de diciembre de 1994.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, p. 25.

³⁴⁹ DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, pp. 498-499.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 496.

Conforme a la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, las obligaciones de tutela penal de los DDHH son manifestaciones de las obligaciones positivas que derivan del deber general del artículo 1 CEDH de “respetar” –“*secure*” de acuerdo con su redacción inglesa- los derechos reconocidos por éste.³⁵¹ La idea básica, que ya fue previamente desarrollada por la doctrina constitucional alemana, es que la obligación de respetar los DDFF no solo tiene un deber negativo a cargo de los funcionarios de no llevar a cabo conductas directamente lesivas para los particulares, tiene también una vertiente positiva de proteger estos derechos contra posibles agresiones de terceros:³⁵² prevenir, investigar y sancionar. Los deberes de prevenir y sancionar estarían encuadrados dentro de las obligaciones de carácter sustantivo. En cambio, el deber de investigar forma parte de las obligaciones procesales.³⁵³

Por lo que respecta a la violencia de género, desde que ésta pasó a ser un tema de interés público que afecta a los DDHH, el TEDH no ha podido permanecer ajeno a este nuevo enfoque ni podía seguir entendiéndola como un asunto privado *inter partes* que no afectaba a los DDHH protegidos por el CEDH. Comienza así el Tribunal a reconocer

³⁵¹ AKANDJI-KOMBE, Jean-François, “Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, *Human rights handbooks*, núm. 7, 2007.

³⁵² VIGANÒ, Francesco, “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 314.

³⁵³ DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 499.

responsabilidad a los Estados que permiten, toleran o no impiden a los particulares la violación de tales derechos.³⁵⁴

1. ¿Puede el Estado ser responsable por los actos cometidos por los particulares?

El deber estatal de protegernos y su obligación de evitar delitos son el *leitmotiv* de cuyo incumplimiento se han extraído, en aplicaciones concretas, consecuencias muy diversas. Entre otras, la doctrina alemana dominante se sirve de manera explícita de dicha argumentación para fundamentar así la asignación de una posición de garantía a los agentes policiales mediante la que se les puede imputar responsabilidad en comisión por omisión por la no evitación de un delito.³⁵⁵ Por lo que respecta a la jurisprudencia del TEDH, los límites de los deberes estatales quedaron perfilados en el asunto Osman contra Reino Unido.³⁵⁶

En el asunto Osman se dirimía la demanda presentada por la viuda y el hijo del señor Osman, asesinado por un profesor que había desarrollado contra su hijo y un compañero de éste una obsesión enfermiza. El profesor asesinó al padre del menor, hirió al menor, asesinó a un compañero del menor e hirió al padre de éste. Antes de asesinar al padre del menor y a su compañero de colegio, también alumno suyo, ya había dado claras muestras de un comportamiento, cuanto menos, irregular y sospechoso. Los padres

³⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 1730, 2018, pp. 2-3.

³⁵⁵ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 4.

³⁵⁶ STEDH Osman v. The United Kingdom, núm. 97/1997/871/1083, 28 Octubre 1998.

habían contactado numerosas veces con la policía, pero, a pesar de todo, no se evitó el fatal desenlace. Cuando fue detenido por la policía les preguntó por qué no lo detuvieron antes de cometer los asesinatos, si había dado señales que anticipaban las muertes.³⁵⁷

El núcleo del caso consistía en dirimir hasta qué punto la no evitación por los servicios estatales de un delito contra un derecho convencional supone que es el propio Estado el que, con su omisión, también vulnera el derecho fundamental. El Tribunal de Estrasburgo declara que, teóricamente, existe un deber positivo del Estado de impedir la vulneración de los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, un derecho de los ciudadanos a que el Estado cumpla. Pero en la práctica lo perfila de un modo restrictivo. Así, este deber/derecho sería vulnerado si las autoridades no hicieron todo lo que se podía razonablemente esperar de ellas para impedir la materialización de un riesgo cierto e inmediato para la vida, del que tenían o debían tener conocimiento. Para apreciar esa vulneración el Tribunal tiene que estar convencido de que las autoridades sabían, o habrían debido saber, en el momento de los hechos, que uno o diversos individuos estaban amenazados de manera real e inmediata en sus vidas por actos criminales de un tercero y, aun así, no tomaron, dentro del marco de sus atribuciones, aquellas medidas que, desde un punto de vista razonable, habrían paliado el riesgo.³⁵⁸

³⁵⁷ “Why didn’t you stop me before I did it, I gave you all the warning signs?” Párrafo 57 STEDH Osman.

³⁵⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 42.

Bloque I: Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas...

En otras palabras, debe tenerse en cuenta la necesidad de respetar los derechos de los ciudadanos, así como las dificultades de la policía para ejercer sus funciones en las sociedades contemporáneas y la imprevisibilidad del comportamiento humano. Esta obligación debe ser interpretada sin que se imponga a las autoridades un peso insostenible y excesivo. Toda presunta amenaza contra la vida no puede obligar a las autoridades a tomar medidas concretas para prevenir su realización.³⁵⁹ En este sentido, el Tribunal concluye que no fueron violados los artículos 2 (derecho a la vida) ni 8 (derecho al respeto a la vida familiar y privada), pero sí el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) CEDH. El TEDH considera que no puede derivarse responsabilidad del Estado por las muertes porque, aunque existía un comportamiento irregular y amenazador, estima el Tribunal que la policía no podía prever el desenlace al conllevar una gran escalada de violencia entre 1) la realización de pintadas, el destrozo de mobiliarios, rondar por las casas de los menores y 2) el asesinato de dos personas.³⁶⁰ No obstante, la realidad es que la policía no valoró bien el riesgo y por ello los familiares de las víctimas deberían tener derecho a un remedio efectivo de acuerdo con el derecho convencional del artículo 6 del Convenio.

³⁵⁹ STEDH Osman párrafo 116, esta doctrina es reiterada en toda la jurisprudencia posterior, incluida la que refiere a las víctimas de violencia de género.

³⁶⁰ STEDH Osman párrafo 119 “In assessing the level of knowledge which can be imputed to the police at the relevant time, the Court has also had close regard to the series of acts of vandalism against the Osmans’ home and property between May and November 1987 (...) It observes firstly that none of these incidents could be described as life-threatening and secondly that there was no evidence pointing to the involvement of Paget-Lewis”.

2. Problemas en la prevención, investigación y sanción de la violencia de género

No sería posible entender la violencia de género ni su mantenimiento durante siglos si la cultura dominante estuviera en su contra. El origen del problema se encuentra en el patriarcado como forma de organización de la sociedad en la que el poder corresponde a los hombres y mantiene sometidas a las mujeres. El patriarcado es un sistema político cuya existencia no significa que las mujeres no tengan ningún poder o derecho. Una de las características que aseguran la pervivencia del patriarcado a lo largo de los siglos es su adaptación en el tiempo.³⁶¹

Podemos afirmar que son tres las razones que justifican el mantenimiento del sistema patriarcal. Estas son el uso de la violencia como medio para la resolución de conflictos, la doctrina de la privacidad y la inacción del Estado.³⁶² La combinación de estos tres factores hace que las mujeres limiten su rol al establecido social y culturalmente en el modelo patriarcal, que las subordina y llega a considerar como ciudadanos de segunda porque, al fin y al cabo, siempre ha sido así. Cuando la posición social de la mujer se configura únicamente en relación al padre o al esposo, no resulta extraño que acaben creyendo que ese es el estado natural de las cosas y acaben sintiéndose culpables del daño que se las infringe.³⁶³

³⁶¹ VARELA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, op. cit., p. 146.

³⁶² Por todos: MARCO MARCO, Joaquín J., “La violencia de género desde una perspectiva jurídico social”, op. cit., pp. 127-128.

³⁶³ Informe de amnistía internacional: *Cuerpos rotos, mentes destrozadas. Tortura y malos tratos a mujeres*, 2001, p. 26.

Estas tres razones responden a tres obligaciones estatales diferentes. Por lo que respecta a la violencia, el Estado debe prevenir que ésta llegue a suceder. Para su obligación de prevención, debe hacer uso de su obligación de investigar. Investigar en los hogares, y dejar de lado la mal llamada doctrina de la privacidad porque es consintiendo dicha privacidad (con su inacción estatal) cuando está permitiendo que dentro de sus fronteras se cometan vulneraciones de DDHH. Y, por último, tras esa investigación, debe sancionar el hecho (si previamente ha quedado probado tras un proceso con todas las garantías) con la contundencia que merece una vulneración de DDHH. No sancionar o sancionar con pena menor está mandando el mensaje de que el acto no es tan grave pues, al fin y al cabo, son asuntos de familia. Paradójicamente la mayor sanción del golpe del hombre sobre la mujer de la LOVG ha sido lo más criticado e incluso tachado de inconstitucional por amplios sectores de la sociedad, incluida la judicatura.

2.1. Prevención

Es curioso que toda la lógica interna que trae consigo el sistema de demandas ante el TEDH lleve a una insalvable paradoja: por mucho que se intente mantener el recurso argumentativo a la prevención general, la intervención del Tribunal de Estrasburgo solo puede desencadenarse por la demanda interpuesta por el ciudadano víctima de un delito concreto, siempre y cuando no haya obtenido una reparación suficiente a la vulneración del derecho convencional por parte del Estado. Y esto, de algún modo, relativiza la idea rectora de la prevención general. Así, “sobre el papel, el Tribunal opta por mantener el discurso de la prevención general también en las otras dos manifestaciones del deber estatal (...): la necesidad

de una investigación capaz de establecer los hechos y conducir al enjuiciamiento de los culpables (...) y la imposición efectiva de un castigo que ha de ser suficiente para lograr el objetivo de disuasión de cara a la colectividad”.³⁶⁴ Pero en la práctica, cuando el TEDH entra a conocer la prevención ha fallado y debe dirimirse la reparación concreta al ciudadano que, una vez haber agotado las vías internas, no ha obtenido.

Con respecto a los deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente, mucho antes de que el TEDH se pronunciase a este respecto, el Tribunal Constitucional alemán ya había sentado, en su primera sentencia sobre el aborto, la obligación del legislador de proteger penalmente DDFF y bienes jurídicos que tienen relevancia constitucional. Esto dio lugar a un intenso debate a propósito de la aceptación de dichas obligaciones de criminalización que mutarían el papel de los DDFF desde su tradicional condición de barreras al *ius puniendi* para convertirse en el fundamento positivo obligado del mismo.³⁶⁵

La idea de que es tarea del Estado proteger a sus ciudadanos encuentra su fundamento en la concepción preventivo-general de la pena centrada en la evitación del delito. Este argumento puede utilizarse como el mismo fundamento de las medidas de seguridad. Y se está usando de manera tergiversada por el discurso mediático y político como base para reclamar, y legitimar, medidas penales de corte asegurativo con las que

³⁶⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 28.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 12.

desde hace años se viene expandiendo el derecho penal: el Estado puede y debe protegernos a *nosotros* frente a *ellos*, los criminalmente peligrosos.³⁶⁶

2.1.1. La necesaria visibilización de la violencia de género para poder prevenirla

Históricamente, los roles de género han estado ordenados jerárquicamente. Los hombres ejercían poder y control sobre las mujeres. El patriarcado se encuentra institucionalizado en el derecho y en las estructuras políticas y la violencia contra la mujer es el mecanismo que utiliza para perpetuarse.³⁶⁷ Si estos actos violentos contra las mujeres quedan impunes, si el Estado no exige responsabilidad a los agresores, la falta de castigo envía a la sociedad el mensaje de que la violencia del hombre sobre la mujer es aceptable e inevitable. Consecuentemente, las pautas de comportamiento violento quedan normalizadas.³⁶⁸ Con la llegada de las democracias a los distintos Estados se han empezado a cuestionar los pilares en los que éste se sustentaba.³⁶⁹ Como previamente indicábamos, la

³⁶⁶ Ibidem, p. 4.

³⁶⁷ LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, *op. cit.*

³⁶⁸ MARCO MARCO, Joaquín J., “La violencia de género desde una perspectiva jurídico social”, *op. cit.*, p. 126.

³⁶⁹ “Violence between intimates is not new. The Bible begins with sibling violence – Cain Killing Abel (Ge. 4:8). Similarly, there are other biblical descriptions of family violence. Genesis also describe God’s commandment that Abraham sacrifice his son Isaac. Later, in the New Testament, Jesus was presumably saved from Herod’s ‘slaughter of the innocents. If family and intimate violence is not new, perhaps it is more common today than decades or centuries earlier. Many social commentators and some social scientists, noting the apparent increase in reports of family violence and abuse, propose that rising rates of family violence are another sign of the disintegration of both the modern family and society in general. The question of whether we are more violent now than during previous times in history is difficult to answer. The selective inattention to the problem of intimate violence meant that official records of family violence were not kept until the past three

percepción de la violencia doméstica y de género como un problema que afecta al ámbito privado va desapareciendo del imaginario colectivo y solo un 15% de las personas encuestadas aceptan que deba resolverse en la familia. Además, más del 90% la consideran como una violencia inaceptable en las sociedades democráticas actuales.³⁷⁰

2.1.1. *Invisibilización cultural*

Hasta que la teoría feminista³⁷¹ lo redefinió, el patriarcado era el nombre que recibía el gobierno de los patriarcas. Los patriarcas eran ancianos bondadosos cuya autoridad provenía de la sabiduría que les había aportado la edad. A día de hoy, ésta sigue siendo la interpretación que da la Real Academia Española de la palabra.³⁷² No será hasta el siglo XIX que se empiece a utilizar el término patriarcado en sentido crítico. A partir de los años setenta del siglo XX³⁷³, el feminismo radical utiliza el término

decades. Similarly, until the past few decades, researchers were reluctant to conduct surveys and ask questions about violence and abuse”. GELLES, Richard J., *Intimate Violence in Families*, *op. cit.*, p. 19.

³⁷⁰ Special Eurobarometer 449 - November 2016: Gender-based violence Report. European Commission, Directorate-General for Communication, ISBN 978-92-79-62608-1 Año 2016, p. 36.

³⁷¹ La teoría feminista señala la estructura social dominante como el factor principal causante de la violencia doméstica. La aceptación de este orden se consigue a través del proceso de socialización: aprendizaje del sistema social e internalización por parte del sujeto de las pautas del sistema. SORIA VERDE, Miguel Ángel, “Capítulo I: Desarrollo Histórico y teorías psicosociales”, en: SORIA VERDE, Miguel Ángel (coord.), *Violencia doméstica. Manual para la prevención, detección y tratamiento*, Editorial MAD S.L., España, 1 Edición, 2006, pp. 53-55.

³⁷² Definición de “patriarca” en la RAE. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=SB3dGg5> (última consulta: 01-07-2019).

³⁷³ Los objetivos del feminismo del siglo XX son solo la punta del iceberg. LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, *op. cit.*, p. 11.

patriarcado como pieza clave de sus análisis de la realidad.³⁷⁴ Analizar el patriarcado como un sistema político nos permitió ver hasta dónde se extendía el control y dominio de los hombres sobre las mujeres. Al darse cuenta de que ese control patriarcal se encontraba en todos los ámbitos de la sociedad (en las relaciones personales, en las agresiones sexuales, en las relaciones laborales y en un largo etc.) las feministas popularizaron la idea de que “lo personal es político”.

El patriarcado mezcla lo biológico con lo social para justificar la desigualdad creada por los hombres y ratificada por la cultura, haciéndonos creer que es necesaria la que no es sino una de las muchas posibles formas de organización social, y convence a hombres y mujeres de que esto es así, ha sido siempre así y debe seguir siéndolo. La historia³⁷⁵ y la filosofía han sido las armas de las que se ha servido para reforzar su ideología, transmitiéndose mediante la enseñanza este modelo de conducta a las sucesivas generaciones. Más tarde, el derecho cristalizará estos valores y costumbres para convertirlos en normas de conducta.

La aparición en los medios de comunicación de noticias sobre violencia intrafamiliar y la muerte de miembros de la familia a manos de sus parejas o padres ha inquietado la moral social y ha generado la impresión de ser un fenómeno social de relativa modernidad. La realidad es que este fenómeno social posee un amplio recorrido. Este silencio social se debe a un contexto político que tendía a sostener dicha situación como algo

³⁷⁴ VARELA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, *op. cit.*, p. 145.

³⁷⁵ LORENTE ACOSTA nos indica que la historia está mal contada, ha olvidado de manera sistemática a las mujeres. Y vuelve atrás para contarnos la historia, esta vez incluyendo a las mujeres. LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo norma*, *op. cit.*, p. 27.

privado de las relaciones humanas donde no se *podía/debía* intervenir ni regular.³⁷⁶ Actualmente, el patriarcado adopta diversas formas dependiendo el punto cardinal en el que nos encontremos. Las mujeres europeas, al menos formalmente, hemos conseguido la igualdad. Pero el patriarcado en Europa utiliza otros instrumentos como la publicidad o los medios de comunicación para mantener los estereotipos de género, la discriminación en el empleo, la “doble jornada”³⁷⁷ y la violencia en la pareja. La violencia contra las mujeres es multifacética, diversa y compleja y las distintas formas que adoptan responden a las diferentes culturas en que se desarrolle.³⁷⁸ Y son precisamente estas características las que hacen que nos encontremos con ideas opuestas sobre la situación actual de las mujeres en el mundo.³⁷⁹ En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA refiere muy acertadamente que el patriarcado del siglo XXI “usa unos maquillajes distintos y se une al neoliberalismo económico” para así poder colarse en nuestras maneras de sentir, pensar y actuar a nivel individual, social e institucional. “El paradigma androcéntrico sigue empeñado en gestionar la vida individual y colectiva a través de un sistema que protege las libertades de unos a costa de mantener la sujeción de otras”.³⁸⁰

³⁷⁶ SORIA VERDE, Miguel Ángel, “Capítulo I: Desarrollo Histórico y teorías psicosociales”, *op. cit.*, p. 11.

³⁷⁷ Mujeres que han conseguido hacer efectivo su derecho a la educación y al posterior trabajo retribuido pero que continúan encargándose mayoritariamente del cuidado del hogar y de sus hijos, produciéndose el efecto de la doble jornada o presencia.

³⁷⁸ SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, *op. cit.*, pp. 168-169.

³⁷⁹ VARELA, Nuria, *Feminismo para principiantes*, *op. cit.*, pp. 147-149.

³⁸⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 150.

2.2. Investigación

La protección ofrecida por el CEDH no se agota en el catálogo de derechos comprendidos en éste, sino que necesariamente derivan deberes de salvaguarda de los derechos consagrados en su texto. El deber de llevar a cabo una investigación efectiva es la contrapartida de los derechos a un juicio justo y a un recurso efectivo de los artículos 6 y 13 CEDH.³⁸¹ La lógica argumentativa es la siguiente: si lo que buscamos es la garantía efectiva de los derechos, no es suficiente con la previsión normativa de las sanciones, además es necesario que los Estados lleven a cabo una investigación adecuada de los hechos idónea para conducir al proceso y, de ser probado el hecho delictivo, a la sanción de los autores. Esta idea es denominada por el Tribunal como la vertiente procesal de los deberes estatales positivos³⁸² y se ha utilizado sobre todo en relación con los artículos 2 y 3 CEDH. En otras palabras, es necesaria una investigación que sea capaz de conducir a la identificación y el castigo de los culpables, porque sin ésta la obligación estatal de proteger los DDFD devendría ineficaz.³⁸³

Pero no podemos obviar que existe un riesgo implícito en el reconocimiento de este deber del Estado: la merma de los derechos procesales del investigado para conseguir la satisfacción de los de la

³⁸¹ DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 497.

³⁸² AKANDJI-KOMBE, Jean-François, “Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, *op. cit.*, pp. 32-37.

³⁸³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, pp. 15-16.

víctima. Es por ello que, para evitar la degradación de las garantías procesales del investigado, el aparato judicial debe buscar el equilibrio entre el reconocimiento de los derechos a las víctimas de los delitos y los derechos de los investigados.³⁸⁴ Los DDHH, aunque susceptibles de ser protegidos mediante el derecho penal (sustantivo y procesal), no pueden perder de vista su finalidad esencial que es la de servir de límite al *ius puniendi* estatal.³⁸⁵ En este sentido, insiste el Tribunal, sobre todo cuando se trata de delitos entre particulares, que las obligaciones estatales no deben interpretarse como un derecho de la víctima a obtener el enjuiciamiento o condena de ninguna persona en particular. Es ésta una obligación de medios, no de resultados. Y no toda investigación debe, necesariamente, tener éxito ni llegar a una conclusión que coincida con los hechos que denuncia la víctima. Lo que en realidad se está exigiendo es que el Estado haya dado todos los pasos necesarios razonablemente exigibles, y dentro de un plazo razonable, para la obtención de pruebas. Si falla en contra de lo pedido por las víctimas debe ser porque, tras una investigación correcta y diligente, no se han podido probar los hechos alegados.³⁸⁶

Pero la obligación de investigar se topa con la doctrina jurídica de la protección de la privacidad y, su consiguiente, inacción estatal. A este

³⁸⁴ A propósito de los derechos de los investigados, puede leerse: GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Garantías del investigado y acusado en orden a la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en el proceso penal. A propósito de la Directiva (UE) 2016/680 y su impacto en materia de prueba penal”, en: GONZÁLEZ CANO, M. Isabel (dir.), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, 2019, pp. 98-154.

³⁸⁵ DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 511.

³⁸⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, pp. 16-17.

respecto, se hace interesante la reflexión de MARÍA DIEZ-PICAZO a propósito del respeto a los DDHH: “Un país respetuoso de los derechos humanos no es aquél donde no se produce vulneración alguna de los mismos, sino aquél donde no se violan de forma masiva y sistemática. Los derechos humanos, al igual que los demás instrumentos de la democracia constitucional (separación de poderes, principio de legalidad, elecciones libres, etc.), no presuponen un comportamiento inmaculado e irreprochable por parte de gobernantes y funcionarios públicos, sino más bien todo lo contrario: quien detenta el poder tiende a abusar de él. Así, un país es respetuoso de los derechos humanos cuando dispone de remedios efectivos frente a las inevitables violaciones singulares de aquéllos”.³⁸⁷

2.2.1. La malentendida doctrina jurídica de la protección de la privacidad

La familia aparece tradicionalmente como un lugar de reposo y tranquilidad, base de la seguridad física y psicológica de las personas que la componen. Pero en realidad es un marco que permite que las normas de poder y agresión³⁸⁸ se desarrollen de forma habitual mientras la sociedad cierra los ojos ante “asuntos de alcoba”.³⁸⁹

³⁸⁷ MARÍA DIEZ-PICAZO, Luis, “La naturaleza de la Unión Europea”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2008, p. 39.

³⁸⁸ GELLES afirma que si las personas son violentas y abusivas en el marco de las relaciones de afectividad es porque pueden serlo, porque la privacidad de las relaciones hace decrecer el control social. Es en este marco en el que reflexiona sobre cómo podemos romper el ciclo de la violencia y cómo podemos prevenirla. GELLES, Richard J., *Intimate Violence in Families*, *op. cit.*, 141-168.

³⁸⁹ SORIA VERDE, Miguel Ángel, “Capítulo I: Desarrollo Histórico y teorías psicosociales”, *op. cit.*, p. 19.

La doctrina jurídica de la protección de la privacidad del hogar y la familia ha sido empleada recurrentemente para que el Estado y la sociedad se abstengan de intervenir cuando los actos de violencia contra la mujer se cometen en el ámbito de las relaciones de pareja. Parte de un respeto al derecho a la intimidad mal entendido que hace primar la privacidad de la familia -hay que respetar la intimidad de los hogares cuando cierran sus puertas- frente a la integridad de las personas. No obstante, la sociedad española de los últimos años nos muestra que la violencia de género ³⁹⁰ está dejando de ser un delito invisible y es el Estado el encargado de dotarla de visibilidad. A nivel internacional, NNUU ha dejado claro que la violencia contra la mujer nunca es un asunto de familia que deba quedar dentro del ámbito de lo privado. ³⁹¹ Y al dejar en segundo plano la intimidad del hogar y poner en primero la integridad de las mujeres y los niños hemos descubierto una triste realidad: mujeres y niños ³⁹² a menudo corren mayores riesgos en el lugar donde más seguros deberían sentirse, su propio hogar. ³⁹³ En el año 2017, el 58% de las mujeres asesinadas en todo el

³⁹⁰ Violencia que, de acuerdo con la LO 1/2004 es la ejercida sobre las mujeres en el ámbito de una relación de afectividad, presente o pasada. Desde la LO 8/2015, también los menores son considerados sujeto pasivo de esta violencia.

³⁹¹ Res AGNU de 10 de febrero de 2005, Res AGNU de 30 de enero de 2002 y Res AGNU de 19 de febrero de 2004, entre otras.

³⁹² En un ya lejano 1990, PARTON refería que la investigación feminista había mostrado que la violencia sobre mujeres y niños en el hogar tienen la misma motivación: mantener el control y poder sobre éstos. PARTON, Christine, “Women, gender oppression and child abuse. Feminism and men’s violence”, en: LANGAN, Mary (ed.) *Taking Child Abuse Seriously*, Unwin Hyman, 1990, p. 41.

³⁹³ SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, *op. cit.*, pp. 180-182.

mundo fue en el ámbito del hogar, 34% por sus parejas y 24% por otros miembros del hogar. Esta cifra se reduce al 38% en Europa.³⁹⁴

Los niños son víctimas de la misma violencia patriarcal en el ámbito del hogar que las mujeres. El *pater familias* tenía la disposición sobre la vida y la muerte de todos aquellos que se encontraban bajo su techo.³⁹⁵ Además, son *naturalmente* vulnerables debido a su edad y madurez. Diversos estudios psicológicos hacen referencia a problemas que tienen durante la infancia los niños que viven en un ámbito de violencia.³⁹⁶ Es por ello que, cuando restringimos el concepto de violencia de género al sufrido en el ámbito del hogar, no podemos dejar fuera a los menores de edad aunque su inclusión desvirtúe el concepto “género”.

2.2.2. *La inacción estatal*

Según la doctrina constitucional alemana, el deber de tutela de los DDFP tiene, a nivel primario, el deber de prohibir la comisión de hechos

³⁹⁴ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global Study on Homicide. Gender-related killing of women and girls*, 2017, p. 17, disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf (última consulta: 01-07-2019).

³⁹⁵ Por todos: PERAL LÓPEZ, M. Carmen, *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*, *op. cit.*

³⁹⁶ Excede del objeto de nuestro trabajo realizar un estudio pormenorizado de los problemas que sufren los menores en su desarrollo. Puede leerse, entre otros: ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, María del Prado; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patricio, “Las víctimas invisibles de la violencia de género”, *op. cit.*, pp. 30-36; ANTENCIANO JIMÉNEZ, Beatriz, “Menores expuestos a violencia contra la pareja: notas para una práctica clínica basada en la evidencia”, *Clínica y Salud*, vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 261-272.

lesivos de DDF y, a nivel secundario, el deber de asegurar en el caso concreto la efectiva aplicación de las normas.³⁹⁷

El Estado tiene un papel fundamental en la construcción y pervivencia de los roles de género y el consecuente mantenimiento de las relaciones de poder. Su inacción³⁹⁸ permite que subsistan leyes y políticas de carácter discriminatorio en contra de las mujeres.³⁹⁹ Y la pervivencia de éstas, debilita sus derechos. Es mediante esta inacción de los Estados en medidas para luchar contra la violencia de género donde están incumpliendo en materia de DDHH.⁴⁰⁰ La trivialización de la violencia contra la mujer por parte del Estado y la sociedad los convierte en cómplices

³⁹⁷ VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 457-458; MURSWIEK, Dietrich, “Art 2”, *Sachs-GGKomentar*, 4 Edition, München, 2007, p. 24.

³⁹⁸ “La existencia de una obligación de tutela penal de algunos derechos fundamentales, del deber del Estado parte de asegurar el respeto de tales derechos al interno de sus ordenamientos y, más en general, de la dimensión de efectividad que tales derechos deben poseer (...) el Tribunal de Estrasburgo encuadra las obligaciones de tutela penal entre la más basta categoría de las obligaciones positivas de tutela las cuales tienen como objeto no ya la abstención de conductas directamente lesivas del derecho individual por parte de los agentes del Estado, sino la adopción de medidas de tutela del derecho contra las agresiones provenientes de terceros”. VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 456.

³⁹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 88.

⁴⁰⁰ En este sentido, “Human rights express the fundamental values of a society. Each society may wish to protect distinct values and give them a distinct level of protection”. En: SCHÜTZE, Robert, *An introduction to European Law*, *op. cit.*, p. 94.

de la violencia,⁴⁰¹ porque “un Estado también puede cometer actos de violencia contra las mujeres mediante sus leyes y políticas”.⁴⁰²

Los Estados tienen la responsabilidad de actuar para conseguir un cambio social, responsabilidad que no se debe trasladar a los grupos de la sociedad civil.⁴⁰³ La inacción por parte de las autoridades estatales manda el mensaje erróneo a la sociedad de la banalización de los abusos y éste conduce a la impunidad de los agresores.⁴⁰⁴ La violencia institucional no solo incluye las manifestaciones de violencia en las que el Estado es directamente responsable por su acción u omisión, engloba también aquellos actos que muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y el goce de los derechos.⁴⁰⁵

2.3. Sanción. La gestión jurídica del fracaso

Continuando con la lógica argumentativa de las obligaciones estatales positivas, ésta conduce al Tribunal a afirmar que los hechos que son gravemente lesivos de los derechos convencionales, una vez correctamente investigados, deben ser sancionados. Y deben serlo de

⁴⁰¹ WESTERNDORP, Ingrid, “If home is no haven: women’s right to adequate housing in cases of domestic violence”, *op. cit.*, pp.123-142.

⁴⁰² A/61/122/Add.1, párrafo 140; SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, *op. cit.*, pp. 187-192.

⁴⁰³ BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁰⁴ SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, *op. cit.*, pp. 183-187.

⁴⁰⁵ BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *op. cit.*, p. 133.

manera *suficiente* ⁴⁰⁶ para no dar lugar a una impresión de impunidad. La responsabilidad estatal traería causa directa si no se sanciona suficiente cuando se podía hacerlo. En este caso, la obligación sustantiva positiva no recae sobre el legislador (prevenir), sino sobre los jueces y tribunales

⁴⁰⁶ Excede del objeto de esta investigación, para más información a propósito de la vertiente sancionadora del principio de igualdad puede leerse: STC núm. 120/1998, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1998; STC núm. 19/1988, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988; STC núm. 243/1988, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989; STC núm. 59/2008, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008; STC núm. 67/1998, BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998; CAMPOS CRISTÓBAL, Raquel, “Reflexión personal crítica sobre la aplicación de la LOM-PIVG por parte de los operadores jurídicos”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, Valencia, 2012, pp. 309-312; ESQUEMBRE VALDÉS, M. del Mar, “Género y ciudadanía, mujeres y constitución”, *Feminismo/s*, 2006, pp. 35-51; FERRAJOLI, Luigi, *La ley del más débil*, Editorial Trotta, 7 Edición, 2010, pp.73-96; LARRAURI PIJOAN, Elena, “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, 2009, pp. 10-14; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, pp. 329-354; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2009, p. 90; LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 5; LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, *op. cit.*, p. 12, p. 23; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 146; NÚÑEZ FERNANDEZ, José, “La violencia de género en el derecho penal y su constitucionalidad” en: RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (coord.) *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson S.L., 2010, p.238; ROIG TORRES, Margarita, “La delimitación de la Violencia de Género: un concepto espinoso”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 281 y ss; SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, “Maltrato y dominación, Paradojas judiciales sobre una cultura incívica”, *Diario La Ley*, núm. 8159, 2013, pp. 4-7, pp. 15-17.

internos (sancionar), que tienen las herramientas legales, pero no las aplican.⁴⁰⁷

3. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la perspectiva de género

El reconocimiento de los fenómenos de violencia doméstica y de género como actos contrarios a los DDHH y, consecuentemente, su necesaria protección convencional es relativamente reciente. Ha sido fruto de una lenta pero decidida evolución de la jurisprudencia del TEDH en el tratamiento de este viejo problema. Evolución que por su trascendencia ha llegado a calificarse como (r)evolución. Cuando se aprobó el CEDH no se contemplaba la violencia de género como problema específico de DDHH que necesitase una especial contemplación en el Convenio. Ni siquiera el artículo 14 reconoció el derecho a la no discriminación por razón de género como derecho autónomo.

Tampoco la DUDH de 1948, que tanta influencia tuvo en el CEDH, ni los Pactos Internacionales de derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de 1966. Fue necesario esperar hasta 1992, con la recomendación general núm. 19 CEDAW, para que la violencia contra las mujeres fuese considerada como una forma de discriminación de género para subordinar y oprimir a las mujeres. Y fue entonces cuando la violencia en el hogar saltó de la esfera privada, en la que siempre estuvo situada, al ámbito público. Más recientemente, el 14 de julio de 2017, la recomendación general núm. 35 CEDAW, por la que se actualiza la

⁴⁰⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 22

recomendación general núm. 19, constata que la prohibición de violencia de género se ha convertido en norma de derecho internacional. Se hace responsables a los Estados por no adoptar la diligencia debida para prevenir y sancionar este tipo de violencia.⁴⁰⁸

El TEDH no ha podido permanecer ajeno a este nuevo enfoque de la violencia de género. No podía seguir entendiéndola como un asunto privado *inter partes* que no afectaba a los más elementales derechos de las personas protegidas por el CEDH conforme al criterio tradicional del Derecho internacional de que el Estado no es responsable de los actos que realizan los particulares. El Tribunal ya había reconocido la posibilidad de imponer obligaciones a los particulares frente a otros particulares de respeto de los derechos del CEDH al reconocer la responsabilidad estatal por haber permitido, tolerado o no impedido a particulares la violación de dichos derechos, idea que ha acabado por utilizar para imputar al Estado una responsabilidad por hechos de violencia de género realizados por particulares. Los derechos y libertades del título primero CEDH no son solo la obligación de los poderes públicos de abstenerse de violar esos derechos o libertades, también son el deber estatal de actuar para que sean efectivos, adoptando todas las medidas necesarias para garantizarlos.⁴⁰⁹

En el asunto C.R. contra Reino Unido⁴¹⁰ el TEDH no acepta los argumentos de un ciudadano inglés que decía se había vulnerado su derecho convencional del artículo 7 al ser castigado por un hecho que no era delito

⁴⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁴¹⁰ STEDH C.R. v. The United Kingdom, núm. 20190/92, de 22 de noviembre de 1995.

en el momento de la realización de éste. Encontrándose en trámites de separación, y con su ex mujer viviendo en casa de los padres de ésta, aprovecha cuando ella se queda sola en casa para forzarla a mantener relaciones. Mantiene que no puede ser condenado por querer tener relaciones dentro del matrimonio. Ni los jueces ingleses ni el TEDH consideran que se haya vulnerado su derecho al ser condenado por actos que en el momento de su realización no eran delictivos porque forzar a tu ex pareja a mantener relaciones sin su consentimiento es, de hecho, un delito.

En el asunto *Kontrová contra Eslovaquia*⁴¹¹ el Tribunal estima que han sido vulnerados los artículos 2 y 13 CEDH. Una primera denuncia fue retirada por la víctima, con ayuda de la policía. Tras retirarla, su marido asesina a sus dos hijos y se suicida. En este caso, dado que la policía conocía la situación familiar, el hecho de no llevar a cabo una investigación para el esclarecimiento de los hechos ni denunciar a la autoridad judicial hace que falte a sus obligaciones de proteger la vida de los dos hijos comunes, menores de edad, y la consecuencia directa es su fallecimiento. La sentencia declara también la violación del derecho a un recurso legal del artículo 13 CEDH porque la madre no puede obtener compensación económica por los daños sufridos.

En el asunto *Bevacqua y S. contra Bulgaria*⁴¹² se vulnera el artículo 8 CEDH por la falta de adopción de medidas cautelares. Vemos una actuación contraria a las obligaciones positivas del Estado de proteger el

⁴¹¹ STEDH *Kontrová v. Slovakia*, núm. 7510/04, de 24 de septiembre de 2007.

⁴¹² STEDH *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, núm. 71127/01, de 12 de septiembre de 2008.

respeto a la vida privada y familiar, que no puede considerarse un asunto civil o privado. En este caso, como en muchos otros de violencia de género, la violencia tiene lugar delante del hijo menor. Esto hace que el niño tenga miedo de su padre. Aunque el Tribunal reconoce que las autoridades no fueron del todo impasibles al maltrato, la diligencia debida es también una diligencia sin retrasos. Tratar la violencia sobre la mujer en el hogar como un asunto privado es incompatible con el derecho al respeto a la vida familiar y privada del artículo 8 CEDH.

En el asunto *Branko Tomasic y otros contra Croacia* ⁴¹³ el agresor es un sujeto parcialmente inimputable. Un hombre violento condenado por continuas amenazas de muerte dirigidas a su pareja e hija. Por estas amenazas su pena es de 5 meses de prisión y una medida de seguridad de tratamiento psiquiátrico obligatorio por el desorden de personalidad que sufría y disminuía, pero no anulaba, su capacidad de decisión y responsabilidad. Aunque inicialmente el Tribunal de instancia estableció que la medida debía de durar el tiempo necesario, incluso transcurrida la pena de prisión, el Tribunal de apelación limitó la duración del tratamiento a la misma que la pena de libertad. Además, este tratamiento no implicó la administración de ningún tipo de medicación. Se limitó a conversaciones con diverso personal, no psiquiatras, dentro de la prisión. No se formuló tampoco ningún plan de tratamiento tras su puesta en libertad. Y, a las pocas semanas de ser puesto en libertad, mató a su mujer e hija. Y se suicidó.

El TEDH declara la responsabilidad del Estado croata por muchos factores, entre éstos la falta de diligencia en la administración del

⁴¹³ STEDH *Branko Tomasic and others v. Croatia*, núm. 46598/06, de 15 de abril de 2009.

tratamiento o el hecho de no comprobar el nivel de peligrosidad del interno antes de su puesta en libertad. También se hace referencia al marco normativo interno sobre la ejecución de la medida de tratamiento, que es tildado de deficiente. Con su excesiva indeterminación deja la ejecución del tratamiento excesivamente en manos de las autoridades penitenciarias. Además, tal y como indica TOMÁS-VALIENTE LANUZA, el TEDH critica la limitación de la medida al indicar que en apelación se reduce la medida a la duración de la condena de prisión porque, de acuerdo con la legislación croata, no se puede extender el tratamiento psiquiátrico compulsivo más allá del tiempo de la sentencia.⁴¹⁴ Ha sido vulnerado el artículo 2 CEDH porque el victimario ha cumplido su amenaza de acabar con la vida de su mujer y su hija, y tras ello suicidarse. El Estado no ha prevenido las muertes. Ha fallado investigando y, como prueba, los agentes de la policía que tuvieron conocimiento de los hechos fueron investigados y sancionados porque, debiendo ser conscientes del peligro, no investigaron.

En el asunto *Opuz contra Turquía*⁴¹⁵ el TEDH considera como violación de los artículos 2, 3 y 14 CEDH la omisión de las autoridades turcas de su deber de proteger a la demandante y a su madre (asesinada por la ex pareja de la demandante), contra los actos de violencia doméstica que ambas sufrieron y que fueron conocidos por las autoridades. Ambas habían denunciado en repetidas ocasiones y retirado las denuncias por miedo a las represalias por parte de la ex pareja de la demandante. La violencia es

⁴¹⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁴¹⁵ STEDH *Opuz v. Turkey*, núm. 33401/02, de 9 de septiembre de 2009.

tolerada por las autoridades y la sociedad, y los remedios nacionales no funcionan. Existía un riesgo y las víctimas avisaron repetidas veces de la existencia de ese riesgo. Además, se rebaja la pena del asesinato por ser considerado un crimen de honor. En este caso el TEDH se centró sobre todo en la existencia de discriminación por ser mujer. En cambio, en las sucesivas sentencias, al imponer la necesidad de prevención y represión estatal de las violencias domésticas, se centra sobre todo en la violación de derechos concretos en función del resultado generado por la violencia. Y de cada uno de esos delitos se deducen obligaciones positivas de los Estados. Asume de este modo el principio de diligencia debida del Convenio de Estambul, tanto para las autoridades policiales como para la judicial.⁴¹⁶

En el asunto E. S. y otros contra Eslovaquia⁴¹⁷ el TEDH considera que han sido vulnerados los artículos 3 y 8 CEDH. Pese a haber pedido el divorcio porque su marido pegaba y abusaba sexualmente de la demandante y, en alguna ocasión, de su hija menor, no existe obligación por parte del agresor de abandonar el domicilio familiar. Como consecuencia son la demandante y sus hijos los que deben dejar su casa, familia, colegio y amigos para escapar del maltrato.

En el asunto A. contra Croacia⁴¹⁸ también se vulnera el artículo 8 CEDH. El agresor sufre síndrome de estrés post traumático como consecuencia de haber sufrido torturas durante la guerra. Queda probado que los menores son conscientes del maltrato. También la imposibilidad de

⁴¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 5.

⁴¹⁷ STEDH E.S. and others v. Slovakia, núm. 8227/04, de 15 de septiembre de 2009.

⁴¹⁸ STEDH A. v. Croatia, núm. 55164/08, de 14 de octubre de 2010.

la demandante de rehacer su vida porque su ex pareja la acosa, se indica que nadie quiere alquilarle un piso porque temen las represalias de su ex pareja. El TEDH reconoce que las autoridades actúan bien porque en ningún momento le sugieren a la demandante que retire la denuncia y arregle sus desavenencias en privado, pero una política aparentemente neutral puede tornarse en discriminación por las circunstancias específicas del colectivo vulnerable.

En el asunto Hajduová contra Eslovaquia ⁴¹⁹ la inacción de las autoridades hizo que incumplieran el mandato del artículo 8 del Convenio. El agresor amenaza en repetidas ocasiones con matar a su mujer y a más personas. Hay una escalada de violencia fomentada por la inactividad estatal. Los juzgados eran conscientes de que el agresor era un peligro pues existían informes de expertos que así lo corroboraban. El agresor sufría un trastorno bipolar que podía ser curado si seguía el tratamiento adecuado. Fue la inactividad estatal la que permitió que siguiera amenazando a su mujer y a la abogada de su mujer. Las autoridades sabían o debían saber que existía un riesgo y fallaron protegiendo. Las víctimas viven con miedo.

En el asunto Eremia y otros contra República de Moldavia ⁴²⁰ se reconoce una violación del artículo 3 respecto de la mujer por no adoptar medidas efectivas contra el marido y del artículo 8 respecto de las hijas porque les afecta psicológicamente el maltrato al tener que observar la violencia ejercida por su padre contra su madre en el domicilio familiar sin que se tomen medidas para evitar que se reitere esa conducta. Existen

⁴¹⁹ STEDH Hajduová v. Slovakia, núm. 2660/03, de 30 de noviembre de 2010.

⁴²⁰ STEDH Eremia v. The Republic of Moldova, núm. 3564/11, de 28 de mayo de 2013.

medias de protección que él quebranta. Además, se aprecia la violación del artículo 14 porque existe una discriminación respecto de la esposa por parte de las autoridades siendo que la policía le llega a sugerir que retire la denuncia.

En el asunto *Bljakaj y otros contra Croacia*⁴²¹ un sujeto con historial de violencia y problemas mentales en proceso de divorcio comunica a un empleado de su banco que va a suicidarse y hacer algo de lo que la gente hablará. El empleado del banco avisa a la policía, que acude a su casa. Al llegar a su casa, éste les indica que ha sacado el dinero para su funeral porque ha decidido suicidarse uno de estos días y no hay nada que las autoridades puedan hacer para evitarlo. Tras esta declaración, los policías le dejan permanecer en su domicilio sin ningún tipo de medida cautelar. Vuelve al banco exigiendo saber quién avisó a la policía y esa misma mañana, arma en mano, va en busca de su mujer, le dispara e intenta matarla. Tras ello, va al despacho de la abogada que le está llevando el divorcio a su mujer y, delante de testigos, le dispara y ésta fallece. El problema jurídico que subyace es el deber estatal positivo de protección de la sociedad contra eventuales actos violentos de una persona con una perturbación mental perceptible. Con las cautelas que en este tipo de casos suele expresar, y haciendo uso del test *Osman*, concluye el Tribunal de Estrasburgo que sí existía un riesgo real e inmediato del que las autoridades tuvieron o debieron tener conocimiento. Si las autoridades hubiesen dispuesto un ingreso forzoso esa mañana, haciendo uso de la posibilidad

⁴²¹ STEDH *Bljakaj and others v. Croatia*, núm. 74448/12, de 18 de septiembre de 2014.

que les ofrece su derecho interno, el resultado habría sido totalmente distinto.

Existe una obligación general de dar protección frente a actos violentos de personas potencialmente peligrosas. El riesgo en este caso era real e inminente. La policía tuvo suficiente información para investigar y hacer uso de una medida cautelar. De haber actuado distinto, la abogada de la ex mujer seguiría viva. Los policías no le dieron importancia a la llamada del empleado del banco. Prueba de ello es que más tarde falsifican los informes del día de los hechos porque no se llevó a cabo ninguna acción entre la visita a la casa del victimario y el intento de asesinato de su ex mujer y el asesinato de la abogada de su ex mujer. Ese día tuvieron varias oportunidades de detenerlo: acudieron a su casa tras la llamada del empleado del banco y al poco tiempo aparece el victimario en la comisaría para preguntar quién les ha informado de su intención de suicidarse. Además, las declaraciones de quienes estaban en el banco mencionan que se encontraba “*disturbed*”, “*totally unstable*”, “*crazy*” y “*mentally disturbed*”. El Tribunal declara la violación de los derechos contenidos en los artículos 2 y 13 CEDH porque tampoco las acciones civiles por los daños han sido satisfactorias.⁴²²

Por último, haremos referencia a los asuntos Rumor contra Italia y Talpis contra Italia.⁴²³ En el asunto Rumor contra Italia⁴²⁴ el Estado

⁴²² Tal y como se indica en el voto particular, mucho más crítico con el Estado, “*no justice has done*”.

⁴²³ Brillantemente explicado en: RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 7-11.

⁴²⁴ STEDH Rumor v. Italy, núm. 72964/10, de 27 de mayo de 2014.

italiano había desestimado la demanda de una mujer víctima de violencia doméstica que se sentía amenazada por su ex pareja. Sentenciaba el Tribunal que el maltrato tiene que haber llegado a un nivel mínimo de gravedad, de acuerdo con las circunstancias del caso, para que el Estado deba asegurar protección contra los malos tratos provenientes de los particulares por hechos que conociera o debiera conocer. Nuevamente vemos la disyuntiva entre obligación de proteger y dificultad de vigilar el impredecible comportamiento humano. Además, el TEDH no puede sustituir a los Estados en determinar las medidas a adoptar.

Así las cosas, el Tribunal reconoce que la demandante era una persona vulnerable y que probablemente ha sido maltratada. Pero considera que las autoridades no permanecen pasivas ante ese maltrato porque su pareja había sido detenida y condenada pronto. Acepta la valoración policial y judicial en la elección de la localización del centro de acogida cercana al domicilio del agresor y no reconoce un derecho de la víctima a ser informada del procedimiento penal si no está personada. Porque, como se ha dicho, el TEDH no puede sustituir la voluntad estatal en la determinación de las medidas de prevención, investigación y sanción. Además, tiene en consideración la existencia de un intercambio de correos electrónicos entre la demandante y su ex pareja tras la condena. Este intercambio, indica el Tribunal, muestra un entendimiento cordial entre ambas partes que hace entender que las autoridades italianas no vulneran los artículos 3 y 14 CEDH. Concluye el TEDH que las autoridades italianas pusieron en práctica un marco legislativo que les permitió tomar medidas frente a personas acusadas de violencia doméstica y, dentro de ese marco, se hace efectivo el castigo al autor del delito de que la demandante había sido víctima.

En el asunto *Talpis contra Italia* ⁴²⁵ la víctima era una inmigrante moldava con dos hijos fruto del matrimonio. Antes de llegar a Italia ya había sufrido agresiones por parte de su marido, alcohólico. En Italia ella y su hija vuelven a sufrir malos tratos, y avisa a la policía. Este maltrato se repite en diversas ocasiones. No es hasta siete meses después de su primera denuncia que la demandante es interrogada por primera vez por la policía. En ese momento modifica sus declaraciones iniciales sobre la gravedad de los hechos afirmando que no conocía bien el italiano y no se pudo expresar correctamente. El juez de instrucción considera que es un asunto de maltrato familiar con hechos inciertos, mantiene el procedimiento en cuanto a las lesiones corporales y condena al marido al pago de una multa. Poco más de un año después, la policía recibe una nueva llamada. Cuando se presenta en el piso hay claros signos de violencia –por ejemplo, la puerta está rota-, pero aceptan sin más las declaraciones de la demandante, que dice que llamó porque su marido necesitaba un médico, y de su hijo, que dice que su padre no es violento con él. Ninguno presenta signos de agresiones.

El marido es trasladado al hospital y, esa misma noche, lo encuentra la policía en la calle en estado de embriaguez, lo identifica y le deja volver a su casa donde, armado con un cuchillo, trata de agredir a la demandante. El hijo se pone en medio para intentar evitar la agresión, y es apuñalado tres veces causándole la muerte. La demandante intenta escapar, pero su marido la sigue por la calle y le asesta varias puñaladas, que no llegan a causarle la muerte. Es condenado a prisión permanente por la muerte de su hijo y la tentativa de asesinato de su mujer. Esta sentencia destaca la importancia de las medidas de protección frente a las situaciones de peligro en casos de

⁴²⁵ STEDH *Talpis v. Italy*, núm. 41237/14, de 2 de marzo de 2017.

violencia doméstica. La intervención de la policía en la noche de autos no fue la correcta: ni en el momento inicial del acceso al domicilio ni en el control de la identidad del victimario en la calle. Las autoridades no adoptaron medidas para proteger a las víctimas, a pesar de que conocían la violencia sufrida. Es la ausencia de medidas razonables que hubieran podido cambiar el curso de los acontecimientos o atenuar el perjuicio causado lo que supone para el TEDH base suficiente para imponer responsabilidad al Estado. El TEDH considera que las autoridades no actuaron para conceder protección a la demandante y, al no haber actuado con rapidez tras la denuncia, la privaron de eficacia. Se creó un contexto de impunidad propicio para la reiteración de esas conductas criminales. Hay una violación del artículo 14 CEDH en relación con los artículos 2 y 3 CEDH.

La sentencia ha sido objeto de dos votos particulares, parcialmente disidentes, porque no se dan razones suficientes para llegar a una conclusión contraria a la del caso Rumor. Entre estos, el juez Spano, aplicando el test de la sentencia Opuz sobre la existencia demostrada de un riesgo real e inmediato sobre la vida de una persona identificada, estima que el lapso de tiempo entre la primera agresión y la agresión final con resultado muerte (14 meses) no permitió determinar que las autoridades hubieran podido conocer el carácter inminente y la realidad del riesgo. Spano afirma que son inevitables hechos de violencia *inter partes*, pero esto no puede justificar una falta de la máxima diligencia de las autoridades para evitar y perseguir estos hechos ni puede llevar a crear una sensación de tolerancia o de impunidad de estas violaciones de los derechos de la persona que atentan contra su vida, dignidad, libertad e integridad protegidas por el CEDH y por las diversas constituciones europeas.

Observamos que el asunto Talpis se aleja de la doctrina Rumor en la valoración de la conducta de la víctima sobre la existencia de un peligro real e inmediato. Esta sentencia se dicta solo tres años después, y el TEDH muestra una mayor sensibilidad frente a una realidad de frecuentes supuestos de violencia doméstica, con un gran número de asesinatos de mujeres en Italia. Precisamente se sitúa a las mujeres inmigrantes como un colectivo vulnerable. Opina RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER que tal vez la sentencia Talpis llega demasiado lejos en las exigencias a los Estados con respecto de las medidas efectivas para la prevención de la violencia doméstica. Pero también hay que reconocer que en el caso Rumor se quedó muy corta. No en balde, después de los hechos del asunto Talpis, Italia introduce el Decreto legislativo 2012/2015 para introducir derechos informativos a favor de las víctimas desde el primer momento. Con este gesto, Italia no solo se ha adaptado a la normativa UE, también ha tenido en cuenta las advertencias del TEDH en materia de violencia doméstica.⁴²⁶

III. ¿Cumple España con los estándares internacionales y europeos en materia de obligaciones positivas?

Consideramos que tanto España como su entorno comunitario están realizando un gran esfuerzo por y para entender y luchar contra el fenómeno de la violencia de género. Entenderlo requiere un previo y profundo conocimiento de cuáles son las exigencias constitucionales del principio de igualdad y del modelo social y cultural en el que vivimos. Sin estos elementos no es posible entender el complejo fenómeno de la violencia

⁴²⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 11-12.

contra la mujer, la adecuación -o no- de las normas creadas por el legislador y las aristas, dificultades o carencias que va evidenciando la aplicación de las leyes contra la violencia de género.⁴²⁷

1. Derecho de acceso a una justicia con perspectiva de género

Hace tiempo que, a instancias de los jueces, se viene apuntando las dificultades inherentes a determinados conflictos que, aunque constitutivos de un delito, tienen su origen en un problema de naturaleza social o psicológica.⁴²⁸ De manera incomprensible se pide al derecho penal (sustantivo y procesal) que dé solución a una situación de violencia en la (ex) pareja en la que una parte somete a la otra a todo tipo de vejaciones, dolor y miedo. Pero, ¿puede el sistema judicial español resolver estos conflictos? Ni puede, ni es su cometido. La justicia puede y debe proteger a la víctima y castigar al victimario. También debe poder rehabilitarlo, al ser éste un mandato constitucional.⁴²⁹

Pero en los asuntos de familia⁴³⁰ el problema que subyace de fondo va más allá de aquello juzgado en el correspondiente juicio oral (golpes,

⁴²⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 142.

⁴²⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable”, *op. cit.*, p. 415.

⁴²⁹ De acuerdo con el apartado segundo del artículo 25 CE “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*”.

⁴³⁰ Nos estamos refiriendo a la violencia intrafamiliar donde la víctima es la mujer y/o sus hijos por un motivo de género.

insultos, vejaciones...) con pleno respeto de los derechos procesales de ambas partes. Víctima y victimario no son dos personas que no vayan a volver a encontrarse en su camino, todo lo contrario: en un gran porcentaje no van a querer separarse, después de un tiempo van a reencontrarse o van a tener la necesidad de dialogar sobre aspectos comunes que les unen ya sean hijos, bienes, hipotecas... Y es aquí donde el lenguaje jurídico empieza a no entender nada.⁴³¹ Durante los últimos años, hemos sido conscientes de las complejidades propias de un tema que excede de la acción delictiva *inter partes* tradicional. Hemos vivido el “choque de intereses entre la igualdad y la libertad de la víctima, con la soledad del juez o jueza en la toma de decisiones jurídicas que exceden de los elementos propios del derecho e introduce elementos de la sociología y psicología, para los que no se está preparado”.⁴³²

Juzgar con perspectiva de género nos permite transformar las prácticas⁴³³ de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico. Aplicar esta perspectiva nos

⁴³¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 9055, 2017, p. 3.

⁴³² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁴³³ Si no aplicamos la perspectiva de género “la diferencia femenina no sufre discriminación en el plano jurídico, puesto que en este plano resulta desconocida, oculta y enmascarada: las mujeres tienen los mismos derechos que los varones en cuanto son considerados o se finge que son (como los del) varón y se asimilan a ellos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento. Pero, precisamente porque desconocida de derecho, aquélla resulta penalizada de hecho -lo mismo para las mujeres que se asimilan que para las que no se asimilan- por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad”. FERRAJOLI, Luigi, *La ley del más débil*, *op. cit.*, p. 75.

permite actuar sobre las personas, sobre los hechos y sobre la norma jurídica, aplicando una visión crítica de la realidad. Nos permite “ver” y nos impulsa a ser curiosos, testarudos y garantes de derechos, para reparar y dignificar a quién parte de una situación vital y social de desventaja frente a la desigualdad.⁴³⁴ Es por ello que se hace necesario preguntarnos si la justicia tiene, o no, perspectiva de género.⁴³⁵

La perspectiva de género en el ámbito jurisprudencial pretende la deconstrucción de lo jurídico para la plena realización del principio de igualdad y no discriminación. Aplicar este prisma nos permitirá constatar con argumentos jurídicos que, de manera sistemática, se ha construido la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las personas, especialmente las de las mujeres. Esta perspectiva pretende ser la herramienta de interpretación necesaria para enfocar los conceptos de discriminación y violencia mostrándonos que son un fenómeno estructural y sistemático y no algo anecdótico entre sujetos socialmente aislados.⁴³⁶

⁴³⁴ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, *op. cit.*, pp. 837-838.

⁴³⁵ Por lo que respecta a la violencia de género, haremos referencia a una visión amplia omnicomprendensiva tanto de la perspectiva que propugna NNUU como de la utilizada en el ordenamiento jurídico español, esto es, LOVG y Pacto de Estado.

⁴³⁶ AVILÉS PALACIOS, Lucía, “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 71-137; GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, *op. cit.*, p. 836.

LOUSADA AROCHENA refiere la necesidad del uso del término “género” para nombrar y comprender este tipo de violencia. “No se comprende la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer en ninguna de sus manifestaciones primarias o secundarias si no es atendiendo al concepto género”, la violencia que sufren las mujeres no se debe a las características físicas de su sexo, se debe a los estereotipos sociales y culturales que van asociados a su sexo,⁴³⁷ que alcanzan su máxima crudeza en las relaciones interpersonales. Estereotipos que se transmiten y perpetúan mediante el instrumento coercitivo por excelencia del patriarcado: la violencia.⁴³⁸

Frente a estos estereotipos, la perspectiva de género pretende ser la herramienta de interpretación necesaria de la norma jurídica ajustada a la realidad actual (art. 3 CC) para así enfocar los conceptos de discriminación y violencia, mostrándonos que no son algo anecdótico entre dos sujetos socialmente aislados, son un fenómeno estructural y sistemático. Pero la falta de formación en materia de igualdad, las inercias asumidas, la escrupulosa matemática probatoria y el formalismo jurídico actual nos

⁴³⁷ En este mismo sentido, Teresa Peramato, Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la mujer, en la ponencia presentada en las Jornadas de Especialistas en Violencia sobre la mujer celebradas en Madrid 3 y 4 de noviembre de 2015, atendiendo a las definiciones del Convenio de Estambul, la LOVG distingue entre discriminación por razón de sexo y discriminación por género. Puede leerse su conclusión en: GÓMEZ VILLORA, José María, “Los tipos y la agravante de género como forma de pensar la igualdad de género en el código penal”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 188-189.

⁴³⁸ LOUSADA AROCHENA José Fernando, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, p. 33.

impiden asumir la idea del “poder transformador de las sentencias”.⁴³⁹ MARTÍNEZ GARCÍA define el denominado “poder transformador de las sentencias”, con sujeción a la constitución y a las leyes,⁴⁴⁰ como “la forma de *deconstruir* la realidad de la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las mujeres en sus derechos materiales y procesales”. *Deconstrucción* que pasa por la participación de las mujeres en la historia, y en la creación del derecho porque solo desde esta participación será posible construir un mundo más equitativo, justo y solidario.⁴⁴¹

1.1. El acceso a la justicia

La mayoría de las mujeres que acuden a un juzgado denunciando hechos de violencia por parte de sus parejas no desean una respuesta judicial, buscan una solución a un problema de falta de aptitudes para la convivencia.⁴⁴² A estas mujeres les resultan ajenos los términos indemnización, prisión, alejamiento o prohibición de comunicarse y son

⁴³⁹ AVILÉS PALACIOS, Lucía, “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia “procesal” desde la perspectiva de género”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 19.

⁴⁴¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁴² A propósito de las especificidades probatorias puede leerse: MONTESINOS GARCÍA, Ana, “Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, 2017, pp. 127-165; “The main function of the procedure is seen as dispute resolution or conflict resolution or even both”. ERVO, Laura, “Chapter 2: Party Autonomy and Access to Justice”, en: ERVO, Laura; GRÄNS, Minna; JOKELA, Antti, (eds.), *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*”, Europa Law Publishing, Groningen, 2009, p. 24.

éstos los únicos pronunciamientos que la justicia puede manifestar. No es eso lo que buscan, solo quieren que el agresor se responsabilice del daño causado y la situación de maltrato finalice. La tipificación que hace la legislación española en la LOVG del sujeto pasivo como mujeres unidas por análoga relación de afectividad a la del cónyuge, aún sin convivencia, ha dado lugar a una heterogeneidad de supuestos,⁴⁴³ muy diferentes unos de otros, a los que el legislador ha otorgado *ex lege* el mismo tratamiento. Pero la solución real⁴⁴⁴ al conflicto no llegará hasta que dejemos de concebirlo únicamente en términos represivos⁴⁴⁵ y seamos conscientes de

⁴⁴³ “Despite increased public attention to domestic violence, much continues to be misunderstood about perpetrators of abuse, and popular stereotypes about them persist. Perhaps one of the most enduring myths about men who batter is that they are easily identifiable. Related to this myth are the common stereotypes of batterers as alcoholics or as mentally ill. Other common myths about batterers are that they are predominantly uneducated or unemployed, or that they are criminal or “tough guys” (...) Are men who batter psychologically ill? Similar to alcoholism, the proportion of batterers with a diagnosable mental illness is less than what is popularly believed”. ADAMS, David, *Why Do They Kill? Men Who Murder Their Intimate Partners*, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁴⁴⁴ Muy recomendable la lectura del libro escrito por LEVENTHAL. Este juez estadounidense reflexiona sobre el problema de la violencia de género. En su último capítulo, en el que fija el foco de atención en los agresores, emite reflexiones que, en cierto modo, recuerdan a las emitidas por ORGA LARRÉS (siguiente cita). Ambos jueces llegan a la conclusión de que, en temas de violencia en el hogar, es necesario mantener la mente abierta a posibles nuevas soluciones. Es necesario continuar incidiendo en el hecho de que la violencia en el hogar es un asunto más complejo de lo que los términos dicotómicos en los que encontramos redactada la ley nos muestra. Nadie que trabaje en este ámbito es capaz de afirmar que ya lo ha visto todo en cuanto a violencia en el hogar se refiere. Qué hacer con los agresores es una pregunta que a día de hoy todavía no tiene respuesta. Esta similitud de planteamientos entre un juez del Estado de Nueva York y un juez de Logroño confirman nuestra premisa de que la violencia en el hogar es un problema global. LEVELTHAL, John Michael, *My Partner, My Enemy. An unflinching view of domestic violence and new ways to protect victims*, Rowman & Littlefield, 2016, p. 225.

⁴⁴⁵ ORGA LARRÉS, J.C., *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, *op. cit.*, pp. 12-13.

que “si no arreglamos el problema –de fondo- la inercia del sistema acabará con los dos en la cárcel, acusados de múltiples delitos de maltrato y quebrantamiento de medida cautelar, mientras ellos siguen repitiendo que se quieren, pero que cuando discuten se pegan”.⁴⁴⁶

Anticipamos la idea de la ineficacia del proceso penal si no (re)construimos la sociedad mediante políticas educativas y sanitarias adecuadas. El proceso penal es en sí mismo un fracaso.⁴⁴⁷ Pero, además, cabe fracaso dentro del fracaso. Si una medida cautelar -como la orden de protección- no es respetada por víctima y victimario, no está cumpliendo con la función para la que fue dictada. La perspectiva de género en la educación desde la infancia y en todas las etapas de la formación es la única capaz de proporcionarnos prevención contra la desigualdad en cualquiera de sus formas. Las leyes de igualdad por sí mismas se han mostrado ineficaces, incluso inaplicables, si no se acompañan de la creencia firme de que el cambio tiene que pasar tanto por una mentalidad renovada

⁴⁴⁶ ORGALARRÉS, J.C., *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁴⁴⁷ A propósito de la LOVG, “el legislador apostó por un cambio desde lo judicial y desde el sistema punitivo, olvidando que cuando entran los jueces ya ha fracasado el sistema y hay siempre una víctima y un delincuente. Podemos afirmar que el efecto preventivo y comunicativo del derecho penal, siendo útil y necesario, no tiene capacidad para solucionar el problema que tenemos y, es más, no nace para tal fin, porque su naturaleza y finalidad es otra. Entendemos la decisión del legislador, dado que simbólicamente es el “gesto” más contundente que se le puede mostrar a la sociedad -el derecho penal-, pero no es el “freno más eficaz, pues por su propia naturaleza éste es siempre la última ratio, cuando ya no quedan otras estrategias preventivas”. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 148.

desprendida de los estereotipos adquiridos como por un nuevo modelo educativo.⁴⁴⁸

El derecho no es neutro y su aplicación igualitaria en casos donde una de las partes se encuentra en una posición de subordinación puede traer como consecuencia una nueva discriminación, esta vez desde el sistema judicial.⁴⁴⁹

Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional (artículo 9.2 CE) y supranacional (artículo 10.2 CE) de combatir la discriminación mediante el derecho procesal para garantizar el acceso en igualdad de condiciones a la justicia y remediar, en el caso concreto, situaciones asimétricas de poder.⁴⁵⁰ Pero la constitución lleva más de cuarenta años en vigor, y no se ha combatido esta discriminación. En este sentido, AVILÉS PALACIOS apunta que el principal obstáculo para alcanzar la igualdad real lo constituye la -paradójica- convicción social de que hombres y mujeres somos iguales.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ AVILÉS PALACIOS, Lucía, “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁴⁹ “Han sido tantos siglos de unidimensionalidad masculina que aun hoy en la actualidad es posible percibir que lo que se presenta como sexualmente neutral esconde en ciertos casos mecanismos de dominación masculina”. BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 60.

⁴⁵⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁵¹ AVILÉS PALACIOS, Lucia, “La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 282.

1.2. *La perspectiva de género*

El Consejo Económico y Social de NNUU describe la perspectiva de género en las políticas institucionales internacionales como “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros”.⁴⁵²

LOUSADA AROCHENA cifra el acoso sexual como delito típico para ofrecer un esquema teórico explicativo de la violencia por motivos de género.⁴⁵³ Siendo los estereotipos sexuales elemento fundamental del

⁴⁵² Conclusiones 1997/2 del consejo económico y social disponibles en: http://www.un.org/womenwatch/daw/public/gendermainstreaming/Spanish%20Gender%20Mainstreaming_full.pdf (última consulta: 01-07-2019).

⁴⁵³ En el mismo sentido, “Hay que insistir, una vez más y a riesgo de ser reiterativos, que la discriminación basada en el género se construye a partir de una serie de creencias y comportamientos que se han consolidado como patrones sociales y culturales que asignan a las mujeres un papel que las coloca en una situación de desventaja y subordinación (...) La expresión género ha causado mucha polémica y todavía hoy provoca rechazo. Nos guste o no, este término sirve para identificar un tipo concreto de discriminación. Sexo y género son conceptos diferentes. El sexo tiene que ver con aspectos biológicos y fisiológicos. El género no, puesto que incide en una serie de diferencias construidas sobre estereotipos. Diferencias que han llevado a la mujer a asumir roles más ventajosos para el hombre en perjuicio de los derechos de la mujer (...) Ante esta situación de hecho, el derecho no puede permanecer indiferente. De ahí que haya sido necesario introducir un nuevo enfoque en la forma de legislar conocido como “perspectiva de género”, que permite analizar la realidad e intervenir en ella para acabar, precisamente, con esas conductas injustas que

género, éste, el acoso, obedece no al apetito sexual del agresor, sino a un estereotipo de entendimiento de la sexualidad donde el hombre es el cazador (sujeto activo) y la mujer la presa (sujeto pasivo). El acoso sexual conecta directamente con la esencia del género como superestructura de dominación. Continúa el autor afirmando que, sin un análisis del género, el acoso sexual sería invisible pues o no sería nada -se justificaría como comportamiento socialmente aceptado- o sería otra cosa -por ejemplo, una agresión sexual-. Y, en todo caso, no sería un comportamiento discriminatorio porque no habría elemento comparativo -las mujeres podrían realizar el mismo acercamiento que un hombre sin que ello tuviera consecuencias jurídicas o podrían ser agresoras sexuales con las mismas consecuencias que un hombre-. Por ello, “sin la clave del género muchos acosos sexuales serían invisibles y los visibles se canalizarían a través de otros ilícitos”. Y es precisamente por ello, que la lucha jurídica contra el acoso sexual no comienza hasta que se elabora un concepto de género.⁴⁵⁴

En el mismo sentido, GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, “todavía, en el siglo XXI, existe miedo en la sociedad española a reconocer que no existe la igualdad material” entre hombres y mujeres y que, aunque

dañan a las mujeres. (...) No se trata de privilegiar a la población femenina a costa de perjudicar a la población masculina. Lo que se pretende es alinear a las mujeres en el mismo punto de partida en el que se encuentran los hombres, para que ellas puedan tener idénticas oportunidades para alcanzar sus objetivos vitales, tanto en sus vidas personales como profesionales”. LEÓN ALONSO, Marta, “Reflexiones en torno a la igualdad y a la violencia de género desde la perspectiva del derecho constitucional”, en: FIGUEROLA BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Ángela; LEÓN ALONSO, Marta (dirs.), GALLARDO RODRIGUEZ (coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, Comares 2013, p. 143.

⁴⁵⁴ LOUSADA AROCHENA José Fernando, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *op. cit.*, núm. 48, 2014, p. 35.

hayamos avanzado mucho en esta materia, fundamentalmente en el ámbito legislativo, no hemos acabado con la discriminación en nuestro país. “Lamentablemente, es así. Es necesario reconocerlo”. Pues, continúa el autor, aunque parece fácil conseguir la igualdad entre hombres y mujeres en el *corpus* normativo ⁴⁵⁵ comprobamos que ni siquiera el uso del término género es pacífico. ⁴⁵⁶

Mantiene MARTÍNEZ GARCÍA que solamente si reescribimos las normas que hacen nuestra sociedad, y asumimos que el siglo XXI debe ser el siglo de la igualdad entre el hombre y la mujer, podremos modificar las estadísticas “tan denostadas por todos y todas en relación a las agresiones y muertes de la mujer a manos de sus parejas o exparejas”. Y es aquí precisamente, donde residen las grandes resistencias al cambio real de “nuestra sociedad y nuestro sistema normativo, ambos de corte conservador y poco proclives al cambio de las estructuras de poder que informan a los mismos”. ⁴⁵⁷

1.3. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género?

Por lo que al ámbito jurisprudencial respecta, la perspectiva de género se aplica cuando el juzgador es capaz de detectar especificidades propias de las mujeres surgidas del sistema heteropatriarcal y, tras ello,

⁴⁵⁵ Nadie sostendría la constitucionalidad de una ley donde los hombres cobren más que las mujeres.

⁴⁵⁶ GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, Fernando, “Violencia de Género, Justicia y Medios de Comunicación”, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁵⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, pp. 143-144.

aplica e interpreta la ley.⁴⁵⁸ La incorporación de la perspectiva de género en general, y en particular en el ámbito jurisprudencial, tiene como objetivo último el cumplimiento de las diferentes fuentes normativas internacionales, europeas e internas que tienen como hoja de ruta no solo la igualdad de derechos entre hombres y mujeres sino, y esto es lo relevante, la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para la consecución material de la igualdad.⁴⁵⁹

La CEDAW⁴⁶⁰ no es solo un tratado internacional que recoge los derechos de las mujeres, sino que se trata sobre todo de un programa de acción para que los Estados parte garanticen el respeto y disfrute de esos derechos. En ese sentido, el artículo 15 apartados 1 y 2 CEDAW subraya el deber de los Estados no solo de ofrecer los mismos derechos procesales sino también las mismas oportunidades y el mismo trato. Así, la única posibilidad de afrontar el estudio en sede judicial de aquellos asuntos que

⁴⁵⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, CERVELL HORTAL, María José, *La adopción al tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*, Comares Editorial, Granada, 2010, p. 835.

⁴⁵⁹ Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁴⁶⁰ “Because of its importance, CEDAW is often described as an international bill of rights for women. It is also seen as the most authoritative UN Human Rights instrument to protect women from discrimination...the first international treaty to comprehensively address fundamental rights for women in politics and public life, health care, education, equal pay, economics, employment, law, financial benefits and property rights, and equality in marriage and family life; as well as a very effective tool that women around the world are using to bring about change in their conditions”. CHARVET, John; KACZYNSKA-NAY, Elisa, *The Liberal Project and Human Rights. The Theory and Practice of a New World Order*, op. cit., p. 201.

afectan a las mujeres por el hecho de serlo -y que, por tanto, impliquen la manifestación de los roles de género presentes en la sociedad- descansa en la aproximación con perspectiva de género entendiendo los hechos en su contexto histórico y social concreto: el patriarcado. Aplicando las normas necesarias para afrontar este reto e interpretar su contenido de manera que los derechos sean garantizados, ahora sí, en igualdad.⁴⁶¹

El interés del pensamiento feminista por el derecho hizo que en la década de los setenta naciese la llamada *Feminist Jurisprudence*. Su objeto de estudio era precisamente el derecho, la norma jurídica desde un análisis feminista con perspectiva de género. Denunció con datos que el derecho es masculino -la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres-, que tiene sexo -no tiene en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres, como ejemplo la manera en que históricamente se construyeron los tipos penales relativos a los delitos sexuales donde se protegía el honor de la familia en lugar de la integridad sexual de la mujer- y tiene género -las relaciones de poder desiguales existentes en la sociedad se reflejan en la norma jurídica, considerando reglas como la diligencia “de un buen padre de familia”-.⁴⁶² El derecho no es razón, es poder.⁴⁶³ Y una mirada hacia la historia jurídica demuestra que las mujeres no participaron

⁴⁶¹ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, *op. cit.*, pp. 835-836.

⁴⁶² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, pp. 29-30.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 61.

en la construcción de la misma, pues nunca detentaron el poder en la sociedad.⁴⁶⁴

En su desarrollo, este movimiento partía esencialmente de tres postulados básicos:⁴⁶⁵

- a. La falsa neutralidad del derecho invisibiliza a las mujeres, especialmente a través del lenguaje jurídico. Este lenguaje ha venido marcado por y desde el pensamiento heteropatriarcal y frente al que en la actualidad se está avanzando de manera lenta, pero imparable. Conceptualizar es poder, lo que no se nombra no existe. Visibilizar a las mujeres es darles poder de decisión.
- b. La falsa objetividad del derecho. El pensamiento de quien aplica la norma y la norma van unidos. No existe un único discurso jurídico, existen tantos como personas lo construyen.
- c. El desmantelamiento del androcentrismo del derecho. Es necesaria una solución transversal que unifique saberes jurídicos y extrajurídicos para permitir una interpretación de

⁴⁶⁴ BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁶⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, 2018 pp. 30-31; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia “procesal” desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, 2018, p. 23; BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, *op. cit.*, pp. 63-64; AVILÉS PALACIOS, Lucía, “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, *op. cit.*, pp. 124-125.

las leyes existentes desde el método de interpretación teleológico a la vida y la realidad jurídica del siglo XXI.

En esta línea, concluye MARTÍNEZ GARCÍA, los cambios vendrán generados por la formación en igualdad y la participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida, incluido el derecho.⁴⁶⁶

1.4. El derecho a una vida libre de violencia de género

La aplicación de la perspectiva de género como instrumento o método jurídico de análisis requiere constatar la existencia de una relación desequilibrada de poder, se ha de identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección. Hay que poner especial énfasis a los casos en que además del género confluyan categorías “sospechosas” como pueden serlo la pobreza y/o la migración.⁴⁶⁷

Se aprecia la existencia de un auténtico derecho a vivir sin violencia de género, que es fundamental pues se encuentra ligado a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Lo encontramos en una vertiente subjetiva en diversos preceptos de nuestro ordenamiento donde se desarrolla ese

⁴⁶⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia “procesal” desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁶⁷ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, *op. cit.*, p. 842.

derecho a vivir sin violencia de género: en el CP,⁴⁶⁸ el ET,⁴⁶⁹ el EBEP,⁴⁷⁰ en las leyes procesales correspondientes⁴⁷¹ y en el conjunto de normas que regulan la prevención frente a la violencia de género y la protección de las víctimas, cuyo centro neurálgico normativo se encuentra en la LOVG y en las normas que la desarrollan. Pero que nuestro OJ cumpla sustancialmente las previsiones del Convenio de Estambul no convierte en irrelevante su entrada en vigor, pues la existencia de un estándar internacional asegura unos mínimos que nunca podrían ser superados a la baja en el derecho interno. Y, siendo un auténtico derecho subjetivo, su incumplimiento debe acarrear consecuencias jurídicas. Así, la dimensión objetiva o institucional del derecho presiona sobre su parte normativizada, formada por derechos subjetivos, para su continua revisión y para su permanente mejora.⁴⁷²

2. Análisis jurisprudencial

Deberíamos preguntarnos si nuestros tribunales aplican, o no, la perspectiva de género.⁴⁷³ El TSJ de la Comunidad Autónoma de Canarias,

⁴⁶⁸ Entre otros, los delitos de malos tratos físicos y psíquicos, agresión sexual y acoso sexual, matrimonios forzosos, aborto y esterilización forzada.

⁴⁶⁹ Entre otros, acoso sexual y sexista.

⁴⁷⁰ Ídem (acoso sexual y sexista).

⁴⁷¹ En especial, la LECrim.

⁴⁷² LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *op. cit.*, pp. 45-47.

⁴⁷³ Deviene lectura imprescindible, “Los tipos y la agravante de género como forma de pensar la igualdad de género en el código penal”. El autor, magistrado de la AP de Valencia, hace una radiografía de la realidad actual analizando diversas sentencias en relación con la agravante de género. GÓMEZ VILLORA, José María, “Los tipos y la agravante de género como forma de pensar la igualdad de género en el código penal”, *op. cit.*, pp. 177-199.

Sala de lo Social, en Sentencia de 7 de marzo de 2017, hace referencia a la perspectiva de género.⁴⁷⁴ En su fundamento de derecho segundo apartado b), la sala afirma que las características del género son construcciones socioculturales y que, por tanto, varían dependiendo de la época, la cultura y el lugar en que nos encontremos. Estas características son los rasgos psicológicos y culturales que la sociedad atribuye a lo que considera “masculino” o “femenino”. Y, precisamente por esto, en aquellos casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios, patrones y estereotipos por razón del género, *“deberá aplicarse en la impartición de justicia una metodología de análisis integradora de la perspectiva de género. La violencia de género física y/o psicológica, deriva directamente de las referidas asimetrías endémicas y estructurales”*.

Una vez localizada la normativa aplicable es necesario valorar las pruebas con perspectiva de género.⁴⁷⁵ Continúa la citada sentencia, *“del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género deriva la impartición de justicia con base en una perspectiva de género. Debe priorizarse el reconocimiento de derechos sustantivos de carácter constitucional (...) e integrar el valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no ha considerado ese valor, evitando determinados efectos perversos”*.

⁴⁷⁴ STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, núm. rec. 1027/2016, de 7 de marzo de 2017 (TOL 6.000.68).

⁴⁷⁵ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, *op. cit.*, p. 842.

También el TSJ de Canarias, esta vez la Sala de lo Civil y Penal, en Sentencia 7/2017 de 26 de junio ⁴⁷⁶ confirma la Sentencia de la Sección Quinta de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 23 de febrero de 2019 (procedimiento LO Tribunal del Jurado núm. 90/2016) ⁴⁷⁷ por la que se condenaba a un sujeto como autor de delito de asesinato, cualificado por alevosía y ensañamiento, con las agravantes de parentesco y por razón de género. Razona el Tribunal que, en aquellos supuestos en que pueda apreciarse una situación de violencia contra la mujer por razón de género, es perfectamente compatible la agravante de parentesco (fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados) con la agravación basada en el hecho de cometer el delito con una determinada motivación (condición de la víctima mujer por razones de género). Teniendo en consideración que, *“a diferencia de lo que sucede en otros tipos penales específicos, este singular tratamiento para esta modalidad delictiva no figura reflejado ni en el tipo penal del asesinato, ni tampoco en la agravante de parentesco”*.

Siguiendo este planteamiento, la nueva circunstancia agravante se aplicará *“en todos aquellos casos en que el sujeto activo (siempre un varón) comete el delito motivado por el propósito de discriminar o de hacer patente la situación de desigualdad o la relación de poder sobre el sujeto pasivo (siempre una mujer que sea o haya sido su cónyuge, o que esté o haya estado ligada a él por relaciones similares de afectividad, aún sin*

⁴⁷⁶ STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Civil y Penal, núm. 7/2017, de 26 de junio de 2017 (TOL 6.330.549).

⁴⁷⁷ Reflexión sobre el tribunal del jurado en: GÓMEZ VILLORA, José María, “Los tipos y la agravante de género como forma de pensar la igualdad de género en el código penal”, *op. cit.*, p. 200.

convivencia)”. En el mismo sentido, la Sentencia 37/2017⁴⁷⁸ de la Sección Segunda de la AP de Castellón, de 9 de febrero de 2017.⁴⁷⁹

Por lo que respecta a los pronunciamientos del TS, nos mostramos optimistas porque el Tribunal está asumiendo la perspectiva de género en sus últimas sentencias. En Sentencia núm. 247, de 24 de mayo de 2018,⁴⁸⁰ aprecia por primera vez la perspectiva de género. Refiere que el maltrato habitual se configura con unas características que denotan una especial crueldad por parte de su autor que, en el círculo de su propio hogar familiar, decide ejercer un maltrato prolongado que, aunque desdoblado en actos aislados de hechos que conllevarían, individualmente considerados, una penalidad reducida, es precisamente la reiteración de éstos la que “*provoca un doble daño en la víctima, tanto físico si se trata de agresiones causando lesión o sin causarlas, o en expresiones como las que antes hemos señalado que profirió el recurrente y constan probadas, como psíquico, por afectar a la psique de las víctimas, no solo las expresiones que se profieren, sino el maltrato físico habitual viniendo del autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica*”.

⁴⁷⁸ SAP Castellón, Sección segunda, núm. 37/2017, de 9 de febrero de 2017 (TOL 6.089.380).

⁴⁷⁹ “*En relación con las amenazas, por la gravedad de las mismas, dado su contenido y reiteración, y que se trata de un supuesto arquetípico de violencia de género sería correcto apreciar la agravación de género, introducida en el art. 22.4 del C. P. por la L.O. 1/15, tal y como apuntó el Ministerio Fiscal, descartando la Juez a quo la apreciación de esta agravante por considerar que es incompatible con la circunstancia de parentesco, del art. 23 del C.P.*”.

⁴⁸⁰ STS núm. 247/2018, de 24 de mayo de 2018 (TOL 6.630.740).

El maltrato habitual produce un daño constante y continuado. Esto crea en la/s víctima/s la percepción de que no pueden escapar ni del maltrato ni del acoso de quien perpetra estos actos -con la circunstancia agravante de que es la pareja de la víctima-, provocando situaciones de miedo e incluso la sensación de no poder denunciar. Son estas características especiales de las víctimas -que no se dan en la víctima de ningún otro tipo de delito- las que provocan situaciones donde el silencio ante el maltrato ha sido prolongado en el tiempo hasta que, llegados a un punto, ocurre un hecho (grave) detonante, y la víctima se decide, finalmente, a denunciar. Ha llegado a un límite a partir del cual ya no puede soportar más actos de maltrato hacia ella y, en ocasiones, también hacia sus hijos.

Continúa la STS refiriendo que cuando la víctima se decide a abandonar a su pareja y/o denunciar *“se incrementa el riesgo de que los actos de maltrato pasen a un escenario de ‘incremento grave del riesgo de la vida de la víctima’, ya que, si ésta decide comunicar la necesidad de una ruptura de la relación, como aquí ha ocurrido, o le denuncia por esos hechos, o el más reciente, el sentimiento de no querer aceptar esa ruptura del autor de los mismos provoca que pueda llegar a cometer un acto de mayor gravedad, como aquí ha ocurrido”*. Esto hace que en estos casos sean necesarias medidas de detección urgente del riesgo.

El TS hace una radiografía inmejorable de la situación que viven las víctimas de violencia en el ámbito familiar y, aplicando la perspectiva de género, es capaz de reconocer los motivos por los que la víctima no denuncia: silencian el maltrato por miedo, por temor a una agresión mayor o a que las maten. Pero ese silencio de las víctimas no puede correr en su contra cuando finalmente se deciden a denunciar. El autor va a cuestionar

dicho silencio como sinónimo de faltar a la verdad. Pero no puede ser admitido que el estado de pánico y terror que sufren las víctimas sea una *“traba de credibilidad”* de su relato.

El TS no duda de la veracidad del relato por el retraso en la denuncia de la víctima.⁴⁸¹ Todo lo contrario, es acorde a las reglas de la sana crítica aceptar que el retraso en denunciar los hechos no puede ser considerado como un sinónimo de falsedad. Es perfectamente comprensible que, debido a las especiales características de los hechos del maltrato, la valoración del relato tiene que tener unas condiciones distintas *“por las propias diferencias inherentes a quien es el autor del delito: nada menos que tu pareja, o tu propio padre, o la pareja de tu madre, como en este caso ocurrió”*. Es por ello que, aunque el recurrente alegue que no constan denuncias previas de malos tratos, en el maltrato habitual la inexistencia de denuncias previas *“no es entendible como una declaración no cierta o inexacta, o que la víctima falta a la verdad, ya que la existencia de denuncias previas no es un requisito sine qua non exigido en la valoración de la prueba de la víctima en el delito de malos tratos”*. Del mismo modo, la STS hace referencia a los menores víctimas del maltrato indicando que éstos son plenamente conscientes de lo que está sucediendo en su casa.

En la STS de 13 de junio de 2018⁴⁸² se vuelve a hacer referencia a la perspectiva de género que *“debe presidir estos casos que se diferencian claramente de otros actos de atentados contra la vida de las personas, ya*

⁴⁸¹ GIL, Pilar, “La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género”, *op. cit.*, pp. 229-247.

⁴⁸² STS núm. 282/2018, de 13 de junio de 2018 (TOL 6.639.816).

que contra quien se atenta en estos casos es contra su propia pareja o ex pareja, madre en muchos casos de sus propios hijos, como aquí también ocurre, lo que obliga a reflexionar en el drama y sufrimiento que aquí sufren las mujeres, pero también los hijos que ven cómo sus propios padres toman la decisión de acabar con la vida de sus madres, convirtiendo a los propios hijos en víctimas de estos hechos”.

Por último, la STS 677/2018 de 20 de diciembre de 2018 ⁴⁸³ indica que no resulta necesario acreditar el ánimo de dominación del hombre sobre la mujer, pues dicha agresión ya es, en sí misma, un acto de violencia de género con connotaciones de poder y machismo. Esta sentencia pretende acabar con los problemas de prueba que suponía pedir a la acusación que probase la existencia del hecho delictivo, la participación del acusado y las modificaciones o agravaciones. Y cita, como referencias jurisprudenciales para sustentar su argumentación, la famosa STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008, ⁴⁸⁴ el Auto de 31 de Julio de 2013 del TS, Sala Segunda de lo Penal, ⁴⁸⁵ la STS 654/2009 de 8 de junio, ⁴⁸⁶ la STS 629/2009 de 24 de noviembre ⁴⁸⁷ y la STS 807/2010 de 30 de septiembre, ⁴⁸⁸ para concluir que en ningún caso se exige el elemento subjetivo del injusto como elemento del tipo del artículo 153.1 CP, ni cuando “ *actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco, -y aquí está la clave del caso- cuando se trata de un*

⁴⁸³ STS núm. 677/2018, de 20 de diciembre de 2018 (TOL 6.977.302).

⁴⁸⁴ STC núm. 59/2008, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008

⁴⁸⁵ ATS núm. 7790/2011, de 31 de julio de 2013 (TOL 4.943.117).

⁴⁸⁶ STS núm. 654/2009, de 8 de junio de 2009 (TOL 1.577.905).

⁴⁸⁷ STS núm. 629/2009, de 24 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7482).

⁴⁸⁸ STS núm. 807/2010, de 30 de septiembre de 2010 (TOL 1.981.209).

acometimimiento mutuo se exige el ánimo de dominación para poder fundamentar una condena (...) con el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos”. Concluye el TS que, aún pudiendo haberlo hecho, “en ninguno de los dos apartados -artículo 153.1 y 2- el legislador quiso adicionar un componente subjetivo de elemento intencional en la comisión del delito, como sí que lo ha hecho, sin embargo, en otros tipos penales en los que en la conducta típica sí que describe un elemento subjetivo que deberá ser probado”.

La agravante de género introducida por la LOVG tenía dividida a la jurisprudencia, entre otras, la Sentencia 559/2017 de 18 de septiembre de la Sección 27 de la AP de Madrid ⁴⁸⁹ rechazaba la discriminación por género indicando que ésta debía tratarse con cautela y que en el juicio debía probarse la intencionalidad de cometer los delitos por razones de género. En este mismo sentido “*la Sala Segunda (del Tribunal Supremo), en algunas Sentencias como la 681/2008 de 25 de enero habla de la necesidad de probar que la acción del autor de un delito de malos tratos está presidida por un particular ánimo machista o de dominación para poder condenarlo como tal, dicha tesis parece superada hoy por la doctrina de las Sentencias 856/2014 de 26 de diciembre y por la Sentencia 44/2015 de 21 de octubre*”. ⁴⁹⁰ No obstante, no vamos a tratar esta disyuntiva a propósito del elemento subjetivo en este trabajo de investigación por ser cuestiones sustantivas penales que excederían de nuestro objeto de estudio.

⁴⁸⁹ SAP Madrid, Sección veintisieteava, núm. 559/2017, de 11 de octubre de 2017 (TOL 6.429.645).

⁴⁹⁰ GÓMEZ VILLORA, José María, “Los tipos y la agravante de género como forma de pensar la igualdad de género en el código penal”, *op. cit.*, pp. 185-186.

Y en el mismo sentido, la Sentencia 99/2019⁴⁹¹ aplica por primera vez la agravante de género del artículo 22.4 CP y concluye para su aplicación no se exige una especial intención de humillar, sino que la situación sea humillante. *“Sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 del Código Penal nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima. Pero con ello no se resuelve el problema ya que nada obliga a limitar la agravante a los casos de esa relación de pareja”*. Aunque la LO 1/2015 acota determinados tipos penales a *“supuestos en que la mujer-víctima mantiene, o ha mantenido con el agresor una relación de pareja, cuando describe la agravante que aquí nos ocupa, no efectúa esa restringida delimitación. Por ello su ámbito de aplicación extravasa dicha relación de pareja”*.

Cerramos este apartado con las reflexiones de MARTÍNEZ GARCÍA a propósito de la perspectiva de género. Estas sentencias nos muestran el esfuerzo que hacen los y las aplicadores/as del derecho para poder entender una realidad que es *“inérita en el Derecho y la especial función del juzgador por cambiar esta situación que habla del modelo de sociedad en la que vivimos y a las conductas concretas de los individuos que integran la misma. El o la juzgador/a consciente de que es parte de esa*

⁴⁹¹ STS núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:591).

sociedad y de dichos prejuicios y estereotipos debe formarse por ayudar a cambiar esta realidad y contribuir a la democracia”.⁴⁹²

3. El caso de Ángela González Carreño

Ángela González Carreño vivió un infierno durante ocho años de su vida (1996-2003). Contrajo matrimonio en 1996 con F.R.C. y, ese mismo año, nació su hija Andrea, víctima invisible de la violencia de género que sufrió su madre. González Carreño fue víctima de violencia física y psicológica antes, durante y después de su matrimonio.⁴⁹³ Y también sufrió una revictimización por parte de las instituciones estatales. Órdenes de alejamiento, sufrimiento -personal y por su hija-, sendos procesos judiciales, dilaciones indebidas, régimen de visitas presenciales -vigiladas y no vigiladas- con el padre de la menor, “asesino y suicida”⁴⁹⁴ (...) hasta lo más horrible de todo: el asesinato de su hija por su exmarido y el suicidio de éste”.⁴⁹⁵ El 24 de abril de 2003, tres años después de que González Carreño solicitase el uso de la vivienda familiar, se celebró una audiencia judicial para este asunto. Al terminar ésta, F.R.C. se acercó a Ángela y le dijo que le “quitaría lo que más quería”. Esa misma tarde, aprovechando el régimen de visitas sin vigilancia que los tribunales españoles habían

⁴⁹² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁹³ CEDAW/C/58/D/47/2012, p. 3.

⁴⁹⁴ ABRIL STOFFELS, Ruth, “The ‘effectiveness’ of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreño v. Spain”, *Spanish Yearbook International Law*, 2015, p. 366.

⁴⁹⁵ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, p. 837.

concedido al homicida, disparó a su hija, de tan solo 7 años, y tras ello se suicidó.⁴⁹⁶

El 23 de abril de 2004, González Carreño presentó ante el Ministerio de Justicia una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, alegando negligencia por parte de las autoridades administrativas y judiciales. El 3 de noviembre de 2005, el Ministerio rechazó la reclamación sobre la base de que el régimen de visitas establecido por los jueces, y dentro del cual falleció su hija, había sido correcto y que si no estaba de acuerdo debía alegar un error judicial ante el TS. Solo si el TS concluía la existencia de un error judicial podría efectuar la reclamación pertinente. El 15 de diciembre de ese mismo año, la reclamante presentó un recurso de reposición ante el Ministerio de Justicia que volvió a ser rechazado por los mismos motivos el 22 de diciembre. El 14 de junio de 2007, presenta recurso contencioso-administrativo ante la AN, solicitando el reconocimiento del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La AN rechazó el recurso el 10 de diciembre de 2008. El 23 de febrero de 2009 recurre en casación ante el TS, y también desestima el recurso el 15 de octubre de 2010. El 30 de noviembre de 2010, recurre en amparo ante el TC por violación de sus derechos constitucionales a un recurso efectivo, a la vida e integridad física y moral, a la seguridad, a no ser sometida a tortura ni a tratos o penas degradantes y a su igualdad ante la ley. El 13 de abril de 2011 el amparo fue rechazado porque el TC

⁴⁹⁶ CEDAW/C/58/D/47/2012, p. 6.

consideró que no existía relevancia constitucional.⁴⁹⁷ Ángela González Carreño volvía a ser víctima, esta vez de las instituciones. Adelantamos que, con respecto al trámite a seguir para solicitar la indemnización, indica el Comité que es irrelevante pues el Estado en ningún momento prueba que, de haber seguido el trámite del error judicial, la respuesta del Estado hubiese sido distinta.⁴⁹⁸

Ante la negativa del Estado español, González Carreño en 2012 se dirigió al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y éste, dos años después, el 16 de julio de 2014,⁴⁹⁹ concluye la responsabilidad estatal del Estado español devolviendo así, al menos, la dignidad y el reconocimiento como víctima que las instituciones quitaron a la demandante. De acuerdo con el Dictamen CEDAW previamente indicado, el Estado español no guardó la debida diligencia dados los hechos y circunstancias del caso.⁵⁰⁰ Rechaza la alegación del Estado de que nada hacía presagiar un peligro para la vida o salud de la menor pues informes psicológicos habían indicado que F.R.C. sufría “un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una tendencia a distorsionar la

⁴⁹⁷ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, p. 837.

⁴⁹⁸ Pueden consultarse los trámites y las gestiones que deben realizarse para solicitar la responsabilidad patrimonial por el mal funcionamiento de la administración en: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/reclamacion-responsabilidad> (última consulta: 01-07-2019).

⁴⁹⁹ CEDAW/C/58/D/47/2012.

⁵⁰⁰ Especialmente llamativo es el suceso que relata la representación de González Carreño al referir que, en la misma comisaría y delante de un policía F.R.C. agredió a González Carreño. CEDAW/C/58/D/47/2012, p. 3.

realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide”.⁵⁰¹ Del mismo modo, considera que la diligencia debida fue vulnerada al permitir visitas entre el padre y la hija sin vigilancia. La aplicación de estereotipos y prejuicios en el régimen de visita implicaron la violación de los derechos reconocidos por la Convención sobre la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer (artículos 2.a, d, e y f; 5.a y 16.1.d).⁵⁰²

Ante la ausencia de una reparación adecuada por el daño causado, y apoyándose en el Dictamen CEDAW, interpuso nuevamente recurso extraordinario de revisión contra la resolución del Ministerio de Justicia de 3 de noviembre de 2005 por la que se desestimó la reclamación. El recurso fue dictaminado desfavorablemente a 11 de junio de 2015 por el Consejo de Estado (Dictamen 2018/2015) con “argumentos que, desde una perspectiva de legalidad interna, aparentan de difícil contraargumentación: la resolución ministerial recurrida a través del recurso extraordinario de revisión ha sido objeto de impugnación judicial, con lo cual la revisión se debería dirigir a impugnar la sentencia firme confirmatoria de la resolución recurrida; los dictámenes de los comités de derechos humanos de la ONU - y, entre ellos, el CEDAW- no tienen carácter vinculante, no son resoluciones judiciales ni constituyen una interpretación auténtica del Pacto en cuya virtud se constituyen”.⁵⁰³ Un año después, la AN vuelve a rechazar el recurso de la demandante en base a argumentos estrictamente jurídicos

⁵⁰¹ CEDAW/C/58/D/47/2012, p. 17.

⁵⁰² GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, p. 838.

⁵⁰³ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El caso González Carreño contra España”, *AequAlitaS*, núm. 37, 2015, p. 12.

pues considera que el recurso de revisión se sujeta a una serie de requisitos precisos que no concurren en el caso. El recurso de revisión comprende actos firmes en vía administrativa, pero en este caso el acto administrativo ya había alcanzado la firmeza judicial siendo que lo que considera pretende la demandante es “abrir una grieta en el principio de intangibilidad de la cosa juzgada”. Considera, así, la AN que los hechos probados en el Dictamen CEDAW no afectarían a los hechos probados previamente por los juzgados españoles.⁵⁰⁴

Finalmente, la STS 1263/2018⁵⁰⁵ reconoce lo que era un secreto a voces: la responsabilidad estatal por la muerte de la niña Andrea. Ésta trae causa de un recurso contencioso administrativo interpuesto a 6 de febrero de 2015 ante el Ministerio de Justicia por anormal funcionamiento de la administración. Rechazado por la sección cuarta de la AN a 2 de noviembre de 2016 y, finalmente, aceptado por el TS a 17 de julio de 2018. Así, 15 años después, Ángela González Carreño fue reconocida por las instituciones como víctima de violencia de género tanto *inter partes* como institucional. El TS llega a este fallo tras recorrer el siguiente íterin:⁵⁰⁶

1. Las obligaciones que emanan de los tratados sobre DDHH de los que España es parte deben cumplirse pues forman parte del derecho interno de acuerdo con el artículo 96 CE.

⁵⁰⁴ SAN núm. 1528/2016, de 25 de abril de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:1528).

⁵⁰⁵ STS núm. 2747/2018, de 17 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2747).

⁵⁰⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, p. 848-850.

Bloque I: Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas...

“Tenemos que resaltar (i) que el Dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado; (ii) que, por imponerlo así el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Ello tiene especial relevancia pues (i) nos encontramos ante una alegación o denuncia de vulneración de derechos fundamentales que se apoya en una declaración de un organismo internacional reconocido por España y que ha afirmado que el Estado español ha infringido concretos derechos de la recurrente que tenían amparo en La Convención, acordando medidas de reparación o resarcimiento en favor de la denunciante y medidas de actuación por parte de España; (ii) que la declaración del organismo internacional se ha producido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España; y, (iii) el artículo 9.3 de la Constitución Española viene a afirmar que la Constitución garantiza, entre otros, el principio de legalidad y la jerarquía normativa, de manera que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno, una vez recibidas en los términos del artículo 96 de la Norma Fundamental, y gozan de la jerarquía que tanto este artículo -rango supralegal- como el artículo 95 -rango infraconstitucional- les confieren”.

2. El dictamen que declara al Estado español responsable de la violación de derechos de la recurrente reconocidos por la Convención fundamenta su pretensión de que junto con la responsabilidad estatal se determine una reparación de los perjuicios que ésta conllevó.

“Como consecuencia de lo que acabamos de resaltar, afirmaremos que con arreglo a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 245/1991, de 16 de diciembre y 91/2000, de 30 de marzo, consideramos que no hay

obstáculo para que la lesión de diversos derechos reconocidos por La Convención y que declara el Dictamen del Comité de la CEDAW, pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente pues el contenido de aquéllos constituye parte también del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2 . (...)

Y en este punto consideramos que la citada vulneración no sólo tiene evidente encaje en el artículo 14 de la Constitución Española -derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo-, pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectivas en la práctica previsiones legales existentes y de manera que si pudiese reestablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente, sino también en su artículo 24 -derecho a la tutela judicial efectiva- pues en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral - artículo 15 de la Constitución Española - que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás”.

3. Debido a la inexistencia en el OJ nacional de un cauce procesal propio para instar el cumplimiento de los dictámenes CEDAW, el TS lo encuentra en la aceptación del Dictamen como presupuesto válido para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado.

“El Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente de manera que los derechos y libertades que la

Bloque I: Derecho fundamental de las víctimas a ser protegidas...

Constitución y los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos.

Por ello, ante la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité de la CEDAW, que es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte España, el que la recurrente pueda disponer de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales de la recurrente y, particularmente, aquellos que ya hemos citado.

En efecto, la conculcación de sus derechos humanos, también puede constituir, por lo dicho, una lesión de sus derechos fundamentales que debe ser examinada y en su caso reparada por los Jueces y Tribunales españoles, so pena de que una posible lesión de un derecho fundamental permanezca incólume y el acto o resolución que la haya ocasionado vigente en sus efectos, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su Auto 260/2000, de 13 de noviembre.

Y, en toda la argumentación expuesta tiene especial relevancia que nos encontramos en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona, donde lo esencial es determinar si la actuación administrativa impugnada percutió sobre los derechos de tal naturaleza invocados en la demanda y reparar ese pernicioso efecto”.

4. El TS concluye conceder a la recurrente la cantidad de 600.000 euros, menos de la mitad de lo que la demandante pedía.

“ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo que, por el cauce del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona, interpuso doña Ángela frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado formulada el 6 de febrero de 2015 ante el Ministerio de Justicia por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, ANULANDO esa resolución administrativa e imponiéndole a la Administración

demandada una condena por importe de seiscientos mil (600.000) euros por los daños morales sufridos por la Sra. Ángela”.

Como acertadamente indicaba ABRIL STOFFELS, pese a no existir una vía ordinaria para compensar a la víctima, no haber cumplido el dictamen CEDAW habría supuesto que España no otorgaba valor a sus decisiones. Lo importante de estos mecanismos es garantizar los DDHH y, por eso, aunque las recomendaciones no tengan un efecto jurídico si se indica que el comportamiento de las instituciones estatales fue contrario a lo acordado por el Estado en sede internacional, debe haber consecuencias y, dentro del ordenamiento interno, encontrar un mecanismo (extra)ordinario para compensar a las víctimas.⁵⁰⁷ La recurrente, en un audio enviado vía WhatsApp indicó que “después de 15 años, la Justicia, finalmente me devuelve mi dignidad”.⁵⁰⁸

Nuestra opinión con respecto del caso es que la muerte de Andrea se pudo y debió haber evitado. Los prejuicios contra las mujeres víctimas de violencia de género en este caso jugaron en contra de su hija menor, víctima invisible de esta violencia.⁵⁰⁹ No se valoró bien el riesgo, pues existían indicios suficientes para considerar que F.R.C. era un potencial peligro para su hija menor de edad. El Estado español no tuvo, hace ya 16 años, la sensibilidad suficiente para juzgar con perspectiva de género y

⁵⁰⁷ ABRIL STOFFELS, Ruth, “The ‘effectiveness’ of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreño v. Spain”, *op. cit.*, 2015, p. 368.

⁵⁰⁸ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, p. 850.

⁵⁰⁹ En el mismo sentido, ABRIL STOFFELS, Ruth, “The ‘effectiveness’ of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreño v. Spain”, *op. cit.*, p. 367.

reconocer la violencia que tanto Doña Ángela como Andrea sufrían a manos de su pareja y padre. Pero no solo fueron víctimas de violencia de género a manos de un particular, también sufrieron una violencia institucional que, primero, incrementó el riesgo de la menor permitiendo que se relacionase con su padre en privado pese a que éste no ejercía las funciones de padre (nunca pagó pensión) y, una vez fallecida Andrea, el Estado español tardó 15 años -Dictamen CEDAW mediante- en reconocer la responsabilidad estatal por el hecho.

Compartimos con GUTIÉRREZ ESPADA que hubo “indicios claros en los hechos que sucedieron antes del desenlace final de la muerte de la pequeña Andrea, de que la decisión de suspender las visitas presenciales vigiladas del padre no se adoptó (...) con la atención y diligencia necesarias dadas las circunstancias, decisión que a la postre facilitó lo ocurrido: y si se hizo así pesó en esta decisión (...) la idea de mantener a toda costa la igualdad formal de la madre y del padre (pese a la conducta abusiva de este y los deseos manifestados reiteradamente por la niña)”. De la presencia de tales riesgos, no valorados, en la toma de decisiones es razonable que la madre de la menor muerta viera un funcionamiento anormal en la administración.⁵¹⁰

Del mismo modo reconocemos que el Estado español en estos últimos 16 años ha hecho, y sigue haciendo, por reconocer y luchar contra la violencia de género. No fue difícil adaptarse a las recomendaciones del CEDAW para futuros casos pues muchas de éstas ya habían sido

⁵¹⁰ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, p. 840.

incorporadas previamente a nuestra legislación, fruto de la creciente sensibilidad estatal.⁵¹¹ En este sentido se pronuncia también LOUSADA AROCHENA⁵¹² al reconocer que, desde que ocurrieron los hechos del caso hasta la actualidad, la legislación española ha conocido una importante profundización en la defensa de las víctimas de violencia de género. No le resulta difícil responder a las recomendaciones generales. Un primer avance lo encontramos en la Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección. Un año más tarde llegó la LO 1/2004 para la protección integral de las víctimas de violencia de género en el ámbito del hogar. Con la firma el 11 de mayo de 2011 del Convenio de Estambul se llevó a cabo una importante reforma del CP (mediante la LO 1/2015), LOPJ (por medio de la LO 7/2015). Además, otras reformas legislativas han incidido en una mejor tutela de las víctimas a nivel europeo: la LRMRP, la DV y la DEPO entre otras.

La STS 1263/2018 marca un hito, rompiendo con la práctica jurisprudencial anterior, y, por primera vez, indica que los tratados de DDHH, en particular los que crean órganos internacionales de control, son parte de nuestro derecho interno si nuestro país se vincula a ellos y, consecuentemente, deben ser cumplidos. Cuando un Estado se suma a un tratado internacional de DDHH adquiere la obligación de cumplir sus disposiciones. Estas obligaciones deben ser calificadas como comportamientos que deben ser vinculantes en derecho, pero su

⁵¹¹ Pueden leerse las recomendaciones en: CEDAW/C/58/D/47/2012, p. 19.

⁵¹² LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El caso González Carreño contra España”, *op. cit.*, p. 11.

indeterminación en cuanto a contenido y plazos dificulta su efecto útil.⁵¹³ A este respecto, LOUSADA AROCHENA exponía sus dudas sobre el valor de los dictámenes del CEDAW, pues pese a considerar que los dictámenes no tienen carácter vinculante⁵¹⁴ él mismo afirma que “si se mantiene la premisa de base del carácter no vinculante de los dictámenes del CEDAW” conduciría a un callejón sin salida.⁵¹⁵ Nosotras compartimos la opinión de GUTIÉRREZ ESPADA y vemos en el artículo 10.2 CE suficiente fundamento jurídico para que nuestros jueces y tribunales integren los tratados internacionales sobre DDHH ratificados por España.⁵¹⁶

4. Reflexiones

El estudio de las diversas sentencias de condena del TEDH a los diversos Estados europeos por no aplicar la perspectiva de género (en sentido amplio) así como el caso González Carreño nos muestran cuánto camino queda por recorrer para conseguir la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Vamos en el buen camino, las obligaciones positivas existen tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Y consideramos que tanto el legislador como el juez español están haciendo esfuerzos por cumplir con la jurisprudencia emanada del TEDH y de instituciones

⁵¹³ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, pp. 850-851.

⁵¹⁴ Refiere su debilidad en la efectividad: ABRIL STOFFELS, Ruth, “The ‘effectiveness’ of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreño v. Spain”, *op. cit.*, p. 365.

⁵¹⁵ Para más información puede consultarse: LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El caso González Carreño contra España”, *op. cit.*, pp. 14-15.

⁵¹⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *op. cit.*, p. 501.

internacionales. Pero no es suficiente con la respuesta penal. El problema debe tratarse mucho antes.

Compartimos con TOMÁS-VALIENTE LANUZA ⁵¹⁷ que la jurisprudencia del TEDH es susceptible de generar reacciones encontradas. No es posible negar su carácter atractivo. Por los sentimientos de solidaridad que suele despertar la situación de la víctima en la mayoría de los casos en los que se aprecia la responsabilidad de los Estados, y que pueden hacernos proclives a posicionarnos a favor de un pronunciamiento condenatorio. Y porque la construcción del Tribunal ofrece una respuesta ajustada a muchas de nuestras instituciones sobre qué es claramente inadmisibles en ordenamientos que pretenden ser respetuosos con los DDHH.

Pero a la vez sentimos cierta inquietud. Inquietud derivada de la amplitud del poder que parece quedar en manos del TEDH a la luz del progresivo ensanchamiento de los ámbitos de actividad e inactividad estatal que quedan sometidos a su control. Pero sobre todo relacionada con los múltiples interrogantes que se abren en el momento en que nos planteamos trasladar esa doctrina al orden interno. La sola premisa de que una insuficiente protección penal de un derecho convencional suponga su vulneración por el Estado trae consigo el germen de lo que será una profunda transformación de la relación existente entre DDFF y *ius puniendi*, y del objeto de control de éstos por parte del TC.

⁵¹⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *op. cit.*, p. 26.

En la sociedad española, como en cualquier punto cardinal, la violencia de género es un fenómeno social de amplio recorrido. Cuando entra el derecho penal ya estamos gestionando un fracaso social. Pero no es eso lo que buscó la LOVG. Esta ley hace referencia a la educación, a los medios de comunicación y al ámbito sanitario como espacio de detección precoz además de al ámbito penal. Pero la realidad es que se ha hecho muy poco en los tres primeros ámbitos. En un primer momento se optó por comenzar por el ámbito penal, con la creación de juzgados especializados. La creación de JVSM y el tratamiento unitario de la cuestión penal junto con algunas cuestiones civiles, refiere GONZÁLEZ CANO, contribuye no solo a una protección más eficaz de la víctima, también a un mayor garantismo para el imputado.⁵¹⁸

Y fue un acierto porque se mandó el mensaje de que la violencia de género no iba a ser más un asunto de familia. En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, “la desconfianza hacia la magistratura de alguna forma estaba en el aire en esta materia y el legislador consideró que la transformación social en hábitos y valores debía cerrarse con y desde el sistema judicial”. Probablemente éste haya sido el mayor valor de la LOVG, colocar en “primera línea de fuego” y en el ámbito público la desigualdad entre hombres y mujeres en las relaciones de pareja. En España ya no es posible la marcha atrás ni la minimización de estas conductas. Es por ello que es el

⁵¹⁸ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Algunas consideraciones sobre los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Dereito*, vol. 14, núm. 2005, p. 230.

momento de dar un paso más y preguntarnos ¿qué está fallando? y ¿por qué se reincide?⁵¹⁹

Desde justicia se ha intentado abordar un problema desbordante y sin los medios suficientes. El gran acierto de la ley fue dar una protección inmediata mediante la OP, que es lo que realmente necesita la mujer en ese momento. A partir de entonces, la ausencia de servicios sociales y de medios que trabajen con la víctima hacen que el sistema se tambalee, y en la actualidad estamos sufriendo sus consecuencias negativas. “No se puede cambiar la vida de una mujer en 24 horas por el juez”, además, debido a los medios limitados, los juzgados son reacios a adoptar órdenes de protección (deniegan el 40%) y tienen dudas sobre cómo deben interpretar el riesgo, con la volatilidad que ha demostrado, así como su imprevisibilidad.⁵²⁰

Consideramos que la legislación para la lucha contra la violencia de género existe en Europa, UE y España. La LOVG es una de las leyes de violencia de género más avanzadas de Europa. Y quizá fuese demasiado avanzada para su tiempo. Prueba de ello son las casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad que tuvo una ley que, paradójicamente, nació con unanimidad parlamentaria. Pero el problema no es jurídico, es social. El ámbito penal es insuficiente para atajar el problema. Prueba de ello es la media de 60 mujeres asesinadas al año. Es momento de implementar los otros ámbitos de la ley, de adelantar un paso la respuesta frente a la violencia de género. Cuando entra el derecho penal ya hemos fracasado.

⁵¹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p.159.

⁵²⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, pp. 153-154.

Debe trabajarse con una educación en valores en igualdad y desde la infancia. ⁵²¹ Afrontar de forma seria un pacto por los medios de comunicación en su papel de prevención de la violencia de género porque no ha habido una implicación real de éstos, que son parte del problema. La LOVG ha reconocido el marco para la autorregulación, pero ha sido un fracaso, no se ha hecho nada. ⁵²² También debe dejar de recortarse en sanidad, espacio privilegiado para la detección precoz. ⁵²³

La violencia de género es un problema de todos y todas que sufrimos las mujeres. Y es necesario que todos y todas nos posicionemos en su contra, implicar al hombre igualitario y aislar al maltratador para que comprenda que en este nuevo modelo de sociedad no es aceptable su comportamiento. ⁵²⁴ Iniciativas como la EPO contribuyen a hacer más tangible la protección de las víctimas de violencia de género en la UE. Del mismo modo, responden a la obligación estatal positiva de protección. Pero solo con una buena implementación de los instrumentos de reconocimiento mutuo (DEPO, REPM, DV, etc.) puede hacerse real esta obligación de proteger.

⁵²¹ AVILÉS PALACIOS, Lucía, “La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria”, *op. cit.*, pp. 279-318.

⁵²² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 151.

⁵²³ ESCRIBANO MARTÍNEZ, Ángela, *Violencia de género y sanidad. La detección como factor de visibilidad*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Valencia, 2018.

⁵²⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, pp. 169-170.

IV. La obligación de proteger a las víctimas en la Unión Europea

“La calidad nuclear de nuestra vida no se mide en kilómetros de carreteras o en cifras de sueldo. La calidad esencial de nuestra vida empieza por no tener miedo”.⁵²⁵

En España las últimas cifras de víctimas de violencia de género con nacionalidad extranjera junto a la movilidad de los jóvenes, ya sea por motivos profesionales o personales, reflejan la necesidad de un instrumento jurídico de protección con carácter transnacional, que terminó convertido en dos, uno para el ámbito penal (DEPO) y otro para el ámbito civil (REPM). La lectura de los datos ofrecidos por el FRA es tristemente similar a la ofrecida por la macroencuesta española. Pese a la magnitud del problema que las cifras reflejan llama la atención la falta absoluta⁵²⁶ de datos exactos, fiables y comparables sobre la dimensión real de la violencia ejercida contra las mujeres.

⁵²⁵ PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 13 de junio de 2005, p. 12.

⁵²⁶ En este mismo sentido se pronuncian los informes POEMS, “empirical information on protection orders, in the way of reliable and publicity available statistical data on the number of protection orders requested and issued is generally lacking, with many Member States reporting that there are no statistics available at all, or that the statistics only cover certain protection orders or certain parts of the country. Only Spain provides for nationwide estimations of all types of protection orders available, collected on a yearly basis. Empirical research into the effectiveness of protection orders was even more exceptional”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 9.

Tampoco existe un estudio detallado en la UE de violencia sobre la mujer, en tanto en cuanto ni siquiera los países de la UE disponemos de un concepto de violencia sobre la mujer.⁵²⁷ Ni disponemos de un registro para conocer el número de órdenes de protección europeas dictadas y los motivos de éstas. La situación en el caso de menores es todavía más desoladora pues la mayoría de datos existentes los tratan únicamente de manera transversal tanto a nivel europeo⁵²⁸ como nacional.⁵²⁹ El propio Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad redactó un informe en 2015 donde denomina a los menores “víctimas invisibles del maltrato”. En este informe se estudian casos de menores que viven en un ambiente de maltrato en el hogar.⁵³⁰ Nuevamente, el análisis de los menores es realizado

⁵²⁷ Nos remitimos a las Tablas 2 y 4 expuestas en el Capítulo I.

⁵²⁸ “El 73 % de las mujeres que han sido víctimas de incidentes de violencia a manos de su pareja actual o de las anteriores señalan que los niños que viven o vivían con ellos eran conscientes de la violencia”. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf p. 36 (última consulta: 01-07-2019).

⁵²⁹ “En España existen datos y estadísticas oficiales, pero por lo general son escasos, fragmentados e insuficientes. El comité de los derechos del niño recomendó a España reforzar su mecanismo de reunión de análisis sistemático de datos desglosados por edad, sexo, origen étnico, etc., de todas las personas menores de 18 años. Como respuesta a estas recomendaciones, se desarrolló el objetivo 1 del Plan Estratégico para la Infancia y la Adolescencia, 2013-2016 (II PENIA)”. HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, op. cit., p. 320.

⁵³⁰ “El 43% de los menores ha sufrido negligencia física de al menos gravedad leve por parte del maltratador y el 64,9% negligencia emocional. El 37,9% de los menores ha sufrido maltrato físico al menos leve por parte del maltratador, siendo moderado o grave en el 10,1% de los casos. La duración media de este maltrato ha sido de 7,6 años. El 33,9% de los menores que han sufrido maltrato físico en algún momento, lo han seguido padeciendo el último año. El 79,7% de los menores de la muestra, ha sufrido maltrato psicológico al menos leve por parte del maltratador de su madre, con una duración media de 6,7 años. Este maltrato ha sido moderado o grave en el 52,5% de los casos. El 61% de los menores que han sufrido maltrato psicológico en algún momento, lo han seguido padeciendo el último año”. <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigacio>

de forma transversal pues no se estudia a los menores como sujeto independiente del maltrato, si no como víctima -directa o indirecta- del maltrato que también sufre su madre.

Los datos que vamos a presentar son escalofriantes, pero lo más escalofriante es saber lo inexactos⁵³¹ que son. NNUU nos indica que nunca podremos saber las cifras exactas de esta lacra mundial. Si estas son las cifras que conocemos, muchos más serán los casos que ignoremos. Las razones, tantas como variadas son: la falta de denuncia, el temor o la vergüenza de las mujeres, los tabúes sociales, la resignación a la violencia bien porque creen que la merecen o porque piensan que es legítima, el desconocimiento de sus propios derechos y un largo etc. Ni siquiera las estadísticas más precisas resultan fiables para calcular la magnitud del problema y los porcentajes son anecdóticos.⁵³²

A día de hoy solo conocemos la punta del iceberg. El informe del FRA de 2019 indica que solo un tercio de las mujeres informaron los incidentes más graves a las instituciones públicas. Un 21% indicó que sentía vergüenza del incidente más grave de violencia física que sufrió, cifra que sube al 47% si se trata de mujeres víctimas de violencia sexual. El 32% de las mujeres víctimas de violencia sexual se sintieron culpables, el 34%

[nes/2015/pdf/Las_victimas_invisibles_de_la_violencia_de_genero.pdf](https://www.unhcr.org/refugees/2015/pdf/Las_victimas_invisibles_de_la_violencia_de_genero.pdf) p. 60 (última consulta: 01-07-2019).

⁵³¹ A propósito de la inexactitud, en España disponemos de cifras de mujeres asesinadas por sus parejas indica LORENTE ACOSTA que entre el 20% y el 40% de las mujeres que se suicidan eran víctimas de malos tratos. LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, *op. cit.*, p. 119.

⁵³² SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, *op. cit.*, p. 172.

avergonzadas y el 64% tenían miedo. Estos datos nos muestran el grave peligro que tienen estas mujeres de ser revictimizadas.⁵³³

1. Las cifras del fracaso

“Según las cifras oficiales del Ministerio de Interior, en 43 años de existencia, ETA asesinó a 829 personas. (...) Según las cifras oficiales, en los quince años que van del 2000 al 2015, la violencia de género a asesinato en España a 970 mujeres. Proporcionalmente, en 43 años sería 2.771 asesinatos de mujeres”.⁵³⁴

Como nos indica MARTÍNEZ GARCÍA, en la actualidad no podemos conocer el número de mujeres asesinadas por sus parejas o por otros hombres por el hecho de ser mujeres. No existen datos armonizados ni sistemáticos que permitan comparar las cifras de asesinatos por país. Estos datos tienen que obtenerse por medio de fuentes de datos administrativos. En el caso de la policía, 28 EEMM graban los datos desagregados por sexo de agresor y víctima y también la relación existente entre ambos. Esto permite, al menos, la obtención del número de mujeres asesinadas por sus (ex)parejas. Eurostat publicó en 2015, por primera vez, datos armonizados de asesinatos de violencia contra la pareja, reportando un total de 431 mujeres asesinadas en 15 EEMM (Tabla 6).⁵³⁵

⁵³³ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 34.

⁵³⁴ VARELA, Nuria, *Cansadas. Una reacción feminista frente a la nueva misoginia*, Grupo Zeta, 2 Edición, 2017, p. 113.

⁵³⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op. cit., pp. 60-61.

Tabla 6. Total de mujeres víctimas de homicidio por una (ex) pareja en países de la UE

GEO/TIME	2012	2013	2014
Czech Republic	16	21	35
Germany (until 1990 former territory of the FRG)	113	146	167
Spain	:	54	57
Croatia	7	8	8
Italy	75	76	80
Latvia	2	3	2
Lithuania	11	18	15
Hungary	26	22	23
Malta	2	0	1
Netherlands	21	27	16
Slovenia	2	1	4
Slovakia	:	:	0
Finland	17	14	15
England and Wales	77	85	:
Scotland	5	6	8
Total	374	481	431

Fuente: Eurostat website Tabla adaptada de E.Martínez García (En prensa, 2019)

Para completar la información anterior, se muestra la ratio por cada 100.000 habitantes de mujeres asesinadas por parejas o ex parejas, que nos ofrece una primera aproximación a los casos de homicidios reportados a nivel UE (Tabla 7). Nuevamente, vemos claramente el importante espacio de mejora en el que trabaja actualmente de forma conjunta EIGE y Eurostat

para la recogida sistemática y armonizada de datos administrativos ⁵³⁶ que nos ofrezcan una visión más real del grave problema social. ⁵³⁷

Tabla 7. Ratio de mujeres víctimas de homicidio por sus (ex) parejas en la UE (Por 100.000 habitantes)

GEO/TIME	2012	2013	2014
Czech Republic	0.30	0.39	0.65
Germany (until 1990 former territory of the FRG)	0.27	0.35	0.41
Spain	:	0.23	0.24
Croatia	0.32	0.36	0.36
Italy	0.24	0.25	0.26
Latvia	0.18	0.27	0.18
Lithuania	0.68	1.12	0.94
Hungary	0.50	0.42	0.44
Malta	0.95	0.00	0.47
Netherlands	0.25	0.32	0.19
Slovenia	0.19	0.10	0.38
Slovakia	:	:	0.00
Finland	0.62	0.51	0.54
England and Wales	0.27	0.30	:
Scotland	0.18	0.22	0.29

⁵³⁶

https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/ending-gender-based-violence_en#collecting-reliable-data-on-gender-based-violence (última consulta: 01-07-2019).

⁵³⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op. cit., p. 62.

Fuente: Eurostat website. Tabla adaptada de E. Martínez García (En prensa, 2019)

La violencia sobre las mujeres en general y la violencia doméstica en particular son consecuencia de la desigualdad existente en nuestra sociedad:⁵³⁸ Las mujeres maltratadas suponen estadísticamente el mayor porcentaje de víctimas de la violencia en el ámbito familiar. Para analizar la prevalencia de este tipo de violencia, podemos acudir, entre otros, a la encuesta realizada por la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) encargada de recoger y difundir información sobre los derechos fundamentales en la UE del año 2014,⁵³⁹ al informe del FRA “Women as victims of partner violence” del año 2019⁵⁴⁰ al “Special Eurobarometer 449” publicado por la Comisión el año 2016, así como a la última macroencuesta de violencia contra la mujer⁵⁴¹ que data de 2015 pues a fecha de depósito de este trabajo seguimos sin disponer los datos de la macroencuesta de 2019 que, de acuerdo con las informaciones oficiales, verá la luz en diciembre de 2019.⁵⁴²

⁵³⁸ En estos términos se pronuncia CHAPARRO MATAMOROS en un artículo donde se muestra a favor de la creación del instrumento de la EPO. Puede leerse el artículo entero en: CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “La orden europea de protección”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 14, 2012.

⁵³⁹ <http://fra.europa.eu/es> (última consulta: 01-07-2019).

⁵⁴⁰ <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/justice-victim-crime-women> (última consulta: 01-07-2019).

⁵⁴¹ La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer se realiza cada cuatro años desde 1999, siendo la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género la encargada de su elaboración desde el año 2011. En *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer*, año 2015, p. 3.

⁵⁴² http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/docs/Calendario_DGVG_2019.pdf (última consulta: 01-07-2019).

El conocimiento, manejo y tratamiento de los datos debe servir para dar una idea, lo más aproximada posible a la realidad, de la magnitud del problema al que nos enfrentamos; con el objeto de dedicar de manera eficiente y efectiva los recursos necesarios para su erradicación. Uno de estos recursos son las medidas de protección transnacionales reguladas en la DEPO y en el REPM. Estos instrumentos, aplicables en todo el territorio de la UE, buscan dotar de protección a todas aquellas víctimas que pretendan ejercer su derecho fundamental de libre circulación por el territorio de la UE. Asimismo, estos datos nos deberán dar una idea de la importancia que la DEPO y el REPM pueden tener a la hora de otorgar protección a las víctimas de violencia de género, que también se incluyen en el elenco de víctimas protegidas por ambos instrumentos.⁵⁴³

1.1. Víctimas de violencia de género en Europa

Según la encuesta del FRA⁵⁴⁴ una de cada tres mujeres europeas (un 33%) ha experimentado violencia física y/o sexual desde los 15 años de edad. Este porcentaje se reduce a aproximadamente una de cada cuatro (un 22%) si solo nos centramos en la violencia sufrida por parte de la (ex) pareja.⁵⁴⁵ Además, una de cada tres mujeres europeas (un 32%) ha experimentado maltrato psicológico a manos de su pareja actual o anterior.

⁵⁴³ Aunque ya se han ido haciendo referencias a ambos instrumentos, se estudiarán con más detenimiento en el Bloque II.

⁵⁴⁴ Las conclusiones de la encuesta datan del 2014. Actualmente son las informaciones más recientes que tenemos sobre la violencia de género a escala UE.

⁵⁴⁵ Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones. FRA. European Union Agency for Fundamental Rights. ISBN 978-92-9239-380-9 Año 2014, p. 17.

⁵⁴⁶ Y en torno al 14% de las mujeres han recibido de forma reiterada llamadas telefónicas o mensajes ofensivos o amenazadores de una misma persona, reduciéndose al 9% si han sufrido este acoso por parte de su pareja anterior. ⁵⁴⁷ Nuevamente, una de cada tres (un 35%) fue víctima de algún tipo de violencia durante la infancia. ⁵⁴⁸

En noviembre de 2016, la Comisión Europea publicó el informe "Special Eurobarometer 449" que recoge la percepción que la ciudadanía de la UE tiene acerca de la violencia de género y doméstica. ⁵⁴⁹ El 74% de las personas encuestadas consideran que es una violencia común en su país ⁵⁵⁰ al mismo tiempo que la rechazan al calificarla de inaceptable (según el 96% de la población encuestada). ⁵⁵¹ La percepción de la violencia como un problema de ámbito privado va desapareciendo del imaginario colectivo, tan solo un 15% de las personas encuestadas aceptan que el problema de la violencia doméstica ⁵⁵² debe ser resuelto en la esfera familiar. ⁵⁵³ Sin

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 26.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 29.

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 35.

⁵⁴⁹ El informe analiza la violencia que sufren las mujeres y la que sufren los hombres como dos fenómenos diferenciados en el marco teórico-conceptual de la violencia doméstica para poder realizar una comparativa y determinar la prevalencia de la violencia sobre un sujeto concreto, las mujeres. Disponible en: https://data.europa.eu/euodp/data/dataset/S2115_85_3_449_ENG (última consulta: 01-07-2019).

⁵⁵⁰ Special Eurobarometer 449 - November 2016: Gender-based violence Report. European Commission, Directorate-General for Communication, ISBN 978-92-79-62608-1 Año 2016, p. 8.

⁵⁵¹ Ibidem, p. 16.

⁵⁵² Traducción literal del término "domestic violence".

⁵⁵³ Ibidem, p. 36.

embargo, estos porcentajes contrastan con el escaso uso de los medios institucionales a la hora de contar un caso de violencia doméstica. Según el Eurobarómetro, el mayor porcentaje de personas decide hablar con un/a amigo/a, o con un miembro de la familia (39%) o persona involucrada (33%). Alrededor del 12% acude a la policía, el 8% se dirige a los centros de salud y un 7% a centros de apoyo públicos o privados.⁵⁵⁴ Según el 86% de los encuestados el hogar sigue siendo el espacio donde tienen lugar las agresiones contra las mujeres.⁵⁵⁵ Y el 65% de las mujeres víctimas de violencia en la pareja indican que el primer episodio de violencia (física o sexual) sucedió en el hogar.⁵⁵⁶

1.2. Víctimas de violencia de género en España con la mirada puesta en Europa

Para analizar los datos de la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015 diferenciaremos entre varios tipos de violencia, a saber: violencia física,⁵⁵⁷ violencia sexual,⁵⁵⁸ violencia psicológica⁵⁵⁹ -de

⁵⁵⁴ Ibidem, p. 29.

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 55.

⁵⁵⁶ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 21.

⁵⁵⁷ Entendemos por violencia física cualquier acto que supone daño no accidental, bien usando la fuerza física o bien tipo de arma u objeto que pueda provocar, o no, lesiones.

⁵⁵⁸ Hace referencia al acto de coacción hacia una persona con el objeto de que lleve a cabo una determinada conducta sexual y, por extensión, también los comentarios.

⁵⁵⁹ La violencia psicológica es un tipo de violencia que implica una coerción, aunque no haya uso de la fuerza física.

control y emocional-, violencia económica⁵⁶⁰ y violencia de género en el colectivo específico de víctimas extranjeras.⁵⁶¹

Un 10,4% de las mujeres residentes en España de 16 años o más han sufrido violencia física por parte de alguna pareja o ex pareja en algún momento de su vida. Si afinamos un poco más la mirada y únicamente nos centramos en aquellas mujeres que han tenido pareja, el 9,5% de las nacionales han sido víctimas de esta violencia por parte de su pareja o ex pareja frente al 20,5% de las nacidas en el extranjero.⁵⁶²

Asimismo, se estima que un 8,1% de las mujeres residentes en España de 16 años o más han sufrido algún tipo de violencia sexual en el ámbito de la pareja a lo largo de su vida. Este porcentaje vuelve nuevamente a distribuirse de manera desigual si atendemos a la nacionalidad de la mujer, pues un 7,5% de las mujeres autóctonas han sufrido este tipo de violencia, frente al 15,5% de las nacidas en el extranjero. Siendo un dato a destacar, las mujeres cuya última pareja nació en el mismo país extranjero son las más vulnerables a este tipo de violencia, alcanzando cifras de hasta el 24,4%.⁵⁶³

⁵⁶⁰ La violencia económica es una forma de control que se puede producir en las relaciones de parejas consistente en la falta de libertad que el victimario ofrece a su víctima en la realización de aquellos gastos necesarios para cubrir sus necesidades siendo que la víctima debe dar justificación constante de dónde y cómo ha gastado el dinero.

⁵⁶¹ Las manifestaciones de la violencia de género que aquí se analizan muestran una dimensión de la violencia contra las mujeres más amplia de la que ofrece la definición que contempla el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁵⁶² *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer*, año 2015, pp. 11 y ss.

⁵⁶³ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

Por otro lado, un 25,4% de las mujeres residentes en España de 16 o más años han sufrido violencia psicológica de control por parte de alguna pareja o ex pareja en algún momento de su vida. Las víctimas extranjeras de este tipo de violencia vuelven a ser muy superiores a las nacionales. Mientras que el 24,3% de las mujeres nacidas en España han sufrido este tipo de violencia por parte de alguna pareja o ex pareja, las nacidas en el extranjero alcanzan la cifra de 42,7%.⁵⁶⁴ Además, un 21,9% de las mujeres residentes en España de 16 años o más ha sufrido violencia psicológica emocional por parte de alguna pareja o ex pareja en algún momento de su vida. De estas, el 21,3% había nacido en España y el 34,7% en el extranjero.⁵⁶⁵

En última instancia señalar que un 10,8% de las mujeres de 16 o más años residentes en España han sufrido violencia económica por parte de alguna pareja o ex pareja. Las víctimas extranjeras vuelven a doblar sobradamente a las nacidas en España, siendo un 9,9% el porcentaje de víctimas autóctonas y un 21,1% el de aquellas nacidas en el extranjero. Cifra que aumenta hasta el 29,5% de las mujeres si víctima y victimario han nacido en el mismo país extranjero.⁵⁶⁶

La prevalencia de la violencia de género en todas sus dimensiones es superior para las mujeres nacidas en el extranjero bien por la pareja actual como por cualquiera de las ex parejas. Siendo las diferencias muy

⁵⁶⁴ Ibidem, año 2015, pp. 53 y ss.

⁵⁶⁵ Ibidem, año 2015, pp. 73 y ss.

⁵⁶⁶ Ibidem, año 2015, pp. 103 y ss.

significativas, y en algunos casos llegando incluso a doblar el número.⁵⁶⁷ Dado el alto porcentaje de víctimas extranjeras, así como la gran movilidad profesional existente en el mundo moderno podemos afirmar que la protección de las víctimas a nivel nacional no es suficiente.⁵⁶⁸ Deviene necesaria una protección que traspase las fronteras nacionales y es éste el espíritu de la DEPO, aprobada por la Directiva 2011/99/UE, y del REPM, aprobado por el Reglamento (UE) 606/2013. Ambos instrumentos deben ser leídos en clave de protección de víctimas y completados por la Directiva de Víctimas, aprobada por la Directiva 2012/29/UE.

2. La globalización y la insostenibilidad de las medidas de protección nacionales

Por lo que respecta a las órdenes de protección nacionales, en el primer trimestre del año 2019⁵⁶⁹ se incoaron 9.530 de las cuales 85 (un 0,9%) fueron inadmitidas, 6.395 (un 67,1%) adoptadas y 3.051 (un 32%) denegadas. La ratio de órdenes de protección y mujeres víctimas es de un 24,68%. Del total de órdenes, 6.453 (un 67,7%) fueron incoadas para mujeres nacionales y 3.077 (un 32,3%) para extranjeras. Así, casi un tercio de órdenes se refieren a mujeres extranjeras, lo cual viene a confirmar que la protección nacional deviene insuficiente. Si acudimos a los datos del CENDOJ, España ha emitido 29 EPOs entre los años 2015-2017, un

⁵⁶⁷ *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer*, año 2015, pp. 349 y ss

⁵⁶⁸ SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre”, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁶⁹ Informe realizado por el Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Primer-trimestre-de-2019> (última consulta: 24-06-2019).

número muy reducido si lo contrastamos con las cifras de violencia de género en nuestro país. Además, la EPO puede ser otorgada a cualquier víctima de violencia, no solo a las de género. De estas 29 EPOs, 2 fueron emitidas por Audiencias Provinciales, 19 por Juzgados de Violencia sobre la Mujer, 5 por Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y 3 por Juzgados de lo Penal.⁵⁷⁰ Esto denota un uso ínfimo en comparación con la cantidad de mujeres extranjeras que disponen de medidas de protección en España.

Los datos hablan por sí solos. Es una triste realidad la gran cantidad de mujeres comunitarias⁵⁷¹ que hacen uso en nuestro país de la OP tras denunciar un acto de violencia de género y el inicio de las actuaciones correspondientes. Si la protección que se les dispensa es la ofrecida por la ley 27/2003 estas mujeres cuando vuelvan a su país no tendrán nada, y la protección pasará por iniciar un nuevo procedimiento en el país de destino, procedimiento que les “ayudará” a recordar su trauma y ver como jueces

⁵⁷⁰ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/> (Última consulta: 24-06-2019).

⁵⁷¹ Los últimos años estamos viviendo un movimiento de concienciación y es frecuente encontrar artículos haciendo referencia al problema de la violencia contra las mujeres, así como la intención de cifrar su alcance a nivel español, y europeo. Entre otros: “Una de cada diez mujeres sufrirá ciberacoso, una de cada 20 será violada y un 33% sufrirá algún tipo de violencia física o sexual a lo largo de su vida. Tan solo en la Unión Europea, las cifras a nivel mundial resultan aún más demoledoras”. A 24 de Octubre de 2017 en: <https://valenciaplaza.com/europa-un-frente-comun-contra-la-desigualdad-la-violencia-y-el-sexismo> (última consulta: 01-07-2019).

y fiscales ponen en duda su historia, pues al fin y al cabo rige la presunción de inocencia, produciéndose así una doble victimización de la víctima.⁵⁷²

Es en este marco en el que se incardinan la DEPO y el REPM. Ambos instrumentos parten de la asunción de que, a pesar de las diferencias entre las distintas órdenes de protección en los diversos EEMM, éstos estaban, al menos, listos para ofrecer a las víctimas el mismo nivel de protección.⁵⁷³ Pero, a pesar de esta asunción, quedaba una pregunta por hacerse: ¿Qué tipo de legislación de OP tienen los 27+1 EEMM y cuál es exactamente el nivel actual de protección que los EEMM pueden brindar a

⁵⁷² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La nueva Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 39.

⁵⁷³ El fundamento viene delimitado por el hecho jurídico de que la víctima, cualquiera que sea, como sujeto pasivo en el proceso penal, al tener derechos y garantías procesales, no se encuentre desprotegida, debido a que las medidas de protección, tras la promulgación de la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima en España, se adoptan atendiendo al carácter de la persona, al delito y sus circunstancias, así como a la entidad y gravedad del daño o la vulnerabilidad de la víctima. Así, su fundamento será la suma de las medidas de protección y la persona a proteger, que podrá ser tanto víctima directa como indirecta, de acuerdo con el nuevo concepto de víctima fijado por la Ley 4/2015, que es más amplio que el de sujeto pasivo del delito, al estar reconocidos los derechos de las víctimas tanto para españolas como extranjeras. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La nueva orden europea de protección en España”, *op. cit.*, p. 4.

las víctimas? ⁵⁷⁴ Esta pregunta ha sido respondida en parte por los estudios EPOGENDER I y II ⁵⁷⁵ y POEMS. ⁵⁷⁶

El considerando (39) DEPO hace una fotografía de la realidad social. El objetivo de la Directiva es proteger a aquellas personas que se encuentran en una situación de peligro. Objetivo que en un mundo globalizado con fronteras líquidas ⁵⁷⁷ no puede ser alcanzado por los Estados en solitario. La protección puede lograrse mejor a escala de la Unión ⁵⁷⁸ adoptando medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad del artículo 5 TUE. Unido al principio de subsidiariedad encontramos el de proporcionalidad y la Directiva no lo excede. Encontramos este mismo planteamiento en el considerando (39) REPM. ⁵⁷⁹

⁵⁷⁴ VAN DER AA, “Protection orders in the European member states: where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, pp. 184-185.

⁵⁷⁵ FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus; VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, *op. cit.*; SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*

⁵⁷⁶ VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*

⁵⁷⁷ Término empleado por BARONA VILAR en diversos estudios. Por todos, BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, *op. cit.*, pp. 29-69.

⁵⁷⁸ Así, la DEPO contribuye a reducir los efectos de las discriminaciones múltiples, por ejemplo, por el hecho de ser mujer y extranjera. ELLIS, Evelyn; WATSON, *Philippa*, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford EU Law Library, 2 Edition, 2012, pp. 156-157.

⁵⁷⁹ En el mismo sentido, “Until recently, protection orders were only valid on the territory of the Member State that issued the order: Victims who travelled or moved to another Member State were forced to initiate new proceedings to acquire a substitute protection

2.1. Falta de entendimiento

Resulta extremadamente complejo abordar en la UE el fenómeno de la violencia de género porque no tenemos un concepto unitario que entienda qué es la violencia contra la mujer y de qué formas se manifiesta (Tabla 8). Existe un desconocimiento generalizado entre los países sobre el contexto histórico, político y social en el que se incardina esta violencia. Contexto que varía considerablemente entre los propios EEMM. El resultado, son cifras absolutamente dispares, así como lo son los factores de riesgo asociados a todos los niveles (individual, relacional, social y de país). Consecuentemente “las herramientas existentes que permiten predecir el riesgo de violencia contra la mujer, nada tienen que ver en cada país, ante sensibilidades, normas y recursos tan dispares. Esto es la Unión Europea en materia de violencia de género”.⁵⁸⁰ Falta de entendimiento que vemos plasmada en la aprobación de la DEPO y en el REPM como instrumento complementario de ésta. No obstante, en este epígrafe nos centraremos en la DEPO al ser este trabajo de investigación fruto de un proyecto para el estudio de este instrumento.

order in the new country of residence. With the coming into force of Directive 2011/99/UE (the European Protection Order, hereafter: EPO) and Regulation 606/2013 (on the mutual recognition of protection measures in civil matters, hereafter: EPM) this situation has changed. These two instruments provide a legal basis for EU Member States to recognize a protection order that was granted in another Member State. From now on, criminal and civil protection orders issued in a particular EU Member State have to be recognized in all other EU Member States”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁵⁸⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 20.

Tabla 8. Violencia contra la pareja en la UE: definiciones legales, forma de criminalización y existencia de órdenes de protección

	Intimate partner violence (IPV)							Protection orders available
	Dedicated DV/ IPV law(1)	IPV and criminal law		Specific law uses as a legal concept				
		IPV as an aggravated circumstance	A specific criminal offence	Family violence	Domestic violence	IPV	Gender-based violence	
AT	x		x					x
BE		x		x		x		x
BG	x	x			x			x
CY	x	x		x				x
CZ	x		x		x			x
DE	x							x
DK			x					x
EE								x
EL	x	x		x	x	x		x
ES	x	x					x	x
FI								x
FR		x				x		x
HR	x	x			x			x
HU	x			x				x
IE	x			x	x	x		x
IT	x	x	x	x				x
LT								x
LU	x	x						x
LV				x				x
MT	x	x						x
NL	x	x						x
PL	x		x	x				x
PT	x		x		x			x
RO	x	x		x	x			x
SE			x	x	x	x	x	x
SI	x		x	x	x			x
SK			x	x				x
UK	x				x			x

Fuente: Datos administrativos en violencia de género contra la mujer, EIGE, 2014

Son las referencias de la desigualdad existentes las que se observan de manera especialmente marcada en gran parte de los EEMM. Entre ellas, la violencia de género o la violencia de las mujeres en la mayoría de EEMM

no es reconocida de manera específica, sino que queda incluida en el grupo genérico de la “violencia doméstica”. Esta situación de falta de entendimiento condiciona la respuesta dentro de cada EM y, por tanto, en el conjunto de la UE, así como las prioridades, políticas e instrumentos a desarrollar para abordar el problema.⁵⁸¹

Es la falta de armonización previa⁵⁸² sobre cuestiones sustantivas y procesales lo que genera una falta de entendimiento entre los operadores jurídicos y, con ésta, una inseguridad en las víctimas. Por ello, sería muy conveniente desarrollar indicadores comunes y protocolos para armonizar la recogida de datos y así tener una imagen homogénea de la realidad de la violencia de género en la UE.⁵⁸³

La DEPO ha desarrollado un modelo teórico de respuesta y articula el procedimiento a seguir y la coordinación necesaria para lograr los objetivos pretendidos. En cambio, el análisis forense revela una serie de límites que deben ser tenidos en cuenta para mejorar el desarrollo de medidas que logren avanzar en la búsqueda de una UE libre de violencia de género. La mayoría de estos elementos están relacionados con la percepción que se tiene de la violencia de género, que dependerá de las referencias

⁵⁸¹ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁸² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁸³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 22.

culturales de cada EM.⁵⁸⁴ Pese a los avances no deja de mostrar cierto grado de miopía frente al problema de la violencia de género pues en la DEPO percibimos como una constante la pretensión de afrontar los problemas sociales como consecuencias de un conjunto de decisiones individuales ajenas a los problemas estructurales del sistema.⁵⁸⁵

La aplicación de la DEPO implica realizar una reflexión transversal a propósito de los servicios esenciales de apoyo a las víctimas (prestación de justicia gratuita, servicios de acogida, atención e información, apoyo personal y social, etc.). Sin la puesta a disposición de las mujeres de este conjunto de recursos y servicios para garantizar su protección integral, las medidas de protección pueden ser insuficientes. Para entender la realidad europea y algunas diferencias en materia de asistencia jurídica y de servicios ofertados a las víctimas de violencia de género pueden contrastarse los informes de EPOGENDER⁵⁸⁶ o los informes elaborados por *Women Against Violence Europe (WAVE)*.⁵⁸⁷ En el primero se evidencia la diferente implementación de OPN en el espacio UE. En el segundo se evidencian las enormes diferencias en coberturas para la

⁵⁸⁴ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p 156.

⁵⁸⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op.cit.*, p. 28.

⁵⁸⁶ <http://www.epogender.eu> (última consulta: 01-07-2019).

⁵⁸⁷ <https://www.wave-network.org> (última consulta: 01-07-2019).

protección de las víctimas tanto por los modelos de gestión, como por su capacidad para dar cobertura a todas las víctimas de violencia de género.⁵⁸⁸

Apunta muy acertadamente BLANCO-MORALES LIMONES, los problemas que plantea la lucha contra la violencia de género se agudizan en aquellos casos en los que las resoluciones judiciales que se adoptan para su castigo y prevención deben desplegar sus efectos en más de un Estado. La dimensión de este problema se puede calibrar si, al margen de las consideraciones jurídicas que a lo largo del trabajo vamos realizando, tenemos en cuenta los datos publicados por organismos tanto nacionales como internacionales.⁵⁸⁹ En una sociedad marcada por los flujos migratorios y por la libre circulación de personas, reconocer efectos a las medidas de protección se afronta con un conjunto de normas que conforman un sistema complicado y en continua evolución, integrado por fuentes de diferente origen. La eficacia extraterritorial de las medidas de protección a las víctimas se desenvuelve en un ámbito que se encuentra marcado por las dificultades que surgen de las sustanciales diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos en la regulación y el tratamiento de la violencia de género.⁵⁹⁰

La DEPO ha sido concebida como una medida dirigida a abordar posibles agresiones, pero no tanto la situación concreta de las agresiones

⁵⁸⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea, op.cit.*, p. 23.

⁵⁸⁹ A este respecto, nos remitimos a: “ANEXOS: Datos publicados por organismos o instituciones nacionales e internacionales”.

⁵⁹⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 8427, 2014, p. 1.

que suceden dentro de la violencia de género. Esta perspectiva se debe a que la DEPO mezcla diferentes tipos de violencia dentro de su, loable, objetivo protector. Pero esto hace que pierda especificidad y que violencias como lo son la violencia de género se vean perjudicadas porque el contexto en el que se está produciendo es el de la normalidad social y cultural, no el de la criminalidad. Además, se circunscribe el riesgo a la previa existencia de éste en el Estado emisor y a los elementos configuradores del riesgo dentro de ese Estado. Ese riesgo puede aumentar, y de manera muy significativa, en el estado de ejecución.⁵⁹¹ Todo ello refleja, tal y como identificó el EIGE,⁵⁹² la necesidad de desarrollar indicadores comunes y protocolos para armonizar la recogida de datos para así obtener una idea homogénea de la realidad de la violencia de género en la UE.⁵⁹³

No existe un instrumento legal en la UE que verse exclusivamente sobre la violencia de género. Tanto el PE como numerosos expertos europeos consideran clave la adopción de un instrumento legislativo de carácter vinculante que aborde la violencia de género en todas sus formas de una manera integral para toda la UE. El Capítulo 4 TFUE sobre cooperación judicial en asuntos criminales podría ser el adecuado ya que permite tanto el desarrollo de directivas específicas como generales.⁵⁹⁴ Esta falta de entendimiento no debe contemplarse como una limitación que ha

⁵⁹¹ LORENTE ACOSTA, Miguel, “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 155.

⁵⁹² <https://eige.europa.eu> (última consulta: 01-07-2019).

⁵⁹³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op.cit.*, p. 22.

⁵⁹⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op.cit.*, p. 20.

quedado plasmada en los mismos defectos que caracterizan el instrumento de la DEPO, sino como un punto de partida que nos permita identificar sus falacias para así proponer mejoras.

2.2. La necesaria protección transnacional de las víctimas de violencia de género

La violencia de género es consecuencia de la desigualdad social. Y a su vez, la desigualdad social es consecuencia de una cultura que toma como universales las referencias masculinas. La UE está impregnada de los mismos valores que forman parte de las sociedades de sus EEMM.⁵⁹⁵

Constatadas las características especiales de las víctimas de violencia de género de acuerdo con la definición de la LOVG y el riesgo especial debido a su relación de afectividad con el agresor podemos afirmar que las mayores beneficiarias de órdenes de protección en los diversos países de la UE serán las víctimas de violencia de género (siendo que en España únicamente estas víctimas pueden ser beneficiarias de una OP pues las víctimas de delitos comunes serán beneficiarias de órdenes de alejamiento).

Estudiado el instrumento de la OP hemos de afirmar que, en teoría, es una muy buena medida para garantizar la protección de las víctimas, así como para dotarlas de un estatuto integral que contenga también medidas civiles y sociales. Pero en la práctica no funciona como se esperaba. Y es

⁵⁹⁵LORENTE ACOSTA, Miguel, “Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección”, *op. cit.*, p. 4.

aquí donde debemos preguntarnos qué está fallando.⁵⁹⁶ Somos conscientes de que en el siglo XXI los Estados en solitario no pueden luchar contra la delincuencia. Surge una necesidad de protección transnacional de víctimas que, en el ámbito de la UE, cubrimos con la DEPO, el REPM y la DV. Es por ello que, finalizado este bloque, abandonamos el plano nacional, para meternos de lleno en el plano supranacional que tiene como sujeto la UE. Estudiando su pasado podremos comprender su presente y vislumbrar hacia donde se dirige el futuro de las medidas de protección transnacionales. Estas tres medidas están llamadas a ser instrumentos de uso cotidiano en el futuro y es por ello que debemos preguntarnos, ¿por qué no lo son ya? En los próximos capítulos analizaremos la DEPO y el REMP como complemento necesario de la primera, que dejaba las medidas de protección extra penales sin cubrir. Del mismo modo, estudiaremos los diversos instrumentos con los que podrían colisionar y/o interactuar.

⁵⁹⁶ Será tratado en el Capítulo V.

**BLOQUE II: LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA
COMO INSTRUMENTO PARA LA CONSTRUCCIÓN
DE EUROPA**

“Cambiar el mundo, que no es locura ni utopía, sino justicia”.

Anónimo.

CAPÍTULO III: EL ESPACIO EUROPEO Y LA GESTACIÓN DE LA DIRECTIVA 2011/99/UE, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA

I. Creación de un derecho procesal penal europeo en el Espacio de libertad, seguridad y justicia

A priori parece que la cooperación judicial penal no construye Europa. No obstante, tal y como apunta LIROLA DELGADO, si se piensa en un ámbito material donde “el viejo planteamiento funcionalista de la bola de nieve pudiera resultar de aplicación”, la cooperación judicial en materia penal vería confirmada su condición de “puntal esencial” para la configuración de la UE como un ELSJ en la medida que el desarrollo del derecho penal europeo constituye uno de los elementos imprescindibles para garantizar las libertades y derechos de los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho y de la justicia que cita el artículo 2 TUE como valores comunes a los EEMM.⁵⁹⁷

1. Antecedentes

La integración europea no ha sido una idea espontánea del siglo veinte, la historia nos demuestra que ha sido una constante utopía en el pensamiento europeo. Europa es desde tiempos inmemoriales una

⁵⁹⁷ LIROLA DELGADO, Isabel, “La cooperación judicial en materia penal en el tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 16, 2008, p. 2.

comunidad de culturas. El viejo continente ha compartido los más importantes movimientos artísticos, literarios, un pensamiento político homogéneo, unas raíces jurídicas comunes, una ideología, unas creencias, y muchas guerras.⁵⁹⁸ Es este el caldo de cultivo en el que se crea la idea de Unión. Y la idea de Unión encontró su momento y lugar tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial.⁵⁹⁹

Podemos dividir la construcción de la UE en diferentes fases. Las distintas velocidades en su construcción responden a los diferentes acontecimientos políticos y sociales de las últimas décadas. No quisiéramos continuar sin antes referir las tres fases de desarrollo de la sociedad después de la Segunda Guerra Mundial que refiere BECK. En una primera fase, hasta entrados los años setenta, existe una necesidad de reconstruir un mundo en ruinas y un miedo a que lo reconstruido vuelva a desplomarse. Las virtudes clásicas (disposición al sacrificio, diligencia, subordinación, asistencia a la comunidad, etc.) se refuerzan. Una segunda fase hasta la década de los ochenta se caracteriza por el pensamiento utópico de la prosperidad perpetua. Los efectos secundarios que ponen en duda los fundamentos de la modernidad (por ejemplo, la crisis ecológica y la individualización), pese a la resistencia del poder, son puestos en tela de

⁵⁹⁸ “Schmitt advances the idea that the contemporaneous religious faith in technological progress is only the last step in a passage from theology, to metaphysics, to humanitarian morality, and then to economics. Each of these steps was taken by the European nations to find neutral territory where groups could interact safely, but each attempt to outrun the political failed, and the neutral terrain became the new battle ground”. BURCHARD, Christoph, “Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations”, *Leiden Journal of International Law*, num. 19, 2006, pp. 14-15.

⁵⁹⁹ AHIJADO QUINTILLÁN, M., *Historia de la Unidad Europea*. Pirámide, 2010.

juicio y así van creando una conciencia pública. La tercera fase, en la que actualmente vivimos, sería la “sociedad del riesgo mundial”. Hemos vuelto a un estado de incertidumbre y perdemos la confianza en que las instituciones claves (economía, derecho y política) del mundo industrial puedan contener y controlar las consecuencias amenazadoras que el futuro nos plantea.⁶⁰⁰ Observamos estas fases en las distintas etapas de la construcción de la UE.

De 1945 a 1959 el objetivo fue crear una Europa de Paz. La UE nació con el deseo de terminar con los frecuentes y cruentos conflictos entre países vecinos que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial. En los años 50, se crea la CECA como un primer paso de unión económica y política por parte de los países europeos que, tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial, buscan lograr lo que Kant denominaría una “paz perpetua”. Fueron seis sus fundadores: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Durante este periodo tuvo lugar la Guerra Fría entre el este y el oeste. El año 1957 se firma el Tratado de Roma, que constituye la Comunidad Económica Europea (CEE) o mercado común.

La siguiente década (1960-1969) es la denominada los “vibrantes 60” y se caracteriza por ser una etapa de crecimiento económico. Surge la “cultura joven”, con grupos musicales como los Beatles que atraen a centenares de adolescentes allá donde van y contribuyen a estimular una revolución cultural y agrandar la brecha generacional. En mayo de 1968 tuvo lugar la revuelta estudiantil en París que dio lugar a una serie de cambios sociales que se relacionan con la “generación del 68”. En materia

⁶⁰⁰ BECK, Ulrich, *Hijos de la libertad*, Fondo de Cultura Económica. México, 1999, p. 22.

de políticas económicas, los países de la Unión dejan de percibir derechos de aduana por las transacciones comerciales realizadas dentro de la Unión. Se acuerda el control conjunto de la producción alimentaria, lo que garantiza un abastecimiento suficiente e incluso excedente de producción que puede ser exportado.

Una nueva fase de la construcción de la Unión tiene lugar en la década de los 70.⁶⁰¹ El 1 de enero de 1973 llega la primera ampliación de la Unión. El número de EEMM aumenta a nueve tras la incorporación de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. En 1974 se derroca el régimen de Salazar en Portugal y en 1975 fallece el general Franco en España. La política regional de la UE comienza las transferencias de grandes cantidades para crear empleo e infraestructuras en las zonas más pobres y construir una Europa más igualitaria. El PE aumenta su influencia y en 1979 es elegido por primera vez mediante el sufragio universal.

Llega la década de los 80 y Europa continúa creciendo en número de países y objetivos. El año 1981 se une Grecia como décimo país miembro de la Unión. Y cinco años más tarde, en 1986, se incorporan España y

⁶⁰¹ “A partir de los años 70, principalmente a partir de mediados de esta década, se fue desarrollando en el ámbito de los Estados miembros de las entonces Comunidades Europeas una cooperación política cada vez mayor en los campos de la lucha contra el terrorismo y la criminalidad internacional. Ello propició que se iniciara la creación de una serie de contactos, relaciones y colaboración entre las instituciones, órganos y agencias de los Estados miembros ocupadas de las cuestiones de justicia interior”. ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación, op. cit.*, pp. 32-33.

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

Portugal. En 1989 tiene lugar la firma del Acta Única Europea.⁶⁰² El 9 de noviembre de 1989 se produce un vuelco político importante con la caída del muro de Berlín y, veintiocho años más tarde de su construcción, en 1961, se derrumba la frontera entre las dos Alemanias, que no tardaron en reunirse en un solo país.

La década de los 90 crea una Europa sin fronteras que va más allá de la antigua idea de la Europa de los mercaderes. La caída del comunismo en Europa central y oriental disminuye las diferencias entre los europeos. En 1993 culmina la creación del mercado único mediante las “cuatro libertades de circulación” -mercancías, servicios, personas y capitales-. Es ésta también una década de Tratados: el de Maastricht de 1993, y el de Ámsterdam de 1999. Los ciudadanos europeos se preocupan por la protección del medio ambiente y por la actuación conjunta en materia de seguridad y defensa. El acuerdo Schengen -firmado en la pequeña localidad de Luxemburgo de Schengen- permite gradualmente al ciudadano viajar sin tener que presentar el pasaporte en las fronteras.⁶⁰³ A día de hoy, millones de jóvenes europeos estudian y trabajan en otros países. Se extiende el uso del teléfono móvil y de Internet y con ello la comunicación se hace más

⁶⁰² El Acta Única Europea es un tratado que crea la base de un amplio programa, que se prolonga durante seis años, destinado a eliminar las trabas a la libre circulación de mercancías, siendo el germen del mercado único europeo. Para más información, puede leerse: WEIDENFELD, Werner, *Die Europäische Union*, Utb., 4. Auflage, Deutschland, 2015, pp. 88-96.

⁶⁰³ Antes de 1914 era posible viajar por Europa sin necesidad de presentar el pasaporte. Fue después de la primera guerra mundial que la práctica de pedir pasaportes en los controles se convirtió en rutina. HEID, Daniela A, “Before and after the Treaty of Lisbon: the legal framework of police cooperation in the EU compared”, en: ADEN, Hartmut (ed.) *Police cooperation in the European Union under the Treaty of Lisbon. Opportunities and Limitations*, Nomos, Baden, Baden, 2015, p. 66.

fácil y fluida. En 1995 ingresan tres países más, Austria, Finlandia y Suecia.

Cambiamos de milenio y con él llega el euro como nueva moneda única de muchos europeos. El 11 de septiembre de 2001 marca un antes y un después en la guerra contra el terrorismo cuando unos aviones secuestrados se estrellaron contra edificios en Nueva York y Washington. Los países de la Unión inician una política de colaboración más estrecha en contra de la delincuencia. En 2004 se dan por enterradas definitivamente las anteriores divisiones políticas con la entrada de diez nuevos países a la UE, creándose la Europa de los 25.⁶⁰⁴ En 2007 dos nuevas incorporaciones dan lugar a la Europa de los 27.⁶⁰⁵

El fracaso tras el “no” francés y holandés a la Constitución Europea supuso la entrada en crisis del proceso de integración y el inicio de una nueva etapa de reflexión. El optimismo europeísta llegaba a su fin y los EEMM tuvieron que pensar en vías alternativas para reimpulsar el proceso de integración. El abandono de la idea de una Constitución Europea era ya un hecho en cada uno de los Consejos Europeos que se iban sucediendo. Es por ello, que la presidencia alemana en la primera mitad del año 2007 apostó por una modificación de los tratados, conocida como “mini” Constitución o “mini” Tratado, que fue finalmente presentada el 23 de julio de 2007 y aprobada el 3 de diciembre de 2007. Pero la ratificación final del texto debió esperar casi dos años más, hasta el 4 de noviembre de 2009, cuando el presidente de la República Checa ratificó el nuevo tratado. El texto

⁶⁰⁴ El 1 de mayo de 2004 se incorporaron República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia.

⁶⁰⁵ En 2007 se incorporaron Rumania y Bulgaria.

finalmente entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.⁶⁰⁶ Así, tras la fallida Constitución Europea, el Tratado de Lisboa es ratificado por todos los países de la UE y con éste se aporta un aire nuevo a la UE mediante instituciones modernas y métodos de trabajo más eficientes.

En septiembre de 2008 una crisis financiera sacudió la economía mundial, y esto estrechó la cooperación económica entre los países miembros de la UE. La década que ahora vivimos arrancó con una grave crisis, pero también con la esperanza de que las inversiones en nuevas tecnologías ecológicas más respetuosas con el medio ambiente y una cooperación europea más estrecha produzcan un crecimiento y bienestar duraderos. En 2013, tras la incorporación de Croacia, se crea la Europa de los 28.⁶⁰⁷ Apenas tres años más tarde, el 23 de junio de 2016, Reino Unido votó en un referéndum a favor del *Brexit*.⁶⁰⁸ El 29 de marzo de 2017, tras conseguir la aprobación del Parlamento británico, Reino Unido comunicó al presidente del Consejo de la UE su intención de abandonar la UE, tal y como establece el artículo 50 TFUE. Con el *European Union (Notification of Withdrawal) Bill* del Parlamento británico comenzó a correr el plazo

⁶⁰⁶ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson Reuters, España, 2011, pp. 265-266; ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación*, op. cit., p. 39.

⁶⁰⁷ El 1 de julio de 2013 se incorporó Croacia.

⁶⁰⁸ *Brexit* es un acrónimo que responde a las palabras inglesas “*Britain*” y “*Exit*”. Es un proceso político para la salida del Reino Unido de la UE. En 1975 se celebró un primer referéndum, cuyo resultado fue la intención de permanecer en la CEE. Pero en 2016 se produjo un segundo referéndum que arrojó un resultado esta vez favorable a la salida. Así, casi un 52% de los británicos votaron a favor de la salida de la UE, frente al 48% que abogó por la permanencia. Pero este resultado no era vinculante, porque para poder iniciar el proceso de salida de la Unión, el parlamento británico debía aprobar esta propuesta.

(prorrogable) de dos años para las negociaciones del *Brexit*. Cumplido el plazo y concedida la prórroga, actualmente estamos a la espera de conocer las condiciones en que el Reino Unido abandonará la UE. ⁶⁰⁹

2. La Unión Europea

A lo largo de la historia de la integración europea se han sucedido momentos de alegría y de pesimismo, de satisfacción y de melancolía. El camino recorrido no ha sido fácil, no podía serlo, pero no cabe duda que la UE ha sido un éxito histórico para un continente atormentado por la sucesión de disputas y guerras entre sus Estados. ⁶¹⁰ Es por ello que el único plan debería ser el de construir una Unión en la que se demuestre a sus ciudadanos con hechos, y no con discursos, que la integración europea bien merece la pena. ⁶¹¹

2.1. Los valores de la Unión

Europa ha ido creándose y uniéndose a través de sus símbolos. En todos los ayuntamientos ondean banderas de estrellas doradas sobre un fondo azul. En las ocasiones solemnes no es raro escuchar junto al himno nacional la “oda a la alegría” de la novena sinfonía de Beethoven como himno europeo. Cada 9 de mayo celebramos el día que tuvo lugar la

⁶⁰⁹ Más información: <https://www.consilium.europa.eu/es/politicas/eu-uk-after-referendum/> (última consulta: 24-06-2019).

⁶¹⁰ MARÍN, Manuel, “Europa: ¿qué te pasa?” *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010, p.1.

⁶¹¹ ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, Paz, “El largo camino hacia la Constitución Europea: el mejor plan B es cumplir los compromisos adquiridos”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 10, 2006, p. 5.

Declaración Schumann. Estos símbolos que permiten visualizar y materializar a la UE se complementan con otro de corte más práctico, el Euro como moneda común. Tras los símbolos de la unidad de Europa se han ido sedimentando una serie de valores esenciales en los que descansa hoy la UE. Estos valores han sido expresamente recogidos como tales por el derecho originario. Algunos de ellos han sido esculpidos pacientemente por el TJUE a golpe de sentencias y otros han sido formados con ocasión de declaraciones políticas del Consejo Europeo.⁶¹²

Debido a las diferentes tradiciones jurídicas existentes, no cabe una homogeneización *a priori* de los niveles de protección de DDFF existentes en toda la UE. Pero tampoco es más cierto que una “Carta de DDFF común” fuese a solucionar el problema. Imaginemos que se abolieran las diferentes constituciones nacionales y se estableciese una suerte de Constitución Europea que homogeneizase el concepto de DDHH, el concepto de género -que tantos problemas nos da a lo largo de este trabajo-, o el concepto violencia en el hogar, por poner algunos ejemplos de una lista casi interminable. Con una sola carta el efecto podría devenir lo contrario: el panorama europeo se empobrecería en lugar de enriquecerse. Una carta europea podría olvidar matices sutiles a nivel europeo, pero de gran importancia a nivel nacional. Es precisamente la variedad de tradiciones

⁶¹² “Los valores europeos en la era de la globalización”, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ac10150> (última consulta: 02-07-2019); SALINAS DE FRIAS, Ana, “Lección 3. Los valores, los principios democráticos y la ciudadanía de la unión europea”, en: ALCALDE FERNANDEZ, Joaquín; CASADO RAIGÓN, Rafael. *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, España, pp. 89-91; BAR CENDÓN, Antonio, “La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 99-140.

jurídicas la que aporta diversas observaciones sobre qué es valioso proteger.⁶¹³ Y es en esta línea en la que se incardina el artículo 2 TUE⁶¹⁴ que establece como valores de la Unión el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los DDHH. Y mediante este artículo, el TUE hace expresa mención a los derechos de las personas pertenecientes a minorías y sienta como base de la sociedad europea el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre los dos sexos.

Así, aunque podría parecer mejor llevar a cabo una armonización de legislaciones, la realidad es que nos encontramos muy lejos de conseguir un verdadero derecho europeo. Y es precisamente aquí donde entra nuestra disciplina, el derecho procesal. Debido a la imposibilidad actual de armonizar las diferentes legislaciones, el derecho procesal está calando por medio de Decisiones Marco, directivas y reglamentos haciendo que los diversos EEMM vayan acercando poco a poco sus realidades y legislaciones. Podemos afirmar que no ha habido una armonización previa, debido a la gran diversidad cultural existente, pero que a la larga terminaremos por tener unos estándares que desembocarán en una armonización del derecho europeo.

⁶¹³ IGLESIAS SEVILLANO, Héctor, “La construcción de un concepto de justicia europeo: la visión desde el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales”, *op. cit.*, p. 127.

⁶¹⁴ “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los DDHH, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los EEMM en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres*”.

2.2. Los principios y las competencias de la Unión

Tres son los principios ⁶¹⁵ que dan forma al ordenamiento de la Unión: el principio de atribución de competencias, el de subsidiariedad y el de proporcionalidad. Siendo el primero la cara y los dos segundos la cruz de la misma moneda.

Tras el Tratado de Lisboa, los Tratados Constitutivos de la UE afirman de manera tajante que es el principio de atribución de competencias el que gobierna las competencias de la Unión (artículos 5 y 2 TUE y 7 TFUE). Este principio significa que la organización disfrutará de los poderes que los Estados que la componen le hayan atribuido expresamente en su tratado constitutivo, siendo así que estas competencias son consecuencia del consentimiento expreso de dichos Estados. ⁶¹⁶

⁶¹⁵ Para un estudio más exhaustivo de los principios de la Unión Europea puede leerse, entre otros: CORRAL GUERRERO, Luis, “La Unión Europea: Sus principios y naturaleza”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10 2000, pp. 61-81; CASTRO-RIAL GARRONE, Fani, “El sistema competencial de la Unión Europea”, en: ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *Instituciones de Derecho Comunitario*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 61-67; GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional, op. cit.*; VON BOGDANDY, Armin, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010; “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”. Acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3019/7.pdf> (última consulta: 02-07-2019).

⁶¹⁶ Por tanto, una competencia solo corresponde a la Unión si se le ha atribuido expresa y concretamente en los tratados y por los EEMM. No cabe la atribución de competencias a través de normas de derecho derivado por las propias instituciones. La UE no goza de soberanía, pues no hay un acto constituyente. El origen de sus competencias no es la soberanía europea, sino que los EEMM le confieren competencias (artículo 1.1 TUE) como representantes de la ciudadanía organizada en los distintos EEMM. La UE no es un Estado federal, pues ni tan siquiera es un Estado. Es una organización internacional

Junto al anterior principio -base para la delimitación de las competencias de la UE y de los EEMM-, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad condicionan el ejercicio de las competencias de la Unión y, por reflejo, de los EEMM. El principio de subsidiariedad se encuentra regulado en el artículo 5 TUE y solo rige en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión, esto es, en los de competencia compartida con los EEMM del artículo 2.2 TFUE.⁶¹⁷

Por lo que respecta al principio de proporcionalidad, este principio se aplica en cualquier ámbito de competencias de la Unión una vez decidida la acción por la Unión para limitar su contenido y su forma, exigiendo que no supere lo que es estrictamente necesario para alcanzar el objetivo previsto en los Tratados Constitutivos. La proporcionalidad hasta el Tratado de Maastricht era una aportación jurisprudencial del Tribunal de Justicia referida a la protección de los operadores económicos.⁶¹⁸ Hoy en día, el

intergubernamental distinta de las clásicas, original y única. Es un ente jurídico-internacional y político atípico mediante la asociación de Estados soberanos a los que no tiene intención de sustituir.

⁶¹⁷ De la lectura del ya citado artículo 5 en su párrafo tercero se desprende la definición del principio de subsidiariedad, y es que la instancia europea debe actuar como último recurso, esto es, con carácter subsidiario. La subsidiariedad es un principio regulador del ejercicio de las competencias compartidas entre los EEMM y la UE. Es por ello que este principio cubre todas sus competencias en aquellos ámbitos que ni son dominio reservado de la soberanía nacional ni competencia exclusiva de la Unión. Este principio no es un título de atribución de competencias ni una técnica de reparto, es el medio mediante el que la Unión justifica su intervención en aquellas competencias compartidas. Así, el TUE define la subsidiariedad simultáneamente desde la mayor eficacia y desde la dimensión supranacional del problema.

⁶¹⁸ Jurisprudencia del TJUE sobre la proporcionalidad. Por todas: SSTJUE, Asunto C-426/75, Alemania c. Consejo, de 9 de noviembre de 1995 (ECLI:EU:C:1995:367); Asunto 39-75, Robert-Gerardus Coenen y otros contra Sociaal-Economischen Raad, de 26 de noviembre de 1975 (ECLI:EU:C:1975:162); Asunto 36-75, Roland Rutili contra Ministro

artículo 5 párrafo cuarto del TUE nos advierte que ninguna acción puede excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. La UE dispondrá de los medios necesarios, aunque los limitará a aquellas actuaciones que resulten estrictamente necesarias y utilizará medios proporcionados al objetivo que persiga.⁶¹⁹

2.3. El sistema institucional europeo. Especial referencia a las instituciones negociadoras de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección

El sistema institucional y orgánico de la UE⁶²⁰ se compone por órganos y entidades. Una parte de éstos son llamados “instituciones” y forman el marco institucional de la UE por ser los más relevantes. Estas instituciones se encuentran reguladas en el artículo 13.1 TUE.⁶²¹

El marco institucional tiene como finalidad promover los valores de la Unión, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus

del Interior, de 28 de octubre de 1975 (ECLI:EU:C:1975:137); Asunto C-286/84 (Asuntos acumulados 279/84, 280/84, 285/84 y 286).

⁶¹⁹ En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

⁶²⁰ Puede leerse, entre otros: WEIDENFELD, Werner, *Die Europäische Union, op. cit.*, pp. 116-150.

⁶²¹ Artículo 13. 1: “*La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones. Las instituciones de la Unión son: El Parlamento Europeo, El Consejo Europeo, El Consejo, La Comisión Europea (denominada en lo sucesivo "Comisión"), El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, El Banco Central Europeo, El Tribunal de Cuentas*”.

ciudadanos y ciudadanas, los de los EEMM, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones (artículo 13.1 TUE). Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los tratados y con arreglo a los procedimientos establecidos. Además, deben mantener una cooperación leal entre ellas (artículo 13.3 TUE). Junto a las instituciones existen otros órganos como el Comité Económico y Social y el Comité de Regiones que ejercen funciones consultivas y asisten al Parlamento, el Consejo y la Comisión, o agencias como puede ser la FRA.⁶²²

2.3.1. El Parlamento Europeo

El PE es el órgano legislativo de elección directa de la Unión. Participa en los trabajos legislativos de dos maneras: a través de la “codecisión” (procedimiento legislativo ordinario) comparte la responsabilidad en pie de igualdad con el Consejo para legislar sobre todas las políticas que requieren una votación por mayoría cualificada del Consejo. Es este el proceso mediante el cual se gestó la EPO. Además, está el proceso de “aprobación” mediante el cual debe ratificar los acuerdos internacionales, así como los nuevos acuerdos de ampliación de la UE.⁶²³

⁶²² SÁNCHEZ Víctor M.; JULIÀ BARCELÓ, María, *Lecciones de Derecho de la Unión Europea*. Bosch Internacional, España, 2008, pp. 104-106; CASTRO-RIAL GARRONE, Fani, “El sistema competencial de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 61-76.

⁶²³ Más información en: GARCÍA, GARCÍA-REVILLO, Miguel, “Lección 5. Instituciones y órganos de la Unión Europea (II)”, en: ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2 Edición, Madrid, 2014, pp. 141-162; JIMENA QUESADA, Luis, *Dret de la Unió Europea*, Publicacions de la Universitat de València, Educació, Serie de materials, Valencia, 2006, pp. 73-98; <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es> (última consulta: 02-07-2019); “12 lecciones sobre Europa”. Disponible en:

2.3.2. El Consejo

La institución del Consejo, ⁶²⁴ al igual que el Consejo Europeo, ⁶²⁵ representa el interés nacional o intereses de los EEMM y sus decisiones vincularán a todos ellos. Se encuentra regulado en los artículos 16 TUE y 237 a 243 TFUE. Por lo que respecta a sus funciones, es poder legislativo ya que comparte con el PE esta función. Pero también comparte la función presupuestaria y ejerce las funciones de definición política y de coordinación (artículo 16.1 TUE). Está compuesto por un representante de cada EM, de rango ministerial, que debe estar facultado para comprometer al Gobierno del Estado al que represente (artículo 16.2 TUE). La presidencia del Consejo corresponde a los representantes de los EEMM mediante un sistema de rotación. Esta se ostenta por cada EM de forma sucesiva por periodos de seis meses (artículos 16 TUE y 203 TFUE). Y fue

<https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/2017%20Doce%20lecciones%20obre%20Europa.pdf> pp. 26-30 (última consulta: 02-07-2019).

⁶²⁴ El Consejo de la Unión Europea (conocido también como *Consejo*, *Consejo de Ministros* y *Consilium*) es la institución de la UE en que están representados los Estados miembros a través de sus ministros. Tiene, junto con el Parlamento, funciones legislativas y presupuestarias. <https://www.fundeu.es/recomendacion/no-deben-confundirse-consejo-europeo-consejo-de-europa-y-consejo-de-la-union-europea-53/> (última consulta: 02-07-2019).

⁶²⁵ El Consejo Europeo está formado por los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE y el presidente de la Comisión. Tiene una función de impulso y orientación política, económica y social, pero sus orientaciones y declaraciones carecen de valor jurídico. <https://www.fundeu.es/recomendacion/no-deben-confundirse-consejo-europeo-consejo-de-europa-y-consejo-de-la-union-europea-53/> (última consulta: 02-07-2019).

durante la presidencia española que vio la luz la propuesta para adoptar la EPO, con el apoyo de otros once EEMM.⁶²⁶

2.3.3. La Comisión

Es la única institución con derecho a elaborar propuestas de nueva legislación de la UE -con excepción de la iniciativa legislativa en materia penal a propuesta de una cuarta parte de los EEMM introducida en el Tratado de Lisboa previamente indicada-, que posteriormente envía al Consejo y al Parlamento para su debate y aprobación. Es la “guardiana de los tratados” y debe velar porque los reglamentos y las directivas adoptados por el Consejo y el PE se apliquen en los EEMM, en caso contrario puede llevar a la parte responsable del incumplimiento ante el TJUE para obligarla a cumplir con el Derecho Comunitario. Sus miembros son elegidos por los EEMM de común acuerdo y son nombrados por un período de 5 años.⁶²⁷

⁶²⁶ Los doce EEMM que permitieron dar impulso a la DEPO son Bélgica, Bulgaria, Estonia, España, Francia, Italia, Hungría, Polonia, Portugal, Rumania, Finlandia y Suecia.

⁶²⁷ “12 lecciones sobre Europa”. Disponible en: <https://pagina.jccm.es/europa/pdf/PUBLICACIONES/2017%20Doce%20lecciones%20obre%20Europa.pdf> pp. 31-33 (última consulta 02-07-2019); https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_es (última consulta 02-07-2019); VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, “Lección 4. Instituciones y órganos de la Unión Europea (I)”, en: ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2 Edición, Madrid, 2014, pp. 117-123; MANGAS MARTÍN, Araceli, “Capítulo 10: La Comisión Europea”, en: MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8 Edición, Madrid, 2014, pp. 223-244.

Durante las negociaciones de la EPO, la Comisión acusó a la propuesta del Consejo de “chapucera” e “inmadura”.⁶²⁸ A este respecto, hemos de señalar que, mientras las propuestas de la Comisión suelen contener una Exposición de Motivos y van acompañadas de documentos de trabajos de evaluación, los EEMM suelen prescindir de éstas. Además, parte de la doctrina científica indica que la Comisión está mejor situada para tener en cuenta el resto de las políticas comunitarias en las que ella misma tiene un derecho de iniciativa exclusivo, lo cual garantiza una mejor coordinación legislativa.⁶²⁹ Son estas circunstancias las que explicarían la rotunda negativa de la Comisión a que fuesen el Consejo y el PE los que legislasen la DEPO.

2.4. El instrumento jurídico que da forma a la orden europea de protección

El derecho de la UE es un OJ con su propio sistema de fuentes. Se divide en derecho originario o primario –Tratados Constitutivos y principios generales- y derecho derivado o secundario –el producido por la Unión por si sola (derecho institucional), o mediante acuerdos con terceros Estados u organizaciones internacionales (derecho convencional)-.⁶³⁰

⁶²⁸ Declaraciones de V. Reding y rueda de prensa posterior al Consejo en: MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, p. 419.

⁶²⁹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., pp. 678-680.

⁶³⁰ ARCOS VARGAS, Marycruz, “Lección 7ª. Consideraciones Generales” en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 179-180.

Los instrumentos para legislar dentro del derecho derivado institucional son los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones, los dictámenes y un cajón de sastre de actos atípicos que, sin estar contemplados en los tratados, son adaptados por los órganos comunitarios para la consecución de las competencias que les han sido otorgadas por los instrumentos constitutivos. Las directivas ⁶³¹ son un instrumento que se caracteriza por obligar a los EEMM únicamente a garantizar un determinado resultado, dejando a la elección de éstos la adopción de las medidas pertinentes a tal fin. Han tenido una considerable relevancia en la armonización legislativa del derecho de la UE, tanto penal ⁶³² como de otras ramas del ordenamiento. Y no tienen por qué tener, en principio, alcance general y lo tendrán en el caso de ir dirigidas a todos los EEMM. Este instrumento carece de aplicación inmediata, ya que necesita ser transpuesto para su efectiva incorporación a los OOJJ estatales (artículo 288 TFUE).

Es esta particularidad la que permite a los EEMM la posibilidad de seleccionar para su transposición normas civiles, administrativas o penales. Aunque las más de las veces las instituciones comunitarias emiten directivas tan precisas y detalladas que apenas dejan margen de actuación a

⁶³¹ Para más información puede leerse: AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, op. cit., pp. 404-409.

⁶³² DONINI, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, op. cit., pp 411-437.

los parlamentos nacionales ⁶³³ –no fue así en el caso de la DEPO-. Por lo que respecta a la transposición, la libertad de los EEMM no es absoluta, sino que estará sometida a que se cumplan unas determinadas exigencias de claridad y certeza dirigidas a garantizar su fácil comprensión y efectivo cumplimiento por parte de los destinatarios de la norma. Así, en el supuesto de que un EM no verifique correcta y puntualmente sus obligaciones en materia de transposición cabe plantear ante la jurisdicción comunitaria un recurso por incumplimiento e, incluso, concretarse el perjuicio sufrido por el ciudadano. Es esta una aplicación del principio de confianza legítima por parte de los ciudadanos europeos para con sus Estados, que esperan transpondrá correctamente el derecho comunitario. Como presupuesto para la imposición de una eventual responsabilidad del Estado legislador, tanto el TJUE como la jurisprudencia española, han establecido que efectivamente se haya producido un perjuicio económicamente evaluable y que el ciudadano no tenga el deber de soportarlo. Este efecto solo podrá ser invocado en directivas que resulten favorables a los ciudadanos. ⁶³⁴

⁶³³ Para un estudio más exhaustivo pueden consultarse diversos manuales, entre ellos: LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, op. cit.; TORRES UGENA, Nila, “Las fuentes del derecho comunitario” en: ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 192-197; FERNANDEZ OGALLAR, Beatriz, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Dykinson S.L., Madrid, 2014, pp. 158-164; SÁNCHEZ, Víctor M.; JULIÀ BARCELÓ, María, *Lecciones de Derecho de la Unión Europea*, op. cit., pp. 207-209.

⁶³⁴ Se excluye el efecto vertical inverso, es decir, cuando la directiva se dirige a agravar responsabilidades de carácter penal. Solo cabrá efecto directo cuando sea favorable al reo para garantizar los principios de legalidad, seguridad jurídica y no retroactividad de las normas penales desfavorables. STJUE, Asunto 148/78, Procedimiento penal entablado contra Tullio Ratti, de 5 de abril de 1979 (ECLI:EU:C:1979:110).

La ventaja que ofrece este instrumento es que, al resultar de obligado cumplimiento en los resultados, pero no en los medios, permite simultáneamente alcanzar los objetivos pretendidos para la armonización y a la vez garantizar que los EEMM tengan libertad para elegir las vías de ejecución. Esto permite la salvaguarda de las potestades legislativas de los EEMM y crea menor reticencia por parte de éstos a la recepción del derecho europeo. El inconveniente es que las diferencias en la transposición de los actos normativos pueden dar lugar a corto plazo a una disparidad legislativa entre EEMM con efectos indeseados en la uniformidad y eficacia del derecho europeo. A largo plazo, los Estados, instados por sus ciudadanos, deberán reducir las disparidades. En el caso de la EPO, el hecho de que una víctima de violencia de género española que se desplaza a Polonia⁶³⁵ esté más protegida que las víctimas nacionales de ese país hará que las víctimas polacas⁶³⁶ residentes en Polonia pidan a su Estado mayor protección.⁶³⁷ Y esto conllevará a largo plazo la uniformidad de las medidas en la lucha contra la violencia contra las mujeres.

A este respecto, resulta interesante la reflexión de NIETO MARTÍN, que nos indica que “la obligación de ser taxativo compete al

⁶³⁵ Pueden leerse los informes POEMS de los respectivos países para así aproximarnos a la protección que ofrecen a sus víctimas. Disponibles en: <http://poems-project.com> (última consulta: 02-07-2019).

⁶³⁶ Véase el informe FRA 2019 previamente citado, una víctima polaca refiere que la policía trató su caso como un problema familiar las repetidas veces que reportó la violencia sufrida a la policía. FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 41.

⁶³⁷ Esto enlaza directamente con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 18 TFUE. En: ELLIS, Evelyn; WATSON, *Philippa*, *EU Anti-Discrimination Law*, op. cit.

legislador nacional. Si las normas europeas fueran muy taxativas, aminorarían el margen de maniobra del derecho penal lo que no resulta deseable”. Nos indica que una directiva debe enunciar los principios elaborando una definición que pudiera ser compartida por las diversas culturas jurídicas que conviven dentro de la Unión, pero también tiene que adecuar su contenido a las funciones que deberá desempeñar en la armonización y estructura de la Unión. Por ello “cuanto menos margen de apreciación otorgue una decisión marco o una directiva a los Estados miembros, con mayor intensidad ha de cumplir la norma jurídica con el principio de determinación. Cuando la norma europea tenga como finalidad la unificación, o la armonización total, de los tipos penales nacionales debe respetar de igual modo que un tipo penal el principio de determinación”.⁶³⁸

3. En busca de un derecho penal sustantivo y procesal europeo

La libre circulación de personas trae consigo también la comisión transnacional de delitos y la necesidad de proteger a los ciudadanos en todo el territorio de la UE.⁶³⁹ Parafrasea a ROXIN⁶⁴⁰ de manera muy brillante AMBOS al indicar que “si el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado, o incluso es calificado como «sismógrafo del

⁶³⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, pp. 3-5.

⁶³⁹ Para una mejor comprensión: TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La constitución para Europa, ¿las bases del Derecho Penal Europeo?”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 361-398; GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional*, op. cit.; MAPELLI MARCHENA, Clara, *El modelo Penal de la Unión Europea*, Aranzadi, España, 2014, pp. 35-87; FERNANDEZ OGALLAR, Beatriz, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, op. cit., pp. 171-178.

⁶⁴⁰ ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 25 Aufl., Deutschland, 1998, p. 9.

sistema constitucional de un Estado», consecuentemente el Derecho Procesal Penal de la Unión Europea muestra el grado de Estado de Derecho de la Europa integrada”. Continúa el autor indicando que la situación del derecho penal (sustantivo y procesal) europeo puede tildarse de lamentable al basarse la justicia penal de la UE en la simplificación y agilización de la cooperación policial y judicial de los artículos 30 y 31 TUE, pero sin crear, al mismo tiempo, un estándar adecuado de DDFP a nivel UE.⁶⁴¹

En este sentido, el mismo concepto de “Derecho penal europeo” resulta engañoso porque en realidad no existe (todavía) un genuino derecho penal europeo en el sentido de que éste pueda ser aplicado de manera inmediata a los ciudadanos de la Unión. La competencia legislativa de la UE en materia de derecho penal queda restringida a unos pocos ámbitos, entre los que prima la protección de intereses financieros de la propia Unión. Es por ello que AMBOS indica “debería hablarse de un derecho *europizado*, en el cual, junto a la influencia de la Unión sobre el Derecho penal nacional (sobre todo a través del Derecho secundario), no puede pasarse por alto el rol del Consejo de Europa a través del desarrollo de normas de transposición sobre la base de tratados internacionales”. En el nivel de la UE, la europeización del derecho penal nacional propio de los distintos EEMM tiene lugar, esencialmente, por medio de su armonización y de los diversos instrumentos de reconocimiento mutuo.⁶⁴²

⁶⁴¹ AMBOS, Kai, *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo. Derecho Procesal Europeo: ¿reconocimiento mutuo versus garantías procesales?*, Grijley, Lima, 2011, pp. 463-464.

⁶⁴² AMBOS, Kai, “Brexit y Derecho Penal Europeo”, *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 2-3.

Vivimos en un mundo plenamente globalizado. Las sucesivas mejoras en el transporte, las comunicaciones, así como los sucesivos avances tecnológicos han permitido una gran movilidad supranacional no solo de bienes y servicios, sino también de personas. En la UE, esta realidad unida al avance en el proceso de integración y consolidación de las cuatro libertades fundamentales de circulación -bienes, servicios, capitales y personas- ha dado lugar a la creación y desarrollo de un ELSJ sin fronteras interiores donde la movilidad de las personas, tras la integración del acervo Schengen en el derecho de la Unión, se ha convertido en uno de sus ejes fundamentales.⁶⁴³

Pero este proceso de integración y de supresión de fronteras, indudablemente beneficioso para la sociedad europea en su conjunto, trae consigo ciertos efectos secundarios no tan deseados. Entre estos encontramos el riesgo de que se produzcan casos de criminalidad transfronteriza y que devienen más comunes de lo que *a priori* pudiera parecer. Esta dicotomía entre la vertiente seguridad y la vertiente libertad puede verse en la redacción del propio artículo 3.2 TUE “*la unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención de la lucha contra la delincuencia*”.

⁶⁴³ Deviene lectura imprescindible: ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación*, op. cit., pp. 91-194.

Afirma GONZÁLEZ CANO que los Estados han mostrado su falta de capacidad para enfrentarse de manera individual a las nuevas formas de criminalidad que trae consigo la globalización. Ser conscientes de que el crimen, organizado o no, es un problema que trasciende las fronteras nacionales hace que deje de ser una preocupación interna para convertirse en un problema de toda la Unión.⁶⁴⁴ La creación y el desarrollo del ELSJ ha fundamentado su desarrollo en el avance de la cooperación judicial en materia penal⁶⁴⁵ entre EEMM haciendo uso del principio de reconocimiento mutuo⁶⁴⁶ y su consecuencia lógica -y a la vez requisito

⁶⁴⁴ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 783.

⁶⁴⁵ Refiere FERRAJOLI que, con la sola excepción de las instituciones de la Corte Penal Internacional para los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional es “casi del todo carente de instituciones de garantía”. En este sentido, se puede identificar la globalización en el plano jurídico como un “vacío casi total de una esfera pública (...) de garantías a la altura de los múltiples derechos fundamentales solemnemente proclamados en las numerosas declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos”. Pero el autor va más allá y nos indica que, a nivel estatal, las democracias constitucionales son incompletas en múltiples aspectos. Muchos ordenamientos carecen de las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y carecen también de las técnicas jurídicas para obligar a los poderes públicos a introducirlas. FERRAJOLI, Luigi, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁶⁴⁶ El uso del principio de reconocimiento mutuo trae consigo la “judicialización” del procedimiento. Esto hará que los jueces tengan como únicas causas de denegación aquellas expresamente previstas en el instrumento de cooperación, de acuerdo con el principio de legalidad. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras”, *Revista de Derecho de La Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 183-185.

inherente-, la confianza mutua,⁶⁴⁷ que, aunque ha despertado una cierta concepción de justicia penal de la UE, no ha logrado generar un concepto de jurisdicción criminal aplicable en los EEMM general y uniforme en todo el territorio de la Unión. De esta manera, autoridades nacionales y ciudadanos deben convivir con la realidad de habitar en un espacio aparentemente libre de fronteras interiores de acuerdo con el ya citado artículo 3.2 TUE, pero en el que persisten hasta 28 (27+1) sistemas procesales penales diferentes, con su propia jurisdicción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 TFUE: “*la unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros*”.⁶⁴⁸

Tal y como refiere GONZÁLEZ CANO “La culminación de un Espacio Judicial común se logrará el día en que pueda finalmente constatarse que las formas más graves de criminalidad transfronteriza son objeto de respuestas comunes en Europa, y también cuando pueda afirmarse que las inevitables diferencias de legislaciones y procedimientos no beneficien a los potenciales delincuentes, ni sean obstáculo a la libre

⁶⁴⁷ “Consequently, the traditional models of cooperation in the area of criminal law are being set aside in favor of new forms of legal assistance that are increasingly shaped by the jurisdictional aspects of legal proceedings, with dialogue between States being replaced by dialogue between courts”. CAMALDO, Lucio, “The European Investigation Order”, en: RUGGIERI, Francesca (ed.) *Criminal Proceedings, Languages and the European Union. Linguistic and Legal Issues*, Springer, 2014, p. 204.

⁶⁴⁸ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro, “Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el espacio de libertad seguridad y justicia: ¿hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018, pp. 221-222.

circulación de los ciudadanos europeos”.⁶⁴⁹ Pero antes de entrar de lleno en la materia debemos preguntarnos qué significa el concepto de “derecho penal europeo”. Una interpretación literal del término podría referirse a un genuino derecho penal supranacional, es decir, a regulaciones por medio de las que la ciudadanía de la Unión se ve confrontada directamente con el poder penal soberano de la UE -el *ius puniendi*- como derecho penal directamente aplicable. No obstante, compartimos con AMBOS la opinión de que la posibilidad de establecer una verdadera legislación penal por parte de la Unión se encuentra restringida a pocas áreas y de modo explícito. Y solo en este sentido cabe hablarse de derecho penal europeo en el auténtico sentido supranacional y, posiblemente, incluso de un sistema de derecho penal en sentido estricto, esto es, de un ámbito limitado donde la UE por sí misma es la única creadora de normas de derecho penal, pero dependiendo de los EEMM para su aplicación. En lo demás, esta denominación es una especie de término genérico, que abarcaría todas aquellas normas y prácticas de derecho penal sustantivo y procesal basadas en el derecho y las actividades de la Unión -derecho europeo en sentido estricto- y del Consejo de Europa -derecho europeo en sentido amplio- y que apuntan en dirección a una armonización generalizada del derecho procesal penal nacional.⁶⁵⁰

3.1. *Estado de la cuestión*

La protección de los derechos básicos de naturaleza procesal solo podrá considerarse efectiva en el momento en que se haya instituido y

⁶⁴⁹ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Espacio judicial europeo y cooperación judicial penal: notas sobre su configuración en la Constitución Europea”, *Crónica Jurídica Hispalense*, 2005, p. 268.

⁶⁵⁰ AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, *op. cit.*, pp. 64-65.

consolidado un sistema europeo de cooperación judicial (de carácter penal) ⁶⁵¹ por medio de disposiciones que bien unifiquen o armonicen ⁶⁵² las legislaciones procesales nacionales y doten así de operatividad al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, pilar de la cooperación judicial. ⁶⁵³

La búsqueda de un derecho penal europeo supone superar la idea tradicional de que derecho penal y Europa son dos realidades opuestas. ⁶⁵⁴ Idea que ha venido existiendo desde los orígenes de Europa, de “la Europa de los mercaderes”, donde no podían dedicarse esfuerzos extra para configurar un sistema penal común. A esta vetusta Europa ni le interesaba

⁶⁵¹ Indica VERVAELE que los EEMM son libres para establecer las sanciones en vía civil, administrativa o penal de acuerdo con su tradición jurídica. Es el legislador comunitario en que tiene, consecuentemente, una competencia normativa centrada en la instauración y puesta en funcionamiento de los sistemas de tutela dentro de los distintos EEMM. Éstos deben presentar los resultados, pero son libres de elegir el instrumento a utilizar para alcanzarlos. VERVAELE, John A. E., “De Eurojust a la fiscalía europea en el espacio judicial europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo?”, en: ESPINOSA RAMOS, Jorge A.; VICENTE CARBAJOSA, Isabel (dir.) *La futura Fiscalía Europea*, 2009, p. 135.

⁶⁵² A propósito de la armonización judicial de carácter penal, puede leerse: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La Orden Europea de Investigación Penal en España: aplicación y contenido. Posible relación con la Orden Europea de Protección (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8660, 2015.

⁶⁵³ FAGGIANI, Valentina, “I. Derechos y garantías procesales ante el reto del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁵⁴ “Es necesario abandonar la idea del Estado como compartimento estanco soberano que influía en la colaboración entre los diversos Estados. El concepto de Soberanía Nacional se ha ido flexibilizando debido a la modificación de las circunstancias del entorno europeo; si partimos de la potenciación de la integración europea y el deseo de consolidación de un espacio único sin fronteras, debemos desembocar en el necesario crecimiento de la cooperación internacional en el ámbito de la Unión”. DEL POZO PÉREZ, Marta, “La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 19, 2012, p. 165.

ni le resultaba cómodo ni compatible con el *ius puniendi* estatal la creación de un derecho penal europeo.⁶⁵⁵ Ello habría supuesto ceder demasiada soberanía. Soberanía que los Estados, al menos por aquél entonces, no estaban dispuestos a perder. No obstante, las tornas han cambiado. La cooperación judicial y penal ha conocido significativos avances. Y prueba de ello son los artículos 30 y 31 TUE, el acuerdo de Schengen,⁶⁵⁶ las Conclusiones de Tampere⁶⁵⁷ o el establecimiento de Europol y Eurojust.⁶⁵⁸

Afirma VILLAMERIEL PRESENCIO que en 1957 era impensable que el derecho penal pudiera ser competencia de una recién creada CEE pues su Tratado Constitutivo únicamente preveía sanciones administrativas

⁶⁵⁵ En este mismo sentido, “Although the primary aim of the EC has always been economic in nature, it is clear from the Treaty of Rome that other goals were also contemplated at the time. The preamble to the Treaty of Rome spoke of the ever-closer union of the peoples of Europe. (...) There is no mention of the protection of civil liberties or human rights in the original treaty, however” Puede leerse el capítulo entero en: PERSAUD, Ingrid, “9. The reconstruction of human rights in the European legal order”, en: GEARTY, C.A. (ed.) *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights. A Comparative Study*. Martinus Nijhoff Publishers, Maastricht, 1997, pp. 347-391.

⁶⁵⁶ *Schengenland* es la denominación dada al territorio que comprende a aquellos EEMM de la Unión que han acordado la creación de un espacio común cuyos objetivos fundamentales son la supresión de fronteras entre estos países, la seguridad, la inmigración y la libre circulación de personas. En la actualidad forman parte del territorio de Schengen los siguientes países: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Suecia y Suiza. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/acuerdo-de-schengen> (última consulta: 02-07-2019).

⁶⁵⁷ Conclusiones disponibles en: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (última consulta: 02-07-2019).

⁶⁵⁸ Para más información sobre Europol y Eurojust puede leerse: ESSER, Robert, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, C.H. Beck, 2. Auflage, Deutschland, 2018, pp. 71-84.

en defensa de la libre competencia. La decisión inicial de construir la Europa de la economía ⁶⁵⁹ hizo que la cooperación en asuntos jurídicos y judiciales quedase en manos de otra organización europea surgida tras la Segunda Guerra Mundial: El Consejo de Europa. ⁶⁶⁰ Un hito decisivo fue la conocida como “Sentencia del maíz griego” ⁶⁶¹ dictada por el TJCE el 21

⁶⁵⁹ Este interés por los asuntos económicos sigue patente, prueba de ello es la fiscalía europea. MONTESINOS GARCÍA, Ana, “La nueva fiscalía antifraude europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, octubre 2018, pp. 1-49.

⁶⁶⁰ “A diferencia de la Unión Europea (en adelante, UE) cuya finalidad inicial fue la integración económica, uno de los objetivos de la creación del CdE fue la protección de los derechos humanos en Europa, tal y como reza el artículo 1 de su propio Estatuto”. DE LUIS GARCÍA, Elena, *El derecho al Medio Ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, *op. cit.*, p. 44; “En los primeros momentos de la construcción europea, los Tratados Constitutivos no tenían ninguna regulación sobre derechos fundamentales puesto que (...) los objetivos de integración económica eran preminentes sobre una posible y futura construcción política y social europea”. GUERRERO PALOMARES, Salvador, “Capítulo 4: La configuración del derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (fair trial o due process) en el ámbito de la Unión Europea”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (coord.), *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 97.; “Entre los objetivos originarios de la Unión Europea no figuraba la protección de los derechos humanos, sino que el objetivo principal era la reconstrucción económica de Europa después de las guerras mundiales. Sin embargo, los derechos humanos e indirectamente la protección de los derechos del niño, con el tiempo, ha venido a ser una tarea importante para la Unión Europea aunque no sea su principal preocupación”. HELLMÉR, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, *op. cit.*, pp. 226-227.

⁶⁶¹ Ante la inactividad de Grecia en perseguir y sancionar la exportación a Bélgica de maíz yugoslavo fingiendo ser griego, el TJCE estableció la obligación que tienen los EEMM de defender los intereses financieros de la CE como si fueran propios. Para ello debían establecer en sus legislaciones nacionales sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.

de septiembre de 1989,⁶⁶² que marcó una nueva fase en la preocupación de la UE por el derecho penal.⁶⁶³

Así, el Consejo Europeo en su reunión de Tampere en 1999 consagra el principio de reconocimiento mutuo⁶⁶⁴ de sentencias judiciales, la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal. En teoría, el ordenamiento penal de cada EM tiene una coherencia interna que en conjunto hace que respete el CEDH. Es por ello que, y siempre en teoría, cualquier EM requerido puede estar seguro de que el EM requirente no vulnerará los derechos ni de víctima ni de victimario. Y es esta la lógica que se encuentra tras el principio de reconocimiento mutuo. El principio del reconocimiento mutuo y de confianza recíproca son “dos caras de una misma moneda”. Solo puede procederse a reconocer una resolución judicial porque cada uno de los distintos EEMM confía en que su homólogo

⁶⁶² STJCE, Asunto 68/88, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, de 21 de septiembre de 1989 (ECLI:EU:C:1989:339).

⁶⁶³ VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., “La Legislación Penal Europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer pilar, Directivas y Decisiones Marco”, ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, ANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.) *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 24.

⁶⁶⁴ “Debe producirse un desarrollo creciente en la colaboración entre Estados y en la asistencia mutua, realizándose una sustitución de los tradicionales instrumentos de cooperación internacional, que devienen ineficaces en la nueva realidad al responder a parámetros de Derecho internacional clásico, por unas nuevas formas de cooperación internacional basadas en el ya citado principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea. Este principio -que posee su origen en el mercado único comunitario- se considera como la ‘piedra angular’ de la cooperación internacional”. DEL POZO PÉREZ, Marta, “La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 165-166.

respetará también el derecho de la UE y, en particular, los DDHH.⁶⁶⁵ Pero en la práctica implica excesivas dosis de confianza,⁶⁶⁶ mucho mayores que las existentes,⁶⁶⁷ puesto que nos encontramos en un terreno muy sensible, y probablemente en el último reducto de soberanía estatal.

En esta misma línea se pronuncian GONZÁLEZ CUSSAC y QUINERO OLIVARES al indicar que para muchos penalistas europeos hay una serie de principios que consideran irrenunciables al ser éstos los indicadores de que el derecho penal es propio de un Estado de Derecho. “La Unión Europea aspira a ser una organización que reúne a Estados de Derecho, y por eso teóricamente no puede admitir al Estado que no lo sea”. Y estos principios irrenunciables -atendiendo a lo expresado en cualquier libro de derecho penal general- suelen ser la legalidad, la irretroactividad, la prohibición de la analogía, la culpabilidad por el hecho y la proporcionalidad. Estos principios ya han sido ratificados en diferentes pronunciamientos del TEDH, y debe esperarse que sean incluidos entre los

⁶⁶⁵ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldararu y Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, *InDret*, núm. 1, 2017, p. 10.

⁶⁶⁶ Resulta muy ilustrativo el comentario de la Sentencia de 8 de noviembre de 2016, del TJUE (Gran Sala) que realiza MESTRE DELGADO. En este caso, el Estado Búlgaro quería reducir la pena privativa de libertad a un penado por haber trabajado durante su estancia en una cárcel en Dinamarca. No obstante, la legislación danesa no contempla ese supuesto. Es por ello que no pudieron aplicarse los días trabajados en Dinamarca pues debía ser el país donde cumplió condena el que decidiera si aplicarlo, o no, de acuerdo con su derecho penitenciario nacional. MESTRE DELGADO, Esteban, “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la UE”, *La Ley* núm. 10291, 2017 pp. 8-11.

⁶⁶⁷ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional*, op. cit., p. 60.

principios básicos de la política penal de los Estados de la UE, siendo condición esencial para que el derecho sea garantista.⁶⁶⁸

A este respecto, los asuntos acumulados Pál Aranyosi y Caldararu⁶⁶⁹ por medio de las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Hanseatisches Oberlandesgericht* de Bremen versan sobre la misma situación: sujeto que se opone a la entrega OEDE porque las cárceles del EM de emisión no cumplen los estándares europeos relativos a las condiciones de exclusión. Siendo norma de *ius cogens* internacional, la vulneración de la prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes se encuentra entre los peligros clásicos de la cooperación judicial internacional. Era cuestión de tiempo que surgiese esta controversia en relación a la entrega de personas entre EEMM. No en vano, un número considerable de condenas por parte del TEDH⁶⁷⁰ a países de la UE demuestran la existencia de problemas recurrente en el ámbito penitenciario de los 47 EEMM del Consejo de Europa, entre ellos EEMM de la Unión. Esta jurisprudencia pone en tela de juicio la tutela de DDFP de la persona y obliga a replantearse los límites del reconocimiento mutuo.⁶⁷¹

⁶⁶⁸ QUINERO OLIVARES, Gonzalo, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Sobre una política criminal común europea”, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁶⁶⁹ STJUE, Asuntos C-404/15 y C-659-15/PPU, Pál Aranyosi y Robert Caldararu (ECLI:EU:C:2017:866).

⁶⁷⁰ STEDH *Iavoc Stanciu v. Romania*, núm. 35972/05, de 24 de julio de 2012; STEDH *Varga and others vs. Hungary*, núm. 14097/12, de 10 de marzo de 2015; STEDH, *Torregiani and others v. Italy*, núm. 43517/09, de 8 de enero de 2013; STEDH, *Vasilescu v. Belgium*, núm. 64682/12, de 25 de noviembre de 2014.

⁶⁷¹ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldararu* y *Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, *op. cit.*, p. 4.

Si reflexionamos sobre el modelo de cooperación judicial que se quiere en el espacio UE distinguimos dos. El primero, tradicional, de carácter bidimensional ⁶⁷² solo afecta a los dos Estados implicados y descansa en las relaciones internacionales y en la lucha eficaz contra la delincuencia. Éste se nutre de principios como el de *non inquiri*, principio que limita la función del juez a controlar formalmente si se dan los requisitos que establece el OJ interno para acordar la extradición. Es decir, el juez que adopte la decisión no tiene en cuenta las violaciones de DDHH. Un segundo modelo de carácter tridimensional, ⁶⁷³ además, pondera adecuadamente los dos intereses en juego mencionados (relaciones internacionales y lucha contra la delincuencia) junto con un tercero que es la protección de los derechos fundamentales de la persona implicada. En este modelo tridimensional, el juez encargado de la extradición es garante de los derechos de la persona reclamada. Es por esto que debe tener en consideración el grado de cumplimiento de derechos básicos de la persona en el país con el que coopera haciendo uso de cláusulas como el orden público. ⁶⁷⁴

⁶⁷² En los asuntos acumulados *Pá Aranyosi y Caldaru*, las posturas de España y Lituania ante el TJUE respondían a un modelo bidimensional. España citaba como precedente el asunto *Melloni*. Lituania advertía del vacío de contenido del principio de reconocimiento mutuo si se permite a los jueces de ejecución valorar las condiciones de reclusión en centros de otro EM.

⁶⁷³ En los asuntos acumulados *Pá Aranyosi y Caldaru* las posturas de Alemania, Irlanda, Francia, Hungría, Países Bajos, Rumanía y Reino Unido defendían una confianza general que, en ocasiones, puede desvirtuarse mediante una ponderación adecuada de todos los intereses en juego.

⁶⁷⁴ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldaru* y *Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, *op. cit.*, pp. 6-7.

Pero esto no significa que Europa y derecho penal hayan sido realidades que caminasen distintas rutas. Aunque los Tratados Constitutivos no supusieron inicialmente transferencia expresa de *ius puniendi*, han ido agregando a modo de lluvia muy fina un cierto orden jurídico que, unido a las convenciones de los sistemas de coordinación de los sistemas represivos nacionales, sin llegar a alcanzar la naturaleza penal, han calado lo suficiente para imponer a los EEMM cierta subordinación a políticas penales supranacionales. El principio de primacía hace inaplicables las disposiciones nacionales contrarias al derecho comunitario y así impide la aprobación de otras semejantes. El principio de eficacia (o de efecto directo) unido al de primacía en casos de conflicto entre derecho interno y europeo ha vaciado ciertas decisiones criminalizadoras del legislador interno o ha determinado el contenido de los tipos penales que recurren a elementos normativos europeos o que optan por la remisión expresa a éste.

La cooperación a través de convenios también ha sido una vía seguida para modificar el derecho interno. Ésta ha convivido con el respeto al principio de legalidad y a las exigencias de la soberanía nacional en materia penal. Pero hemos de reconocer que, a día de hoy, ni el legislador ni el juzgador nacional y europeo disponen de un marco normativo homogéneo, ni hacen uso de un lenguaje dogmático común, lo cual dificulta el proceso de unificación normativo. El reto europeo en materia penal se circunscribe a la identificación de las zonas de confluencia reconocidas pacíficamente para en torno a ellas ir definiendo conjuntamente las características del nuevo sistema penal.

La propia Comisión Europea, en un comunicado de prensa indicó que la lucha contra la criminalidad es una prioridad para los ciudadanos

Europeos, que “esperan que los delincuentes no puedan esconderse al otro lado de las fronteras o exploten las diferencias entre sistemas jurídicos nacionales”. Pero, y continúa la Comisión, “a la vez un derecho penal a nivel europeo sigue siendo un ámbito relativamente nuevo”. Y eso hace imprescindible el diseño de una política penal europea por medio de la cual la Unión defina cómo y cuándo recurrir al derecho penal.⁶⁷⁵ La Comisión reconoce que el uso de la sanción penal “no es el mejor medio de aplicar todas las políticas. Pero la imposición de sanciones penales puede hacer más eficaces algunas normativas europeas, impidiendo, por ejemplo, la manipulación de los mercados o protegiendo del fraude el dinero de los contribuyentes de la UE. La imposición de sanciones penales debe reservarse a infracciones especialmente graves y venir precedida de un análisis serio y detallado”.⁶⁷⁶

La armonización legislativa penal -sustantiva y procesal- a través del proceso legislativo ordinario, consagrado en los artículos 82, 83 y 84 del Tratado de Lisboa se ha llevado a cabo con referencias de política criminal centradas en tipologías delictivas tales como el terrorismo, la delincuencia organizada y económica, el tráfico de drogas o la delincuencia informática. Para esto se ha intentado armonizar primero y aproximar más tarde las diferentes legislaciones de los EEMM en materia de investigación, enjuiciamiento y ejecución. Apunta GONZÁLEZ CANO que no puede obviarse el hecho de que la cooperación judicial penal se ha comenzado a

⁶⁷⁵ El Tratado de Lisboa prevé ya un marco que lo hace posible. Permite que la UE utilice el derecho penal para reforzar la aplicación de las políticas y las normativas europeas.

⁶⁷⁶ Comisión Europea. Comunicado de Prensa. Bruselas 20 de septiembre (2011) disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1049_es.htm?locale=FR (última consulta: 02-07-2019).

construir en un “entorno de predominio de la prevención y de la seguridad como intereses superiores, lo que no permite el mejor de los escenarios para construir un modelo de justicia penal coherente y respetuoso con las garantías de los sospechosos y acusados”.⁶⁷⁷

A propósito de lo indicado, afirma NIETO MARTÍN, “el derecho penal europeo ha tenido la desgracia de nacer en un mal momento”. Este autor reflexiona a propósito del populismo punitivo actual, así como la “tendencia a endurecer las penas y reaccionar con el derecho penal ante cualquier problema social, la consideración de las garantías como un estorbo en la ‘lucha’ contra la criminalidad resultan una constante también en muchos países miembros”. Y continúa diciendo que algunos legisladores nacionales, entre los que señala al español, están utilizando la armonización de las penas como excusa para elevar las propias.⁶⁷⁸ En esta misma línea, se pronuncia brillantemente BARONA VILAR cuando nos indica que nos hemos acostumbrado a que se legisle desde el miedo, desde la falsa sensación de seguridad⁶⁷⁹ que nos ofrece el aumento de las penas y la reducción de garantías procesales de aquellos a los que BARONA VILAR

⁶⁷⁷ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, *op. cit.*, p. 793.

⁶⁷⁸ NIETO MARTÍN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁶⁷⁹ Muestran esta misma preocupación: QUINERO OLIVARES, Gonzalo, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Sobre una política criminal común europea”, *op. cit.*, p. 40.

denomina “ellos”,⁶⁸⁰ “los otros”⁶⁸¹ y desde la venganza. Pero olvidamos que para conseguir la seguridad ciudadana no debemos hacer (ab)uso del derecho penal, sino diseñar una política social adecuada.⁶⁸²

Por otra parte, y directamente relacionado con lo antes apuntado, no puede ocultarse la tensa relación existente entre soberanía estatal y derecho penal transnacional. Entra en una pugna por un lado la salvaguarda de los DDF y por otro el mantenimiento de las diversas tradiciones de los EEMM. En este punto se hace necesario superar la actual situación en la que la heterogeneidad de estándares de protección para investigados, sospechosos, encausados, imputados -véase que ni siquiera la denominación es unánime- puesto que deviene un obstáculo para la eficacia y eficiencia de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Un primer paso para remediar esta situación sería la aproximación normativa de las garantías procesales.⁶⁸³

Así, sin desmerecer los avances que ha supuesto el nacimiento de un derecho penal -sustantivo y procesal – europeo, consideramos necesario reflexionar sobre el derecho penal de la seguridad que estamos construyendo. No debemos perder de vista que el derecho penal es la

⁶⁸⁰ “El discurso del Derecho penal de la seguridad se fundamenta en la desigualdad, en la distinción entre nosotros – ciudadanos normales destinatarios de la protección del Estado- y ellos –criminales que hay que neutralizar-”. BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)”, *op. cit.*, p. 73.

⁶⁸¹ Ídem, p. 81.

⁶⁸² Ídem, p. 70.

⁶⁸³ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, *op. cit.*, pp. 793-794.

gestión de un fracaso de la sociedad.⁶⁸⁴ El propio instrumento de la EPO es una de las herramientas que el derecho penal dispone para gestionar un fracaso, para proteger a una víctima que ya ha sufrido un daño y así evitar que sufra un mayor daño. La hoja de ruta de los diferentes Estados es más penas⁶⁸⁵ y más largas.⁶⁸⁶ Pero olvidamos que la única forma adecuada de gestionar un fracaso es evitar que éste llegue a producirse.

En el caso de las víctimas de violencia ¿de género?,⁶⁸⁷ como ya hemos explicado en el bloque anterior, llueve sobre mojado. No es un problema jurídico, es un problema social que únicamente va a poder resolverse deconstruyendo la sociedad, asumiendo que los valores inculcados durante siglos no son los adecuados y aplicando una política

⁶⁸⁴ Cada denuncia significa que hemos llegado tarde. El derecho no puede dar respuesta a todo, pero tampoco guardar silencio. LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pega lo normal*, op. cit., p. 148.

⁶⁸⁵ A favor de la reinserción como obligación estatal positiva y en contra de la pena como castigo, puede leerse: ANDEREZ BELATEGI, Mikel, “La reinserción como principio de la política penitenciaria Europea” En: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco, OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 807-828.

⁶⁸⁶ Conocido es el debate sobre la prisión permanente revisable avivado tras los casos de “Diana Quer”, o “Gabriel Cruz”, sucedidos a finales de 2017 y principios de 2018. Ambos muy próximos en el tiempo.

⁶⁸⁷ A estas alturas, el lector habrá observado que no hemos sido capaces de ofrecer una definición omnicompreensiva del concepto de víctima de violencia de género. De ahí los interrogantes.

educativa ⁶⁸⁸ y sanitaria -como ámbito de detección precoz- ⁶⁸⁹ adecuada. Cuando dejemos de tratar el problema en términos dicotómicos ⁶⁹⁰ donde una acción -lesión- tiene una reacción -castigo- y comencemos a estudiarlo de manera holística e implicando a todos los actores sociales, empezará el inicio del fin de esta lacra social. Hasta entonces, el derecho penal solo puede gestionar un fracaso social y utilizar medios de protección para evitar una nueva (re)victimización. Porque, tal y como indica MARTÍNEZ GARCÍA, deviene ingenuo pensar que el legislador va a ser capaz de cambiar la sociedad exclusivamente a golpe de BOE. ⁶⁹¹

⁶⁸⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Vicent, VÁZQUEZ VERDERA, Victoria, LÓPEZ FRANCÉS, Inmaculada, “Nuevas propuestas para la prevención educativa de la violencia de género”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2012, pp. 225-241.

⁶⁸⁹ ESCRIBÁ AGUIR, Vicenta; ROYO MARQUÉS, Manuela; MAS PONS, Rosa; FULLANA MONTORO, Ana; MORENO ALONSO, María Piedad, *Protocolo para la atención sanitaria de la violencia de género (PDA)*, Generalitat. Consellería de sanitat, Valencia, 2009, p. 21; http://www.lafe.san.gva.es/home/-/asset_publisher/Gv2P/content/una-investigacion-de-la-fe-y-la-uv-situa-a-la-consulta-medica-como-espacio-de-deteccion-de-violencia-de-genero/maximized (última consulta: 02-07-2019).

⁶⁹⁰ A este respecto, LAURENZO COPELLO indica que la LO 1/2004 contaba con un catálogo lo suficientemente amplio de medidas de diversa naturaleza para combatir de forma integral la violencia de género. “Sin embargo, esta amplia y acertada gama de medidas de naturaleza extra penal no ha conseguido imponer la imagen de una ley dispuesta a abrir el abanico de estrategias más allá del clásico y siempre dudoso recurso al Derecho penal”. LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁹¹ Reflexiona sobre la necesidad de cambiar la sociedad mediante la educación y no haciendo uso del castigo: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de lege ferenda”, *op. cit.*, pp. 138-157.

3.2. Evolución jurídica en materia penal sustantiva y procesal

El Tratado de Ámsterdam,⁶⁹² sin realizar grandes cambios en el tercer pilar, si introdujo cuatro novedades: 1) la creación del ELSJ, 2) la comunitarización de las políticas de inmigración, 3) otro tipo de políticas ligadas a la libre circulación de personas en el territorio europeo y 4) el refuerzo de la Comisión y el Tribunal de Justicia. A partir de Ámsterdam no se trata de reforzar la cooperación en materia penal, se trata de configurar un espacio común que no sustituya a la territorialidad nacional, sino que la complemente. Un espacio donde la libertad de los ciudadanos se sustente en la lucha contra la criminalidad y la igualdad de acceso a la justicia, entre otros. Con Ámsterdam se intenta pasar de la “Europa de los mercaderes” a la “Europa de los ciudadanos”.

El Consejo de Tampere y el Programa de la Haya dibujan las líneas de trabajo a seguir para consolidar el ELSJ en base a tres pilares: la sustitución de la cooperación judicial penal tradicional por el uso del reconocimiento mutuo, la creación de “actores” europeos en materia penal y la armonización (sustantiva y procesal) de las legislaciones penales de los distintos EEMM.

Por último, el Tratado de Lisboa, surgido del fallido Tratado Constitucional, nace con el objetivo de superar la crisis y adoptar las instituciones de la Unión a las necesidades actuales de Europa. Simplifica la estructura de la UE, elimina la división de pilares -con excepción de la PESC- y hace desaparecer la Comunidad Europea. El TUE se mantiene

⁶⁹² Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf> (última consulta: 02-07-2019).

como tratado básico, y el TCE se suprime y sustituye por el TFUE. Y diez días después, el 11 de diciembre, el Consejo Europeo aprobó el Programa de Estocolmo⁶⁹³ que sucede a los programas de Tampere y de la Haya.

El gran beneficiario de las reformas del Tratado es el ELSJ.⁶⁹⁴ La “comunitarización” del tercer pilar conlleva la desaparición de los instrumentos propios de éste y la aplicación del procedimiento legislativo ordinario. Se supera la necesidad de unanimidad en el Consejo y se extienden las competencias del Tribunal de Justicia al ámbito del ELSJ. La vertiente negativa de la no necesidad de unanimidad encuentra como principal problema la creación de una Europa a la Carta.⁶⁹⁵ Con Lisboa, la

⁶⁹³ En el apartado 3.1.1 de dicho programa se indican las medidas para fomentar la aplicación del reconocimiento mutuo en materia penal. Además de insistir en los esfuerzos que deben hacerse para aumentar la eficacia de la cooperación judicial frente a la delincuencia transfronteriza, reserva un apartado para las víctimas e indica que se puede ofrecer a las víctimas del delito o a los testigos que se encuentren en peligro medidas especiales de protección que deberían ser efectivas en toda la Unión. Este apartado aboga claramente por conseguir que el reconocimiento mutuo en materia penal alcance también a las víctimas de delitos haciendo uso del reconocimiento de medidas de protección de las que éstas ya son beneficiarias en sus respectivos EEMM.

⁶⁹⁴ Una de las consecuencias de la “comunitarización” es la extensión de la competencia general del TJUE sobre todos los ámbitos del ELSJ abandonándose las limitaciones previstas en el artículo 68 TCE respecto del Título IV -visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas-. ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación*, op. cit., p. 56.

⁶⁹⁵ “El concepto de Europa «a la carta» designa la idea de un método de integración europea diferenciada según el cual los distintos países de la UE están en condiciones de seleccionar, como ante un menú, el sector político en el cual quisieran participar. La UE seguiría conservando un número mínimo de objetivos comunes. Sin embargo, los diferentes países se integrarían en grados distintos (geometría variable) o a distintas velocidades (velocidad variable). El concepto de Europa «a la carta» ya es una realidad, al haber algunos países que forman parte de la zona del euro y otros que no”. Disponible en: <http://eur->

conexión entre el desarrollo de la cooperación judicial en materia penal y la protección de los DDFF en la Unión resulta evidentemente mejorada por el mayor control democrático, así como las garantías jurisdiccionales que trae consigo la “comunitarización”⁶⁹⁶ del tercer pilar.⁶⁹⁷

El Tratado de Lisboa mejora notablemente la situación legislativa en que hasta la fecha se había desarrollado la armonización del derecho penal y proporciona un entorno jurídico más favorable para el desarrollo de los principios expresados en su manifiesto. Establece con más claridad qué materias pueden ser armonizadas (artículo 83.1 TFUE)⁶⁹⁸ pero mantiene un cajón de sastre al indicar que también podrá armonizarse cualquier materia que guarde estrecha relación con las políticas de la Unión (artículo 83.2 TFUE). Resulta decisiva la desaparición del sistema de pilares pues

lex.europa.eu/summary/glossary/europe_a_la_carte.html?locale=es (última consulta: 02-07-2019).

⁶⁹⁶ Indica PEYRÓ LLOPIS que lo que trajo consigo la “comunitarización” fue un nuevo reparto de poderes entre las instituciones europeas en materia de ELSJ y nuevos métodos de legislar, entre los que destaca la EPO. El artículo 4.2 j) TFUE establece que el ELSJ es una competencia compartida entre la UE y los EEMM. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la “comunitarización” del ELSJ, se generaliza el procedimiento de codecisión entre el PE y el Consejo, el cual recibe el nombre de procedimiento legislativo ordinario. PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁹⁷ LIROLA DELGADO, Isabel, “La cooperación judicial en materia penal en el tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹⁸ A propósito de qué materias pueden ser armonizadas, el Informe del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)): “42. Pide al Consejo que active la ‘cláusula pasarela’ adoptando una decisión unánime que defina la violencia contra las mujeres y las niñas, así como otras formas de violencia de género, como una infracción penal objeto del artículo 83, apartado 1, del TFUE”.

hasta la fecha la armonización del derecho penal se encontraba en el tercer pilar y ello quería decir, en términos políticos, que los gobiernos de los EEMM eran los directores principales y que el control del TJCE y la participación del PE era bastante reducido. Lisboa introduce un nuevo sistema de división de poderes. La competencia para proponer nuevas iniciativas legislativas reside ahora en la Comisión, en el marco del procedimiento ordinario, donde el PE tiene una función de colegislador, al lado del Consejo (artículo 294 TFUE). Finalmente, el Tratado de Lisboa permite que el TJCE (actual TJUE) por medio de los recursos de anulación y la cuestión prejudicial pueda controlar la interpretación y la legitimidad de las normas europeas, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, pero muy particularmente en aquello que concierne a su respeto a los DDFP positivizados en la CDFUE que adquiere valor positivo. La incorporación de la UE al CEDH y con ello la competencia plena del TEDH sobre la actividad de la UE completará este proceso. Además, el programa de Estocolmo y su plan de acción tiene una especial sensibilidad que no encontrábamos en Tampere y el Programa de la Haya.⁶⁹⁹

Tras la declaración de 1999 como “Año Europeo de lucha contra la violencia contra la mujer” se adopta la decisión 779/2007/CE del PE y del Consejo por la que se establece un Programa comunitario específico que busca prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres, así como proteger a las víctimas y a los grupos de riesgo. Hablamos del programa Daphne III (2007-2013), integrado en el Programa General “Derechos Fundamentales y Justicia”. Este programa persigue

⁶⁹⁹ NIETO MARTÍN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *op. cit.*, pp. 6-7.

“contribuir a la protección de los niños, los jóvenes y las mujeres contra todas las formas de violencia y alcanzar un elevado nivel de protección de la salud, de bienestar y cohesión social indicando que tiene como objetivo específico contribuir a la prevención y la lucha contra todas las formas de violencia que se produce en el ámbito público o privado, incluida la explotación sexual y la trata de seres humanos”.

En lo que se refiere a la lucha en el ámbito europeo para erradicar la violencia contra las mujeres, el Programa Daphne III tiene como objetivo primero poner de manifiesto las grandes repercusiones que la violencia ejercida sobre las mujeres tiene sobre la salud física y psicológica de éstas. Y por otro tratar de adoptar las medidas de prevención necesarias para evitar que estas situaciones se repitan.⁷⁰⁰ Por último, busca crear marcos de política comunitaria en la materia. Pero las recomendaciones de la UE en la lucha contra la violencia sobre las mujeres no han encontrado el seguimiento deseado en la práctica en la totalidad de países. Es esta la razón por la que la LOVG -destacada precursora en derechos de mujeres- muestra cuánto camino queda por hacer, y el primer paso es ofrecer una protección similar a ésta a nivel Europa.

Por todo lo expuesto, el programa de Estocolmo (2010-2014)⁷⁰¹ insta a la Comisión y a los diversos EEMM a observar críticamente sus

⁷⁰⁰ Siendo esta la misma intención de la DEPO que, además, establece un mecanismo de cooperación judicial para asegurar dicha protección cuando la víctima ejerza su derecho a la libre circulación: la EPO.

⁷⁰¹ El Programa de Estocolmo establece las prioridades de la Unión respecto al ELSJ para el periodo 2010-2014. Siguiendo los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y La Haya, pretende hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más el ELSJ, con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos y las ciudadanas. Para conseguir una Europa segura donde se respeten los derechos y las libertades

legislaciones y mejorarlas con la finalidad de amparar a las víctimas (y no solo a las de violencia de género) cuando la violencia que sufran traspase fronteras nacionales.⁷⁰² Y es este el marco jurídico y social en el que surgió la idea de la EPO, la cual estudiaremos detalladamente en el epígrafe siguiente.

No quisiéramos finalizar este apartado sin al menos realizar una reflexión en torno a la siguiente cuestión: ¿y el futuro del derecho penal? Aunque haya desaparecido el tercer pilar la normativa que manejamos y

fundamentales de la ciudadanía, el Programa de Estocolmo se centra en las siguientes prioridades: Una Europa de los *derechos* en la que la ciudadanía europea deje de ser una idea abstracta para convertirse en una realidad concreta. Una Europa de la *justicia* donde se facilite el acceso a la justicia a los ciudadanos y las ciudadanas para que sus derechos sean reconocidos y protegidos en toda la Unión. Una Europa que *protege* mediante el desarrollo de una estrategia de seguridad interior dirigida a hacer lucha a la delincuencia organizada y al terrorismo. Facilitar el acceso a Europa mediante políticas de gestión de fronteras y concesión de visados. Una Europa de la *solidaridad* que busca tanto abordar necesidades de países de la Unión como de los migrantes. Y una Europa en un *mundo globalizado* que afronte los retos actuales y consolide las oportunidades de cooperación con terceros países. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0034>; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0034> (última consulta: 02-07-2019).

⁷⁰² DÍAZ PITA, M. Paula, “La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 2011 sobre la Orden europea de Protección: Su aplicación en España a las víctimas de Violencia doméstica y de género”, *Ciencia Jurídica. Universidad de Guanajuato. División de Derecho, política y gobierno. Departamento de Derecho Año 1*, núm. 3, 2013, pp. 14-16; MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 87-89; CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *ReDCE*, núm. 21, 2014, pp. 222-223; CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, “Orden Europea de Protección: Un paso adelante en la protección de las víctimas”, *CEJJ*, núm. 2, 2014, pp. 95-96; FREIXES SANJUÁN, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, *op. cit.*, pp. 13-17.

con la que contamos está pensada para un escenario propio de las limitaciones de este antiguo tercer pilar. Se aboga por un desarrollo de la cooperación judicial en materia penal haciendo uso del principio de reconocimiento mutuo para un escenario post Lisboa, donde la cooperación judicial en materia penal basada en el reconocimiento mutuo -típico del tercer pilar- coexiste con un incipiente proceso de armonización y aproximación del derecho material y procesal penal derivado de los artículos 82 y siguientes TFUE donde la política criminal en la UE puede considerarse, con reservas, institucionalizada. Si analizamos este actual marco normativo, los artículos 82.1b y 85.1.c TFUE permiten la adopción de nuevas directivas y reglamentos, adoptados de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario. Existe una sólida base legal en los tratados que no solo permite, sino que promueve la adopción de nuevos instrumentos en relación con esta materia.⁷⁰³

4. Avances (y retroceso) en materia de derechos para la ciudadanía europea

Aunque el avance en la búsqueda de un derecho penal sustantivo y procesal europeo es innegable, apunta NIETO MARTÍN que más derecho penal no implica más avance en DDHH. De acuerdo con este autor, el TJCE (actual TJUE) tiene una visión deformada del derecho penal, un derecho que está siendo orientado y utilizado para proteger la eficacia de normas extrapenales. Su utilización está orientada por razones de eficacia y no plantea problemas cualitativamente distintos a otras sanciones

⁷⁰³ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro, “Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el espacio de libertad seguridad y justicia: ¿hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?”, *op. cit.*, p. 229.

administrativas. Esta imagen instrumental del derecho penal puede verse con claridad cuando la justificación para la armonización o para establecer un determinado grado de sanciones es la mejora de la cooperación judicial con otros Estados.

Además, indica el autor, echa en falta una mayor transparencia en las decisiones político criminales. Esta ausencia de transparencia la enlaza directamente con cuestiones relativas al régimen democrático de la UE y la compatibilidad de la armonización con la reserva de ley material en materia penal. Concluye que la intervención de la UE en determinados ámbitos resulta, a veces inefectiva, pues no siempre se consigue la armonización deseada en materia penal, y, además, los EEMM no transponen o transponen a su modo las decisiones marco o directivas. Indica que la armonización de las penas que se realiza a través de las directivas, las cuales suelen otorgar un alto grado de discrecionalidad nacional a través de fórmulas tipo como “los Estados establecerán sanciones efectivas, disuasivas y proporcionadas”, es utilizada por algunos Estados para aumentar los marcos punitivos. De acuerdo con este autor el derecho penal europeo ha surgido en una coyuntura política y social complicada e incide en el populismo punitivo y la consideración de las garantías como un estorbo en la lucha contra la criminalidad como constante en los países de nuestro entorno,⁷⁰⁴ punto que ya tratamos en el bloque I y en el que no vamos a reincidir.

⁷⁰⁴ NIETO MARTÍN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *op. cit.*, pp. 2-4.

Así, sin desconocer los peligros que conlleva el (ab)uso del derecho procesal penal como reacción -a veces desmesurada- ante determinados ilícitos que debieron ser prevenidos con una política educativa y sanitaria adecuada no podemos dejar de reconocer el gran avance que supone que el derecho procesal penal haya puesto el foco en las víctimas para hacer posible su libre circulación por el ELSJ haciendo uso de su estatuto de ciudadanía sin que eso implique la pérdida de derechos fundamentales tan básicos como el derecho a la integridad y una vida libre de violencia. Sin duda, la supresión de pilares que antes apuntábamos, así como la posibilidad de construir Europa a dos velocidades, han servido para que aquellos países cuya intención es avanzar más rápido, puedan.

4.1. El espacio de libertad, seguridad y justicia

Uno de los objetivos de la UE ha sido y es la construcción de un ELSJ⁷⁰⁵ en el que los 500 millones de ciudadanos y ciudadanas de la Unión tengan garantizado su derecho a la libre circulación a la vez que disfruten

⁷⁰⁵ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “Lección 14: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, España, 2011, pp. 371-390; GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional*, op. cit., pp. 45-47; ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 373-376; MARTÍNEZ GARRIDO, Santiago, “Hacia la creación de un espacio común de justicia, libertad y seguridad”, *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, núm. 25, 2011, pp. 19-26.

de una misma seguridad,⁷⁰⁶ mediante la adopción de medidas relativas al control de medidas exteriores, asilo, inmigración, prevención y lucha contra la delincuencia (Preámbulo y artículo 3 TUE y artículo 67 TFUE). La configuración del actual ELSJ es fruto de un proceso evolutivo que el 14 de junio de 1985 culminó con el Acuerdo Schengen.⁷⁰⁷

Especial consideración merece la reflexión de GÓNZALEZ VIADA⁷⁰⁸ sobre el espacio Schengen en los tiempos que corren. Nos indica que el triángulo se ha inclinado a favor de la seguridad. Resulta difícil negar que, en la coyuntura actual, la construcción del ELSJ se está centrando cada vez más en el control fronterizo y, subsidiariamente, en la lucha contra la criminalidad dejando en un segundo lugar a la libertad y la justicia. Estamos dibujando una “Europa de la seguridad”. El centro del Programa de La Haya, y, por ende, de las políticas comunitarias penales, es la seguridad.

⁷⁰⁶ “En la Unión Europea el objetivo parece estar claro: si se pretende instaurar una nueva libertad de las personas para que puedan ir y venir libremente sin controles ni fronteras, es preciso completar esta situación con unas actuaciones que impidan la disminución de la seguridad de los Estados y las personas, que podría generarse con la citada desaparición”. DEL POZO PÉREZ, Marta, “La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, p. 165.

⁷⁰⁷ Tratado para la eliminación gradual de las fronteras interiores. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133020> (última consulta: 02-07-2019).

⁷⁰⁸ GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 45-48.

Una seguridad de carácter preventivo, dirigida contra amenazas y riesgos que pudiese llegar a afectar a los ciudadanos de la Unión.⁷⁰⁹

Y no es este un modelo que proteja la libertad de los ciudadanos, sino un modelo que lucha contra las amenazas y miedos (muchas veces incentivados por los *mass media*).⁷¹⁰ Y hemos de tener cuidado, pues este modelo puede acabar identificándose a las teorías del derecho penal del enemigo y del derecho penal del riesgo.⁷¹¹

En los mismos términos se pronuncia MUÑOZ DE MORALES ROMERO al indicar que en la política criminal europea la tensión libertad-seguridad se salda con un claro desequilibrio a favor de la seguridad.⁷¹² Y VERVAELE al reflexionar sobre la sociedad actual -digital y en continua evolución tecnológica- donde la consolidación del espacio europeo de

⁷⁰⁹ “La sociedad del riesgo significa que el pasado pierde su fuerza de determinación para el presente. En su lugar aparece el futuro, algo no existente, aún no construido, ficticio como causa de las acciones y las vivencias del presente”. BECK, Ulrich, “La teoría de la sociedad del riesgo reformulada” *POLIS. México*, vol.15, num.1, 2019, p. 175.

⁷¹⁰ El término *mass-media* (medios de comunicación de masa) hace referencia a aquellos instrumentos que permiten una difusión colectiva de contenidos del mismo tenor a la sociedad. Encontramos dentro de éstos el cine, la televisión, la prensa, internet...y se oponen a la comunicación interpersonal que regía en el pasado. Hay quienes ven en los *mass-media* un peligroso instrumento de homogeneización del pensamiento de la sociedad.

⁷¹¹ Derecho penal del enemigo es una expresión acuñada por JAKOBS en 1985, para referirse a las normas que en el CP alemán (Strafgesetzbuch o StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, ni siquiera iniciado la ejecución. Las normas del derecho penal del enemigo no castigan al autor por el hecho delictivo cometido, castigan al autor por considerarlo peligroso. El derecho penal del riesgo se basa en que, dada la gran cantidad de conductas que generan riesgos sociales, el derecho penal puede y debe dar un paso hacia delante para prevenir la realización de dichas conductas.

⁷¹² MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., p. 646.

justicia penal responde a un modelo que inclina el triángulo a favor de la seguridad.⁷¹³ Como brillantemente refiere BECK, el discurso del riesgo comienza donde la confianza en nuestra seguridad termina. Y deja de ser relevante cuando ocurre la catástrofe. El riesgo delimita un estado intermedio entre la seguridad y la destrucción. La percepción de riesgos amenazantes es la que determina nuestro pensamiento y acción.⁷¹⁴

4.2. El estatuto de la ciudadanía de la Unión

Ciudadanía y ciudadano derivan de la *civitas* romana, y conllevan la titularidad de derechos civiles y políticos por el hecho de pertenecer a una comunidad política. En la actualidad, la ciudadanía va vinculada a la nacionalidad de los Estados. La ciudadanía europea tiene su origen en una propuesta española presentada en la Conferencia Intergubernamental de 1991 y fue acuñada por primera vez en el Tratado de Maastricht de 1992.

El artículo 20.1 del TFUE dispone “*Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*”. Y en su apartado segundo, el artículo 20.2 TFUE,⁷¹⁵ dispone de forma genérica los derechos que integran

⁷¹³ VERVAELE, John A. E., “¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?”, en: BARONA VILAR, Silvia (dir.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 466.

⁷¹⁴ BECK, Ulrich, “Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo”, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹⁵ Artículo 20.2 TFUE: “*Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el*

el denominado Estatuto de ciudadanía.⁷¹⁶ Pero, como nos indica MARÍA DÍEZ-PICAZO, “a diferencia de sus Estados miembros, la unión europea no puede contar con ningún tipo de identidad colectiva como factor sentimental para su legitimación. Solo puede contar con la creencia de que, en principio, unir es bueno”.⁷¹⁷

A día de hoy, la ciudadanía europea sigue en construcción,⁷¹⁸ y es labor de todos construir una Europa de ciudadanos y ciudadanas libres e

Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”.

⁷¹⁶ El estatus de ciudadanía europea conlleva una serie de derechos que integran el estatus de la Unión. Además, implica el derecho a ser tratados con igualdad en la misma situación jurídica, esto es, proscribida la discriminación por razón de nacionalidad. Esto conlleva que los ciudadanos de la Unión en la misma situación tendrán derecho a obtener, con independencia de su nacionalidad -con las excepciones previstas en los tratados- el mismo trato jurídico no pudiendo ser tratadas de forma diferente situaciones iguales ni de forma idéntica situaciones diferentes (STJUE, Asunto C-148/02, Caso Carlos Garcia Avello, de 2 de octubre de 2003 (ECLI: EU: C:2003:539).

⁷¹⁷ Finaliza así un brillante artículo de este autor donde reflexiona acerca de la naturaleza de la UE, tras una evolución histórica del proceso de creación de ésta, así como comparándola con modelos federales. MARÍA DIEZ-PICAZO, Luis, “La naturaleza de la Unión Europea”, *op. cit.*

⁷¹⁸ AGUDO ZAMORA, Miguel. *La ciudadanía de la Unión Europea (Del artículo 8 TUE al artículo 1-8 TCE)*. Disponible en: http://www.uco.es/derechoconstitucional/recursos/constitucion-economica/documents/La_ciudadania_de_la_Union_Europea.pdf (última consulta: 02-07-2019); LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., “La Ciudadanía de la Unión Europea: Una cuestión abierta”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 357-372; SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, *La Unión Europea tras Lisboa. Introducción al sistema institucional y jurídico de la Unión*, EZ, España, 2015, pp. 25-27.

iguales. Proyectos como la EPO y las dificultades que su transposición conlleva nos muestran cuánta Europa resta por construir para conseguir un estatuto de ciudadanos y ciudadanas europeas con independencia de su nacionalidad. Pero si echamos la vista atrás, podremos ver los avances de la primitiva Europa de los mercaderes a la Europa de los ciudadanos y ciudadanas en construcción.

4.3. Derechos humanos y libertades fundamentales en la Unión Europea

Al tratar este punto no podemos perder de vista la acertada crítica de NIETO MARTÍN: “La repercusión sobre los derechos fundamentales se utiliza para justificar la sanción, pero no para examinar críticamente sus disposiciones”.⁷¹⁹

En los últimos años, la política de protección de DDHH ha recibido un impulso significativo por parte de las instituciones europeas. La idea de que la protección de los DDHH es una cuestión exclusiva de cada Estado

⁷¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *op. cit.*, p. 8.

⁷²⁰ cae por su propio peso. ⁷²¹ El surgimiento de un espacio político con instituciones supranacionales cuyos actos pueden atentar contra derechos individuales de los ciudadanos europeos y la existencia de problemas comunes -la inmigración o la discriminación de ciertas minorías- han hecho que la Unión deba desarrollar políticas que tiendan a garantizar los DDFF dentro de su territorio.

A día de hoy estamos en plena construcción de un sistema de protección de DDFF, donde el TJUE es pieza clave del sistema, pero no la única. El TJUE, previamente el TJCE, ha tenido un papel esencial en la configuración de la protección de los DDFF en la UE, pues los tratados constitutivos guardaban silencio sobre los DDFF. Sin embargo, con el fin de hacer más transparentes los derechos de los ciudadanos, así como disminuir distancia entre la sociedad civil europea y el proceso de integración de las burocracias políticas, la UE ha elaborado una CDFUE. Con la elaboración de la Carta, ⁷²² y su adquisición de fuerza jurídica

⁷²⁰ En el mismo sentido, MESTRE DELGADO afirma que el dogma del monopolio estatal en la regulación del *ius puniendi* entró en crisis en el momento en que España se adhirió a las Comunidades Europeas. MESTRE DELGADO, Esteban, “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la UE”, *op. cit.*, 2017, p. 2.

⁷²¹ PERRON, Walter, “¿Son superables las fronteras nacionales del derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, p. 209; “The advancement of the international human rights agenda has meant that neither parliament, nor a State’s constitution, nor its highest domestic court is supreme any longer (...) Human rights and their norms resign supreme. No parliament can enact laws undermining those human rights that are internationally recognized. To say that even the most powerful of parliaments, such as the British parliament, is sovereign or supreme is a fiction”. SUBEDI, Surya P., “The effectiveness of the UN human rights system. Reform and Judicialisation of Human Rights”, *Routledge*, 2017, p. 15.

⁷²² Las constituciones de cada uno de los países miembros de la UE garantizan los DDFF

equivalente a Tratado desde el 1 de diciembre de 2009 (fecha en la que entró en vigor el tratado de Lisboa) y el mandato de adhesión al CEDH existen importantes retos a asumir en la Europa de derechos y libertades.⁷²³

Con el Tratado de Lisboa⁷²⁴ se reforman los Tratados constitutivos. Respecto a la protección de los DDFF, el Tratado de Lisboa deja plasmados los valores y principios en su artículo segundo que exige respeto a los DDHH por parte de los EEMM dentro y fuera de la Unión. Pero es el

a escala nacional y la CDFUE (adoptada en 2000 y vinculante para los países de la UE desde 2009), a escala de la Unión. Todas las instituciones de la UE —Comisión, Parlamento y Consejo— tienen un papel que desempeñar en la protección de los DDHH. La Carta establece los DDFF que son vinculantes para las instituciones y organismos de la UE y también es vinculante para los gobiernos nacionales cuando estén aplicando la legislación de la UE. Los particulares que deseen interponer recursos deben dirigirse a los tribunales de su propio país. En última instancia, pueden dirigirse al TJUE. La Carta concuerda con el CEDH, que ha sido ratificado por todos los países de la UE. Disponible en: http://europa.eu/pol/rights/index_es.htm (última consulta: 02-07-2019).

⁷²³ LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., “Capítulo V: Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Unión Europea” en: MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, 6 Edición, España, 2010, pp. 123-150; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cándido, “*Más Europa*” Temas para el debate (Ejemplar dedicado a: La Europa del futuro), núm. 108, 2003, pp. 26-28; RUIZ MIGUEL, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 2, 2003, pp.61-90; KLAUS-JÖRG, Ruhl, “La política de derechos humanos de la Unión Europea”, *Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XIV, núm. 40, 2007; SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, *La Unión Europea tras Lisboa. Introducción al sistema institucional y jurídico de la Unión*, EZ, España, 2015, pp. 83-118.

⁷²⁴ Se menciona frecuentemente que existe un distanciamiento entre los ciudadanos y las instituciones comunitarias. Con el tratado de Lisboa y la superación de la regla de unanimidad existente hasta el momento, la cual bloqueaba con frecuencia iniciativas que permitirían al ciudadano europeo “visualizar” la idea de Unión y sus ventajas, la situación parece que ha cambiado. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 15, 2008, p. 5.

artículo 6 TUE ⁷²⁵ el que configura la protección de estos derechos en el ámbito del derecho de la Unión a través de tres vías. Las dos vías más relevantes serán a) el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la CDFUE. Y b) afirmar que estos DDFE formarán parte del derecho de la Unión como principios generales. Siendo que estas dos vías se complementan ⁷²⁶ con c) el mandato de adhesión al CEDH.

4.4. La cooperación reforzada y la Europa a dos velocidades a propósito del Brexit

El mecanismo de la cooperación reforzada permite la creación de Europa a dos velocidades. Permite que los EEMM que no quieran participar

⁷²⁵ Artículo 6. 1 TUE: “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.* 2. *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.* 3. *Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.*

⁷²⁶ STJUE, Asunto C-571/10, Caso Kamberaj, de 24 de abril de 2012 (ECLI:EU:C:2012:233): “La referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y dicho Convenio, a aplicar directamente las disposiciones del Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo”.

en los avances del progreso de integración se mantengan al margen y que aquellos que lo desean continúen avanzando. Este mecanismo solo funciona hacia delante, cabe ampliar la cooperación entre los Estados, pero no dar un paso atrás en aquellas materias en las que ya existía la cooperación.⁷²⁷ Fue introducido por primera vez en el Tratado de Ámsterdam, para dar un soporte a la dinámica de integración a distintas velocidades que se introdujo en el tratado de Maastricht con las cláusulas *opting out*.⁷²⁸ Además, el Protocolo 21 del Tratado de Lisboa otorga a Reino Unido e Irlanda el derecho de abstenerse de cualquier tipo de medida en el ELSJ así como de participar en las medidas que seleccionen, *selective opt-in*.⁷²⁹ Así, el artículo 82 TFUE señala que la adopción de normas mínimas “*no impedirá*

⁷²⁷ “Cooperación reforzada”, disponible en: http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/enhanced_cooperation.html (última consulta: 02-07-2019); SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, *La Unión Europea tras Lisboa. Introducción al sistema institucional y jurídico de la Unión*, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁷²⁸ Encontramos su regulación en los artículos 20 TUE y 326 a 334 TFUE, donde se disponen las condiciones y límites de este tipo de cooperación. El Título VII TUE fija las condiciones generales para la validez de esta cooperación, las cuales podemos agrupar del siguiente modo: en primer lugar, la naturaleza subsidiaria de este tipo de avance ya que el artículo 43.A TUE nos indica que solo podrán realizarse las cooperaciones reforzadas como último recurso, y primero debe intentar avanzarse mediante los tratados pertinentes. En segundo lugar, de acuerdo con los incisos 43.A.f) y 43.A.i), este tipo de cooperación no puede debilitar el proceso de integración. No pueden constituir ningún tipo de discriminación entre los diversos EEMM y no pueden afectar a las disposiciones relativas al ELSJ. Por último, el artículo 43.A.g) reitera la intención de evitar la apropiación del proceso de integración europea por parte de un grupo reducido de estados y por eso pide que, al menos, ocho Estados insten el uso de la cooperación reforzada. Igualmente, los artículos 43.B y 44 TUE permiten la adhesión posterior de Estados no participantes en el mecanismo de cooperación reforzada iniciada con anterioridad.

⁷²⁹ Más información en: AMBOS, Kai, “Brexit y Derecho Penal Europeo”, *op. cit.*, p. 6.

que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas”.

Esta cuestión enlaza una vez más con la dicotomía cooperación judicial en materia penal y protección de los DDFF. Apunta LIROLA DELGADO que en la práctica el problema no está en que puedan establecerse niveles de protección máxima, sino en cuál será el parámetro mínimo de protección que podrá pedir la autoridad de ejecución cuando proceda al reconocimiento de una resolución judicial en materia penal de otro EM, esto es, determinar unos niveles mínimos de protección comunes de acuerdo con el “orden público europeo”.⁷³⁰

También cabe plantearse el uso de esta posibilidad desde una óptica menos integradora. Parte de la doctrina indica que el aumento de excepciones (*opt-outs*) con la entrada del Tratado de Lisboa a las reglas aplicables a todos los Estados contradice principios básicos de la UE.⁷³¹ La

⁷³⁰ LIROLA DELGADO, Isabel, “La cooperación judicial en materia penal en el tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, *op. cit.*, p. 16.

⁷³¹ ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, núm. 15, 2008, p. 13

balanza podrá inclinarse hacia la unidad o hacia la fragmentación.⁷³² No obstante, cabe esperar que, en la medida en que el desarrollo de la cooperación judicial penal responde al interés de los EEMM y de los ciudadanos europeos, el sistema sea capaz de sortear los contras que pueden derivarse de la flexibilidad y sea capaz de convertirla en un verdadero instrumento para su avance.⁷³³

Pero el pasado 23 de junio de 2016, Reino Unido votó y las urnas dieron el “sí” al *Brexit*. Aun respondiendo la cooperación judicial al interés de los EEMM y de sus ciudadanos, el pueblo inglés decidió que no querían continuar siendo UE. Indica AMBOS que Reino Unido siempre se había mostrado “escéptico y hasta renuente a una Unión que creciera estrechamente de manera conjunta, en especial en el ámbito de la cooperación relativa al Derecho penal”. De hecho, el referéndum del Brexit de David Cameron no ha sido el primero en la “agitada historia” entre el Reino Unido y la Unión Europea. Y en el acervo *Schengen*, Reino Unido e Irlanda solo participan de modo facultativo. En este sentido, refiere el autor

⁷³² “El mayor peligro de la cooperación reforzada es que se cree una Unión ‘de primera’, con un mayor nivel de cohesión dentro de otra Unión ‘de segunda’, que o no quiere mantener el ritmo de integración de la primera y se siente cómoda en ese nivel inferior, o temporalmente no está preparada para asumir ciertos compromisos, aunque aspira a entrar en el selecto ‘club de primera’. En definitiva, el peligro es que progresivamente se cree una Europa bipolar, tripolar... una Europa con tantos polos como la heterogeneidad de los propios Estados miembros y la diversidad de ambiciones de éstos pueda producir. Sin duda una proliferación excesiva de cooperaciones reforzadas no vendría sino a diluir el proceso de integración, fulminando la finalidad misma de la Unión”. ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación*, op. cit., p. 151.

⁷³³ LIROLA DELGADO, Isabel, “La cooperación judicial en materia penal en el tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, op. cit., p. 25.

que a la luz de la “aceptación altamente selectiva de medidas de Derecho penal de la UE por parte del RU y de su limitada integración en el sistema europeo de justicia criminal únicamente han de esperarse consecuencias limitadas del *Brexit*”.⁷³⁴

Este hecho tenemos que ponerlo en relación con el instrumento objeto de estudio en este trabajo: la EPO. Como indica MARTÍNEZ GARCÍA, Reino Unido, paradójicamente, es de los pocos países de los que tenemos conocimiento que hacen uso de la protección brindada por el instrumento. Tras las elecciones y su inminente salida de la UE quedan una serie de preguntas sobre el futuro de Reino Unido sin resolver. Esta situación nos obliga a intentar encontrar un instrumento jurídico que pueda reemplazar a la EPO, pues partimos de la premisa de que es necesario que las víctimas sigan beneficiándose de las garantías de protección otorgadas en la EPO. Es esta la primera vez que se activa el procedimiento de desconexión del artículo 50 TUE y, en ausencia de un precedente legal, no existe una guía para plantear las posibles alternativas viables sobre la futura relación entre Reino Unido y UE.

En lo que respecta a las posibles relaciones convencionales entre Reino Unido y el ELSJ, Reino Unido podría adaptar su derecho interno de manera independiente y voluntaria a los diferentes desarrollos de la UE, tal y como hace Suiza, para así posibilitar o, al menos, facilitar el trabajo conjunto con los EEMM de la Unión. A nivel institucional los acuerdos de cooperación bilateral, igual que los tienen otros Estados, son fácilmente

⁷³⁴AMBOS, Kai, “Brexit y Derecho Penal Europeo”, *op. cit.*, pp. 5-7.

concebibles si existe la voluntad por ambas partes.⁷³⁵ Previsiblemente, la UE deberá aprobar un acuerdo bilateral para la cooperación judicial y policial en materia penal de acuerdo con los artículos 24 y 38 TUE para continuar protegiendo a las víctimas que decidan trasladarse a Reino Unido desde otro país de la UE y viceversa.⁷³⁶

Consideramos necesario mantener la protección de las víctimas porque Reino Unido, disponiendo de la cláusula *opt-out*, decidió formar parte de aquellos países que apostaron por crear una OP a nivel europeo.⁷³⁷ Esta circunstancia debe hacernos reflexionar pues, aun pudiendo quedarse fuera, decidió formar parte de este proyecto común de la protección de víctimas. Y esta protección debe ir por encima de los intereses políticos y económicos que han derivado en el *Brexit*. Europa tiene la oportunidad de crecer y de poner los DDHH por encima de los intereses particulares de los distintos Estados. El derecho a una vida libre de violencia, así como el derecho de las víctimas a estar protegidas debe anteponerse a posibles rencillas en las diversas negociaciones con Reino Unido. En el momento de negociar, Reino Unido tuvo la sensibilidad suficiente para reconocer y

⁷³⁵ Ibidem, pp. 10-11.

⁷³⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 349.

⁷³⁷ En el mismo sentido, SIMÓ SOLER, Elisa, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea” en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco, OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 429.

asumir que las víctimas de violencia de género ⁷³⁸ necesitaban de un instrumento cautelar de protección, ⁷³⁹ para garantizar su seguridad y evitar la posible comisión de atentados más graves contra su persona. Además, tal y como se ha apuntado, este país ha sido de los primeros en reconocer una EPO ⁷⁴⁰ así como en emitir. ⁷⁴¹

Su adhesión fue sincera. Es por ello que abogamos por una fórmula que permita a las víctimas continuar manteniendo dicho estándar de protección que podría desembocar en una orden internacional de protección de víctimas. ⁷⁴² A priori, podría parecer que la opción más ventajosa sería la celebración de un tratado con la UE siguiendo el ejemplo de Suiza o Noruega. Esto evitaría las negociaciones por separado con cada uno de los EEMM y garantizaría un tratamiento homogéneo en todos los EEMM, lo cual se aproxima más a la esencia del instrumento de la EPO. Pero esta afirmación ha de ser matizada porque, tal y como indica AMBOS, Reino

⁷³⁸ SUPPORTING JUSTICE, The link between European Protection Orders and Domestic Violence. Disponible en: <http://supportingjustice.org.uk/the-link-between-european-protection-orders-and-domestic-violence/> (última consulta: 02-07-2019).

⁷³⁹ Puede verse su discurso en el Parlamento. Reino Unido se muestra claramente partidario por crear un instrumento para la protección de “gender violence victims” en: <https://www.youtube.com/watch?v=y6Ponl91T7I> (última consulta 02-07-2019).

⁷⁴⁰ De acuerdo con el Auto del JVSM de Algeciras (Sección primera) núm. 176/2015 de 12 de agosto de 2015 se dictó una EPO desde España (Algeciras) en favor de una mujer víctima de violencia de género que decidió trasladarse a Reino Unido (Londres) buscando respaldo en unos familiares residentes en dicho Estado.

⁷⁴¹ SUPPORTING JUSTICE, Brexit-your vote: what about victims and witnesses? Disponible en: <http://supportingjustice.org.uk/brexit-your-vote-what-about-victims-and-witnesses/> (última consulta: 02-07-2019).

⁷⁴² A favor de la creación de una orden de protección internacional puede leerse: FELDMAN, Angelica, “Cross-Border Domestic Violence: The Global Pandemic and the Call for Uniform Enforcement of Civil Protection Orders”, *40 Suffolk Transnat'l L. Rev.* 35, 2017, pp. 65-72.

Unido no es un EM del espacio *Schengen*, siendo que esto haría que le quedase vedado el acceso privilegiado que tienen Noruega e Islandia, por ejemplo, a la OEDE y al intercambio de información (Prüm, SIS II).⁷⁴³ En este contexto, sería aconsejable que Reino Unido negociase un acuerdo de asociación con relación al acervo Schengen, similar al que tienen negociado Noruega, Islandia, Liechtenstein y Suiza, cuatro Estados europeos que no son miembros de la UE.⁷⁴⁴

II. Procedimiento de adopción de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección

Antes de entrar de lleno en el estudio del instrumento de la EPO, deviene necesaria la cita de GONZÁLEZ CANO, la autora expresa de manera muy lúcida el leitmotiv de este trabajo de investigación: “la aspiración de crear un espacio judicial común ha de partir de un marco

⁷⁴³ Tratado de Prüm por el que se establece un marco legal para profundizar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Es éste un tratado de derecho internacional, adoptado al margen de la UE, pero estrechamente relacionado con ésta en cuanto a su contenido. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824es.pdf (última consulta: 02-07-2019).

Refiere GONZÁLEZ CANO que el Tratado Prüm de 2005 se basaba en la cooperación intergubernamental reforzada. En un inicio sus previsiones no formaban parte del Derecho comunitario, ni se encuadraban en su estructura legislativa e institucional. Tampoco estaban bajo el control del TJUE. El objetivo del Tratado era establecer los fundamentos del principio de disponibilidad en protección de datos e intercambio de información en determinadas áreas, como los de ADN. GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Garantías del investigado y acusado en orden a la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en el proceso penal. A propósito de la Directiva (UE) 2016/680 y su impacto en materia de prueba penal”, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁴⁴ AMBOS, Kai, “Brexit y Derecho Penal Europeo”, *op. cit.*, pp. 10-11.

normativo uniforme que garantice un conjunto de derechos inviolables para sospechosos, investigados y acusados, así como un adecuado status de protección para las víctimas. Tan solo si se garantiza una protección uniforme y real a través de un conjunto de garantías procesales básicas que tutelen los DDFD del justiciable, se podrá conseguir la efectiva aplicación del principio de reconocimiento mutuo, que depende de la confianza que exista en los distintos Estados, confianza que se verá favorecida mediante la instauración de unos principios comunes y unas normas mínimas de obligada observancia”.⁷⁴⁵

1. Análisis del procedimiento legislativo ordinario

Antes de poder aprobar instrumentos haciendo uso de las posibilidades que ofrece el Tratado de Lisboa, la participación del PE y ende la presencia del componente democrático era, en palabras de MUÑOZ DE MORALES, “paupérrima”. El procedimiento de consulta establecido en el artículo 39 TUE en su versión anterior a Lisboa no garantizaba en la práctica que el PE pudiese ejercer control sobre los instrumentos que se negociaban. Sucedió las más de las veces que cuando el PE presentaba su opinión ante el Consejo ésta se refutaba en muchas ocasiones obsoleta, se había modificado la iniciativa original durante el transcurso de las negociaciones y, aunque se procedía a una nueva consulta, casi siempre se había alcanzado ya el acuerdo político cuando el PE elevaba su nueva opinión. Y las delegaciones de los EEMM, que debían adoptar las decisiones por unanimidad, se negaban a cambiar el texto, aunque las modificaciones

⁷⁴⁵ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, *op. cit.*, p. 787.

propuestas fuesen sustancialmente buenas. Las opiniones del PE carecían de valor democrático. El PE no podía ejercer un poder real sobre los instrumentos del tercer pilar, siendo evidente la ausencia de debate entre las instituciones europeas ⁷⁴⁶ así como la poca participación de los ciudadanos en el procedimiento. ⁷⁴⁷

Con el Tratado de Lisboa se instaura finalmente el procedimiento por codecisión o procedimiento legislativo ordinario, en su nueva denominación, como cauce procedimental general a seguir. Así, salvo casos excepcionales, como puede ser el *emergency brake*, ⁷⁴⁸ las directivas comunitarias serán adoptadas por el tripartito institucional Comisión - PE - Consejo. Esta participación de las tres instituciones comunitarias más importantes hace que el resultado sea fruto de un consenso procedente de

⁷⁴⁶MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, *op. cit.*, pp. 633-634.

⁷⁴⁷ Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mencionaba con frecuencia la ausencia de conexión o el distanciamiento entre las instituciones y la ciudadanía. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 5; Y un año después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se pronuncia en términos parecidos NIETO MARTIN al indicar que “esta ausencia de transparencia enlaza con las cuestiones relativas al déficit democrático de la UE y la compatibilidad de la armonización con la reserva de ley en materia penal. En efecto, una de las funciones de esta institución es garantizar un debate transparente, de tal modo que los ciudadanos puedan exigir después responsabilidades a sus representantes (*accountability*) por sus decisiones”. NIETO MARTIN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁴⁸ Permite a los gobiernos nacionales bloquear un proyecto de directiva si consideran que afecta a “aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal” (Art 83.3 TFUE). NIETO MARTIN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *op. cit.*, p. 6.

una pluralidad de centros decisionales que representan intereses muy variados.⁷⁴⁹

Explica de manera muy concisa LIROLA DELGADO en qué consiste la aplicación de este nuevo procedimiento legislativo donde todavía puede vislumbrarse “alguna reminiscencia de carácter intergubernamental”.⁷⁵⁰ Muy brevemente, pues no es objeto de nuestro trabajo el estudio del procedimiento utilizado para la creación de la EPO,

⁷⁴⁹ Continúa la autora indicando que este procedimiento consta de diferentes pasos: la fase pre legislativa que es donde se procede a consultar a los distintos colectivos interesados. La fase de iniciativa compartida entre la Comisión y los EEMM cuando se trata de normas que versan sobre cooperación judicial en materia penal (artículo 76 TFUE), siendo esta posibilidad “clara reminiscencia de la intergubernamentalidad del tercer pilar”. Pero también la apertura del poder de iniciativa de un cuarto de los EEMM en materia relativas a la cooperación en materia penal que colma los déficits federales que tenía el tercer pilar. Tras ello puede darse una fase de audiencia o consulta donde cobra un protagonismo especial la sociedad civil con las consultas que se canalizan a través del Comité Económico y Social. Una cuarta fase de deliberación entre el PE y el Consejo. Después puede darse una fase de conciliación si ambas posiciones de veto concurren de tal forma que se debe intentar llegar a un acuerdo. Y la última etapa es la promulgación y sanción de las directivas o reglamentos. Tras esto se procederá a la publicación del acto jurídico en el diario oficial. Para más información, brillante exposición del procedimiento en: MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, op. cit., pp. 639-704; Aunque referido a la orden europea de investigación, explica el *iter* legislativo de la directiva que, también, encuentra su base jurídica en el artículo 82.1.a). RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2016, pp. 296-301.

⁷⁵⁰ Concluye la autora indicando que “la reminiscencia intergubernamental se mantiene en el reconocimiento del derecho de iniciativa de la cuarta parte de los EEMM en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal y de las ya referidas medidas para garantizar la cooperación administrativa, con la que se afecta la exclusividad del derecho de propuesta de la Comisión que es propio del ámbito comunitario”. LIROLA DELGADO, Isabel, “La cooperación judicial en materia penal en el tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, op. cit., pp. 4-6.

éste se encuentra regulado en el artículo 289 que remite al artículo 294 TFUE. A efectos de la Directiva nos interesa el apartado cuarto del artículo 289, que es el que permite la iniciativa de los EEMM “*en los casos específicos previstos por los Tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco Europeo de Inversiones*”. Debemos poner este artículo en relación con el artículo 76.b: “*Los actos contemplados en los capítulos 4 y 5, así como las medidas mencionadas en el artículo 74 que garanticen la cooperación administrativa en los ámbitos a que se refieren esos capítulos, se adoptarán: (...) b. por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros*”. Así, el capítulo cuatro se refiere a “*cooperación judicial en materia penal*” y el capítulo cinco a “*cooperación policial*”. Quedando fuera de la posible iniciativa de una cuarta parte de los EEMM la “*cooperación judicial en materia civil*” del capítulo tercero.

La EPO fue el primer instrumento que se legisló haciendo uso de la posibilidad de la iniciativa de una cuarta parte de los EEMM que ofrece la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.⁷⁵¹ El problema es que las órdenes

⁷⁵¹ Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión tenía atribuido el monopolio de la iniciativa legislativa en materia civil, mientras que en materia penal compartía dicha iniciativa con los EEMM (art 34.2 TUE). Con la reforma, si bien los EEMM siguen pudiendo presentar propuestas, ya solo pueden hacerlo si suman al menos una cuarta parte del total (art 76.b TFUE). Con la composición actual de la UE, significa que el Consejo solo puede presentar una propuesta si ésta cuenta con el apoyo de, al menos, siete EEMM. Aprovechando este reducto de iniciativa legislativa de los Estados, la propuesta de directiva sobre la EPO fue presentada a iniciativa de España durante su presidencia de la UE y contó con el patrocinio de otros once EEMM, convirtiéndose en el primer instrumento legislativo que se presentaba aprovechando la vía dejada abierta por el TFUE a la iniciativa legislativa de los EEMM en el ELSJ. PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La

de protección dependiendo del país en el que se encuentren pueden ser civiles, penales o administrativas. Y esto hizo que la Comisión, recelosa de perder su monopolio legislativo, mantuviese que el Consejo no era competente para la creación de una OP a nivel europeo. El resultado, tal y como explicaremos en los próximos apartados, la creación de dos instrumentos -uno civil y otro penal- para la protección de las víctimas.

2. La voluntad de crear una orden de protección europea para las víctimas de violencia de género

Como hemos ido exponiendo a lo largo del trabajo, constituye un fenómeno indiscutible de las últimas décadas el “redescubrimiento o recuperación de las víctimas”⁷⁵² en el marco del derecho penal sustantivo y procesal. En sus orígenes, la UE fue construida por hombres y para hombres. El propio Víctor Hugo hizo referencia a la “fraternidad” europea,⁷⁵³ dejando fuera de ésta cualquier tema relacionado con el género, y con ello a la mitad de la población europea. Tendremos que esperar hasta finales del siglo XX para que cobre relevancia un movimiento de redescubrimiento de víctimas de delitos basado en un mayor protagonismo de éstas y una mayor atención a sus derechos e intereses. Y dentro de las víctimas de

protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁵² ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, pp.493-494.

⁷⁵³ “Sin perder vuestras cualidades distintas y vuestra gloriosa individualidad, os fundiréis estrechamente en una unidad superior y constituiréis la fraternidad europea”. Víctor Hugo (1802-1885).

delitos, un colectivo tristemente numeroso son las víctimas de violencia machista.⁷⁵⁴

El auge de la victimología en las ciencias penales y criminológicas es indudable. Frente a anteriores modelos centrados en la lucha contra la criminalidad (*crime control model*), o en el proceso justo y equitativo (*due process model*), hoy en día se habla de un tercer modelo de proceso penal que tiene como objetivo una fuerte participación de la víctima (*victim participation model*). Y este fenómeno es, fundamentalmente, el resultado de un desarrollo globalizado desde la década de los 70 que se ha ido manifestando de muchas formas, legislativas y jurisdiccionales, en el que, naturalmente, la UE ha tenido un papel destacado con una política legislativa en cuya agenda ha situado a la víctima en una prioritaria posición, así como la evolutiva y creadora jurisprudencia del TJUE. Se ha considerado necesario dotar a las víctimas de un marco de garantías de carácter homogéneo en toda la UE, necesidad que viene ligada al objetivo de consolidar un ELSJ y la apuesta del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial.⁷⁵⁵

En este mismo sentido, PEYRÓ LLOPIS, tradicionalmente la cooperación europea en el marco del tercer pilar se centró en la lucha contra

⁷⁵⁴ El avance hacia sociedades más igualitarias junto con la progresiva aceptación de marcos interpretativos desarrollados por el movimiento feminista explica, en buena medida, la deslegitimación de la violencia contra las mujeres, así como su conceptualización como un grave problema social y político. DE MIGUEL, Ana, “La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación”, *Filosofía Mora y Política*, enero-junio 2008, p. 135.

⁷⁵⁵ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, pp.493-494.

el crimen, en una primera fase mediante la armonización de legislaciones en materia penal y en una segunda fase estableciendo garantías y facilidades para los procesados. En definitiva, el centro de atención siempre fue la lucha contra la delincuencia y los derechos de los imputados. Es por ello que “quedaba por idear algún instrumento legislativo que regulase el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales desde el punto de vista de las víctimas, garantizando su libertad de movimientos por el espacio común y velando por su protección y por el respeto de sus derechos”.⁷⁵⁶

Podemos afirmar sin lugar a dudas que 2015 fue el año de las víctimas en el ámbito del ELSJ, y, concretamente, en los instrumentos reguladores de las medidas de protección de víctimas (DV, DEPO y REPM) se indicó que deberían entrar en vigor, a más tardar, en enero de ese año. Fue el año de aprobación y entrada en vigor de las respectivas leyes nacionales de transposición de toda la normativa UE sobre víctimas. Ahora bien, conviene destacar que entrada en vigor no es siempre sinónimo de plena eficacia y consecución de los objetivos de dichas normas.⁷⁵⁷

2.1. *La laguna jurídica en materia de violencia de género*

De acuerdo con MARTÍNEZ GARCÍA, la laguna jurídica en derecho primario es un síntoma más de lo ajeno que resultaba a la UE la

⁷⁵⁶ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁵⁷ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8955, 2017, pp. 1-2.

protección del género.⁷⁵⁸ Pero esto no significa que a la UE nunca le haya interesado la protección de mujeres y niños.⁷⁵⁹ DÍAZ PITA apunta que ya en 1986 el PE estableció un catálogo de 77 medidas destinadas a erradicar la violencia de género. Este catálogo comprendía, entre otras, la educación desde la infancia, la reforma de las legislaciones penales y medidas de aseguramiento de víctimas, así como la promoción de campañas de concienciación como la de “Tolerancia cero” que fue desarrollada en 1996 por el mismo Parlamento y, como punto fundamental de ésta, convirtió en convenio vinculante para la UE la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial de Pekín de 1995 e insistió en definir la violencia sobre la mujer como un problema público. El año 1999 fue declarado “año europeo de la lucha contra la violencia contra la mujer” y en 2007 se adopta la Decisión núm. 779/2007/CE del PE y del Consejo por la que se establece un

⁷⁵⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁵⁹ “Over the past two decades many Member States have developed their protection order laws to serve the needs of victims of violence. All these efforts have been linked in the increased awareness of (domestic) violence and the need for immediate protection in the face of an imminent risk of violence (...) one conclusion is that both civil and criminal protection orders are needed, as well as emergency barring orders and that these should be available to the widest range of victims possible. The EPO and the EPM Regulation are positive steps in the cross-border protection of persons against violence and stalking. However, there are concerns about the practical implementation of these measures in the Member States, especially of the differences in the national protection instruments and approaches. In fact, the variation in approaches and laws in the Member States could be considered the main obstacle to consistent protection in the EU, also for ‘domestic’ victims. (...) Steps should be taken to try to come to an approximation of national laws and to increase the level of protection provided by national protection order laws and practices, both on a national and EU level”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, pp. 14-15.

programa comunitario específico que tiene como objeto prevenir y combatir la violencia sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres, así como proteger a las víctimas y a los grupos de riesgo. Es éste el programa Daphne III, previsto para el periodo 2007-2013 y que tiene sus antecedentes en Daphne (2000-2003) y Daphne II (2004-2008). El programa Daphne III se encuentra actualmente integrado en el programa de Derechos y Ciudadanía para el período 2014-2020.⁷⁶⁰

Pese a la existencia de una laguna jurídica en derecho primario en lo que a violencia de género se refiere,⁷⁶¹ es de justicia reconocer que la falta de un título competencial específico contrasta con la creciente toma de conciencia por las opiniones públicas nacionales y supranacionales⁷⁶² no solo de la gravedad del fenómeno y la necesidad de endurecer las leyes, sino de la obligación de que la propia Unión se implique como tal en la lucha contra la violencia sobre las mujeres. El resultado de dicha laguna deviene en una falta de coordinación y orden en la adopción de medidas en cuestiones de género. Pero paradójicamente, esta insuficiencia de partida no ha significado un desinterés ni una falta de implicación por parte de la

⁷⁶⁰ DÍAZ PITA, M. Paula, “A propósito de la adopción de la orden europea de protección en España en el ámbito de la violencia doméstica y de género”, *Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013, pp. 80-81.

⁷⁶¹ Si observamos la legislación europea, nos damos cuenta de que al género no se le dedica un título competencial específico.

⁷⁶² LOMBARDO, Emanuela, “La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 121.

Unión en la materia.⁷⁶³ No obstante, exige de un esfuerzo adicional en la búsqueda y determinación de las bases sobre las que sustentar las iniciativas legislativas.⁷⁶⁴ MARTÍNEZ GARCÍA apunta el recurso a la cláusula de imprevisión del artículo 352 TFUE⁷⁶⁵ como base para la legislación europea en género. Dicho artículo recoge la posibilidad de que, en la medida que una acción no prevista en el Tratado como lo es la lucha contra la violencia de género, sea considerada necesaria para lograr sus objetivos, esto es, la creación de un ELSJ en el que se garantice la libertad de circulación de personas y la igualdad de hombres y mujeres, “*el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo*”. Concluye la autora que la cooperación judicial penal a través de estos instrumentos

⁷⁶³ Traducción libre: Por qué la igualdad, especialmente la igualdad entre los sexos, es una de las prioridades de la UE es una cuestión abierta a especulación. Desde un nivel económico, es importante prevenir distorsiones económicas en un mercado internacional integrado (permitir que un país pague menos a las mujeres reduciría sus costes de producción frente al resto). Desde el nivel político, quizá ha sido elegido pues la lucha por la igualdad puede demostrar el compromiso de la Unión con el progreso social. ELLIS, Evelyn; WATSON, Philippa, *EU Anti-Discrimination Law*, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁶⁴ MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 80-84; MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *op. cit.*, pp. 407-442; ROMÁN Laura, “Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, *op. cit.*, pp. 31-33; LLORIA GARCÍA, Paz, “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El convenio de Estambul” en: CERVERA VALLTERRA, María. *La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común*, Ediciones Universitat de València, Valencia, 2015, pp. 89-94.

⁷⁶⁵ Para más información acerca del artículo 352 TFUE: AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, *op. cit.*, pp. 72-76; SCHÜTZE, Robert, *An introduction to European Law*, *op. cit.*, pp. 73-76.

“podemos intuir se presenta y anuncia como la antifase a una posible y futura creación de un ordenamiento penal europeo”.⁷⁶⁶

2.2. Crónica de un fracaso: todo lo que la orden de protección europea pudo ser, y no fue...

Como ya hemos indicado anteriormente, la cooperación europea en el marco del tercer pilar se ha centrado tradicionalmente en la lucha contra la delincuencia y en los derechos de los imputados, obviando en gran medida el papel de las víctimas. La elaboración de un instrumento que velase por la protección de las víctimas en toda la Unión, garantizándoles que pudiesen ejercer de forma segura su derecho a circular y residir libremente en el territorio de cualquier EM, era una deuda pendiente del legislador europeo. En respuesta a lo anterior y con el objetivo de reforzar la lucha contra la violencia sobre las mujeres, la presidencia española en 2010 centró sus propuestas enmarcadas en el ELSJ en la protección de las víctimas.

El Gobierno Español, al acceder a la presidencia del Consejo el primer semestre del año 2010, hizo de la aprobación⁷⁶⁷ de la EPO una de las propuestas estrella de su programa. Y basó la importancia de esta

⁷⁶⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁷⁶⁷ Explica de manera muy concisa la azarosa gestación del instrumento: ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección”, en: MARTÍN OSOS, José (coord.) *El derecho procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43-49.

medida contra la violencia de género ⁷⁶⁸ en datos de la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA). ⁷⁶⁹ Y es así como lanzó a comienzos de 2010 la propuesta de DEPO con el apoyo de otros once EEMM. ⁷⁷⁰ Y casi dos años después, tras innumerables modificaciones, la propuesta se convirtió en la Directiva 2011/99/UE. Esta Directiva tiene en sus orígenes la voluntad de prestar una especial atención hacia las víctimas de delitos y, en especial, a las de violencia de género. ⁷⁷¹

2.2.1. Una necesidad estadística

Las impulsoras de la EPO, a pesar de la falta de datos sobre la magnitud real del problema, ⁷⁷² vieron desde el principio una necesidad de protección de las víctimas a la que la UE debía dar una respuesta. En el

⁷⁶⁸ Acabó siendo una medida no solo para luchar contra la violencia de género, sino contra cualquier tipo de violencia física, psicológica o sexual.

⁷⁶⁹ Según sus estimaciones, en el momento en que tuvo lugar la iniciativa de la EPO, el 45% de las mujeres europeas eran víctimas de algún tipo de violencia a lo largo de su vida. Disponible en: Eurobarómetro especial sobre violencia de género, núm. 344, de septiembre de 2010.

⁷⁷⁰ La negociación de la EPO comenzó formalmente el lunes 4 de enero de 2010 en Bruselas en el marco de una reunión de Consejeros de Justicia y Asuntos de Interior, aunque ya venía discutiéndose informalmente desde el mes de septiembre de 2009. En: PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷¹ En un principio, era intención de la presidencia española que fuese una OP dirigida únicamente a víctimas de violencia de género, y en numerosos considerandos hace referencias expresas a las mismas.

⁷⁷² Dado que la falta de datos fiables es un problema no solo de la UE y lo encontramos a escala mundial, resulta interesante la reflexión que hicieron los Congresistas de EEUU. Puede leerse: ACK, E.J., “Domestic violence across the state lines: The Full Faith and Credit Clause, Congressional power, and interstate enforcement of protection orders”, *Roger Williams Univ. Legal Studies Research Paper No. 04*.

borrador de la DEPO indicaron que, aunque no existen datos oficiales de cuántas víctimas con órdenes de protección se mueven de un EM a otro, si solo el 1% de éstas se moviesen, únicamente en 2008 habría 1180 potenciales usuarias de EPOs en la UE.⁷⁷³ Además, de acuerdo con el Eurobarómetro, en el momento en que tuvo lugar la iniciativa de la EPO, el 45% de las mujeres europeas habían sufrido algún tipo de violencia a lo largo de su vida.⁷⁷⁴ Si descendemos a la realidad nacional, comprobaremos que una de cada tres mujeres que solicita una OP es extranjera. El primer trimestre del año 2019 comenzaba con más del 32% de denunciante extranjeras. De las 9.530 OP incoadas, 3.077 tenían como víctima de violencia de género a una mujer extranjera.⁷⁷⁵ Si éstas deciden marcharse, dejarán de tener protección salvo que hagan uso de los instrumentos de reconocimiento mutuo existentes o inicien un nuevo procedimiento en el país de destino. Con ello, anticipamos una primera conclusión porque ser conscientes de esta realidad nos permite reconocer la necesidad de crear una orden de protección con carácter transnacional.

2.2.2. *El punto de partida*

La propuesta de la EPO se presentaba como un instrumento que ofrecería una protección integral similar a la que encontramos en la OPN

⁷⁷³ En estos términos se pronunciaban las “*rapporteurs of the report on the draft directive on the EPO*” Teresa Jiménez Becerril y Carmen Romero López en: JIMÉNEZ BECERRIL, Teresa, ROMERO LÓPEZ, Carmen, “The European Protection Order”, *The European Criminal Law Associations’ forum* 2011/2, 2011, p. 76.

⁷⁷⁴ Eurobarómetro especial sobre violencia de género, núm. 344, de septiembre de 2010.

⁷⁷⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Primer-trimestre-de-2019> (última consulta: 24-06-2019)

española a las víctimas de violencia de género en cualquier país de la UE. En sus inicios, se quiso que fuese un mecanismo de protección integral de víctimas, tanto de carácter penal como civil.⁷⁷⁶ Pero la falta de acuerdo entre los diferentes EEMM hizo que únicamente pudiese adoptarse una directiva y un reglamento de mínimos, siendo que las medidas de éstos se asemejan más a las que encontramos en la orden de alejamiento española que a las reguladas en la OP española, que, además de medidas penales, contiene otras de naturaleza civil y deviene título ejecutivo para solicitar otras medidas asistenciales y sociales. Además, terminó siendo un instrumento para todas las víctimas.

La presidencia española del Consejo buscaba crear una orden de protección a imagen y semejanza de la OPN: la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica. Esta ley vino a dar respuesta a una necesidad que las feministas llevaban años reivindicando. Accede a nuestro ordenamiento jurídico avalada por el consenso y unanimidad de todos los grupos parlamentarios, tanto en el Congreso como en el Senado, prueba de la reciente sensibilidad⁷⁷⁷ de los poderes públicos en la lucha contra la violencia en el ámbito familiar.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁷⁷ Aunque referido a la LOVG, apunta SÁNCHEZ YLLERA que esta unanimidad no era sincera, sino estratégica pues ningún grupo político quiso asumir el coste electoral. Extrapolamos dicha reflexión también al instrumento de la OPN pues, como hemos indicado anteriormente, el porcentaje de españoles que consideran la violencia de género un problema importante es ínfimo. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, “Maltrato y dominación, Paradojas judiciales sobre una cultura incívica”, *op. cit.*, p. 1.

⁷⁷⁸ Un estudio detallado sobre el instrumento de la Orden de Protección lo encontramos en: GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Julián Ángel, *La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*, Editorial Sepin, España, 2014.

De acuerdo con su motivo primero, fue concebida como un instrumento judicial que dé una respuesta integral al problema. Ello implica que, desde que el Juez de Instrucción emita una OP, la víctima va a disponer de un estatuto global de protección con medidas de carácter penal, civil y social. En otras palabras, una sola resolución judicial puede conllevar medidas cautelares de carácter penal que afecten a la situación personal o a la libertad de movimientos del agresor, pero también medidas de carácter civil y aquellas que las diversas administraciones públicas articulen a nivel estatal, autonómico o local en materia de protección social de víctimas de violencia en el ámbito del hogar.⁷⁷⁹

Sin intención de realizar una enumeración exhaustiva, que excedería del objeto de este trabajo de investigación, podemos citar las siguientes aportaciones⁷⁸⁰ de la Ley 27/2003:

1. El juzgado o tribunal que conoce de un proceso penal por violencia doméstica examinará si en el caso concreto existe una situación objetiva de riesgo para la víctima. En caso de darse la situación de riesgo deberá establecer aquellas medidas cautelares que resulten procedentes “*atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima*” (artículo 544 bis.6).

⁷⁷⁹ CERZO GARCIA-VERDUGO, Pablo, “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988-X vol. XXII, 2004, pp. 375 y 376; LAMO RUBIO, J, “La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica instaurada mediante Ley 27/2003, de 27 de Julio”, *Actualidad Penal*, núm. 42, 2003, pp. 1045-1070.

⁷⁸⁰ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 90.

2. La Ley habilita al juez o tribunal penal a dictar medidas de naturaleza civil, permitiendo así que un solo juez conozca y evitando la revictimización secundaria.
3. El auto judicial en el que se constate la existencia de la situación objetiva de riesgo otorga a la víctima un estatuto integral de protección que podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública para hacer uso de las medidas asistenciales y sociales que ofrece el ordenamiento jurídico.
4. La Ley no habilita al juez para ordenar medidas sociales, la OP deberá ser puesta en conocimiento de las autoridades competentes para que éstas adopten las medidas de protección respectivas a su ámbito.
5. La OP tiene como principios la celeridad y la concentración de las actuaciones mediante el establecimiento de un procedimiento ágil y sencillo.
6. Sus disposiciones están en línea con los principios que establece el Estatuto de protección de víctimas en el proceso penal.

Desde el punto de vista material, el ámbito de aplicación de la OP está bastante más restringido que el ámbito de la medida de alejamiento del artículo 544 bis LECrim⁷⁸¹ y solo podrá acordarse para los delitos relativos a violencia doméstica⁷⁸² -debemos entender que también se refiere a los

⁷⁸¹ Delitos del artículo 57 CP.

⁷⁸² SERRANO HOYO, Gregorio, "Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica", *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988-X vol. XXII, 2004, p. 74; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, 2015, pp. 341-344.

delitos de violencia de género pues el artículo 544 bis LECrim es previo a la promulgación de la LOVG-. Desde el punto de vista territorial, dado que es una ley nacional donde se encuentra regulada la protección, únicamente dentro del territorio español van a tener vigencia las órdenes de protección dictadas por nuestros jueces de instrucción, y es esta limitación nacional en un mundo globalizado la que generó la necesidad de crear una OP a nivel europeo. OP que, como veremos en el apartado siguiente, perdió su esencia fruto de las negociaciones entre los EEMM, terminó siendo un instrumento para todas las víctimas y su carácter integral cedió frente a tres medidas de protección de carácter penal.

2.2.3. El tortuoso camino hasta su adopción

El camino hasta la adopción de la EPO no fue sencillo. La presentación de esta iniciativa respondía a la detección de una laguna en el OJ europeo, así como la voluntad de la UE de mostrar una especial atención hacia víctimas de delitos y, particularmente, hacia las víctimas de violencia de género, en un entorno caracterizado por la creciente movilidad de los ciudadanos de la UE. La idea que subyace ha dado lugar a la negociación y adopción de otros instrumentos europeos destinados a la protección de víctimas, en especial, la DV y el REPM. Su negociación planteó numerosas dificultades jurídicas que llegaron a convertirse en verdaderos enfrentamientos institucionales entre partidarios y detractores de la propuesta. El particular contexto normativo ⁷⁸³ en el que se presentó la Directiva, así como determinadas circunstancias que acompañaron su

⁷⁸³ La propuesta de la Directiva sobre la EPO fue el primer instrumento presentado en materia de ELSJ tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y esto hizo que los distintos actores involucrados en legislar sobre esta materia midiesen sus fuerzas.

negociación explican, en parte, los escollos a los que se enfrentó. Aunque el debate central fue eminentemente jurídico y se focalizó en torno a su base jurídica, se percibió claramente desde el primer momento que lo que se estaba librando era una batalla de carácter institucional, con el fin de establecer estrategias y precedentes en el marco del TFUE. El resultado, “un instrumento normativo tan ambicioso en su intención como limitado en su contenido”.⁷⁸⁴

La DEPO se presenta bajo el amparo del artículo 82.2 del TFUE.⁷⁸⁵ Tanto el Consejo como el PE defendieron desde el primer momento la suficiencia del artículo 82.2 TFUE como base jurídica⁷⁸⁶ de la propuesta de la directiva. Sin embargo, las delegaciones de algunos EEMM emitieron, también desde el primer momento, sus dudas sobre la base jurídica

⁷⁸⁴ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁸⁵ Apunta AMBOS que la aproximación del derecho procesal es posible haciendo uso del artículo 82.2 TFUE en el caso de que ésta sea necesaria para facilitar el reconocimiento mutuo. De ser así, cabe el establecimiento de normas mínimas por medio de directivas adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas deberán tener en cuenta las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos de los EEMM. Pero si afectan a aspectos fundamentales de un sistema de justicia penal nacional, los EEMM pueden hacer uso del llamado freno de emergencia (artículo 82.3 TFUE). Los tres ámbitos enumerados por el apartado segundo de este artículo son admisibilidad de prueba, derechos de la persona y derechos de las víctimas. AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, *op. cit.*, pp. 461-462.

⁷⁸⁶ OLIVERAS JANÉ, Neus, “La Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección” en FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, Tecnos, España, 2015, pp. 36-37

escogida. El problema ⁷⁸⁷ radicaba en que, si bien un gran número de EEMM adoptan estas medidas por medio de autoridades judiciales del orden penal, en algunos EEMM son adoptadas por autoridades judiciales civiles, ⁷⁸⁸ o incluso administrativas ⁷⁸⁹ y, además, pueden ser jueces tanto penales como civiles ⁷⁹⁰ quienes dicten tales medidas (Tabla 9). ⁷⁹¹

⁷⁸⁷ El mapeo realizado por el equipo EPOGENDER nos muestra que dependiendo del Estado en el que nos encontremos, la regulación de la lucha contra la violencia sobre las mujeres está recogida en instrumentos penales, civiles o administrativos. Esto hace que, a juicio de la Comisión, el artículo 82.2 TFUE resulte insuficiente al tratar una materia que no deviene estrictamente penal.

Observamos que no es este un problema únicamente de la EPO, es consecuencia lógica de las diferentes tradiciones jurídicas de la UE. Se pronuncia en iguales términos respecto de la “confiscation of the proceeds of crime”: BURCHARD, Christoph “Confiscation as criminal law (or what?) On how the ill-advised discussion about “the” legal “nature” of confiscation obfuscates what really needs to be discussed, *Latin American Legal Studies*, vol. 4, 2019, p. 212.

⁷⁸⁸ En este sentido, indica BURCHARD, el *Bundesrat* alemán criticaba que la iniciativa originaria sobre la EPO fuera penal pues ello implicaría clasificar las medidas de carácter preventivo como medidas de carácter penal. BURCHARD, Christoph, “Alemania y las órdenes europeas de protección: breves observaciones iniciales”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 176.

⁷⁸⁹ En el caso de Alemania y Austria.

⁷⁹⁰ En el caso de Reino Unido.

⁷⁹¹ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p.12.

Tabla 9. Naturaleza de las medidas de protección en los EEMM

EM	Civil	Administrati va impuesta por la policía	Cautelar penal	Sentencia condenatoria penal
AT, Austria	X	X		
BE, Bélgica			X	
BG, Bulgaria	X		X	X
CY, Chipre			X	X
CZ, República Checa	X	X	X	
DE, Alemania	X	X		
EE, Estonia	X		X	X
EL, Grecia	X		X	
ES, España			X	X
FI, Finlandia			X	
FR, Francia	X		X	X
HR, Croacia		X	X	X
HU, Hungría	X	X	X	X
IT, Italia	X	X	X	X
LT, Lituania	X	X	X	X
LU, Luxemburgo	X	X	X	X
LV, Letonia	Sin datos	Sin datos	Sin datos	Sin datos
MT, Malta			X	X
NL, Países Bajos	X	X	X	X
PL, Polonia			X	X
PT, Portugal			X	X
RO, Rumanía	X			X
SE, Suecia		X	X	X
SI, Eslovenia	X	X	X	
SK, Eslovaquia	X	X	X	X
UK, Reino Unido	X	X	X	X

Fuente: EPOGENDER I, pp. 89-90

No obstante, dicha divergencia de sistemas entre los EEMM se tuvo en cuenta desde la primera elaboración de la propuesta ⁷⁹² y a lo largo de todas las negociaciones de la Directiva. ⁷⁹³ Con la inclusión de “una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al derecho nacional del Estado de emisión” nos indica PEYRÓ LLOPIS se consigue hacer frente al problema de la divergencia entre los distintos sistemas jurídicos. Así, por una parte, se refuerza el marco penal pues se incluyen tanto situaciones en las que haya tenido lugar un procedimiento penal como aquellas en que, habiéndose podido iniciar dicho procedimiento, no se hizo. Además, se cubren algunos sistemas en los que dichas medidas son de carácter civil. ⁷⁹⁴

Se iniciaba formalmente el debate en el seno del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior (JAI) que solicitó del Servicio Jurídico un dictamen ⁷⁹⁵ acerca de la adecuada base jurídica ⁷⁹⁶ de la propuesta. El Servicio Jurídico

⁷⁹² El legislador europeo no quiso interferir en los diferentes sistemas de protección nacionales, y eso conllevó que dividiese las medidas de protección transfronteriza en dos instrumentos. DUTTA, Anatol, “Cross-border protection measures in the European Union”, *op. cit.*, p. 171.

⁷⁹³ Prueba de ello es la definición otorgada por el artículo 1 DEPO.

⁷⁹⁴ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹⁵ Dictamen del servicio jurídico del Consejo, de 17.02.2010, doc. N° 6516/10. Expediente interinstitucional: 2010/0802 (COD), JUR 95 JAI 139 COPEN 44 CODEC 120.

⁷⁹⁶ Explican esta situación las relatoras que impulsaron la EPO: “In order to understand the disputed legal deficit in the EPO (...) there is a need to emphasize the legal discussion between the Council’s consent to the Directive by means of its initial proposal and the Commission’s scrutiny. (...) For the Commission, the EPO, as proposed and supported by the Council, goes beyond the interpretation of the notion of criminal matters. Therefore, according to the Commission’s interpretation, only purely criminal procedures could be dealt with under the mutual recognition mechanism adopted under the chosen legal basis, i.e., Art 92 of the TFEU. Hence, all civil and administrative procedures imposing protective

del Consejo (SJCONS) consideró que el objetivo de la EPO era la protección de bienes jurídicos -la vida, la integridad, la dignidad, la libertad- contra conductas atentatorias y constitutivas de delito, por lo que la propuesta se circunscribía en el ámbito penal, con independencia de que las medidas de origen en el Estado emisor de la EPO hubiesen sido adoptadas por jurisdicción civil, administrativa o penal. Durante las negociaciones, quienes se opusieron a esta base jurídica también plantearon la dificultad de poner en relación directa a una jurisdicción penal con una jurisdicción no penal.

De nuevo, el SJCONS, en su informe, señaló que este escollo quedaba salvado mediante el mecanismo de tres pasos. En virtud de dicho mecanismo no es la medida de protección dictada por la autoridad competente -primer paso- la que debe reconocerse y aplicarse en el Estado de ejecución según las previsiones propuestas en la Directiva. Debe reconocerse la EPO -segundo paso- que se encuentra subordinada a una medida de protección originaria y que puede ser emitida por una autoridad distinta de la que la adopta. El tercer paso se corresponde con las medidas de protección que dicta el Estado de ejecución. En otras palabras, el Estado

measures adopted in an EU member state would be excluded from the application of such an instrument. In order to be complete and cover all jurisdictions, the commission proposes narrowing down the EPO to criminal procedure and complementing this instrument with a civil one by spring of this year. The Council, supported by the legal service of the Parliament, has a broader interpretation of the notion of criminal matters in that they should be interpreted 'autonomously' (...) According to this theory, only an autonomous interpretation is capable of securing legislative acts, adopted on the basis of Art. 82 TFEU, meaning full efficacy and uniform application throughout the Union. It is not the authority taking a particular decision in this respect, but the nature of the act that gives rise to the decision and the nature of the decision itself". JIMÉNEZ BECERRIL, Teresa; ROMERO LÓPEZ, Carmen, "The European Protection Order", *The European Criminal Law Associations' forum 2011/2*, 2011, p. 77.

de ejecución solo debe reconocer la EPO -esto es, la necesidad de proteger a la persona y los hechos que sucedieron para que se dé dicha necesidad- pero no se le pide que aplique la misma medida que el Estado de emisión, sino que adoptará sus propias medidas conforme a su legislación. En palabras de PEYRÓ LLOPIS, “no se reconoce la medida sino la necesidad de protección”.⁷⁹⁷

Como previamente se ha explicado, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando una cuarta parte de los EEMM lideran una iniciativa legislativa es posible llevarla a cabo, y esta andadura se inició con la EPO. Es haciendo uso de esta posibilidad gracias a la iniciativa de Bélgica, Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia, se aprobó la Directiva 2011/99/UE del PE y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la EPO. Así, se ha llegado a afirmar que con la EPO se hizo un pulso entre la Comisión y la alianza Parlamento-Consejo, que trajo consigo la ruptura del monopolio legislativo que tenía la Comisión hasta ese momento en la cooperación penal.⁷⁹⁸ Es esta la única forma de explicar, en palabras de MARTÍNEZ GARCÍA, la “chapuza” jurídica en que derivó la doble regulación civil y

⁷⁹⁷ Al comienzo de los debates sobre la propuesta de la EPO en el grupo de trabajo, aquellas delegaciones reacias a la iniciativa solicitaron opinión al SJCONS a propósito de la base jurídica de ésta y sobre su relación con el Reglamento Bruselas I y el relativo a la competencia y el reconocimiento de sentencias en asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental. El SJCONS emitió un dictamen en el que afirmaba que la base jurídica del artículo 82 TFUE era suficiente y adecuada en virtud de la finalidad de la medida. PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La orden europea de protección de víctimas: ¿El primer paso para homogeneizar Europa en materia de violencia de género?*, Actas Seminario Internacional Contra la Violencia de género. UJI, 18 y 19 de noviembre de 2015, p.158.

penal para la protección de víctimas,⁷⁹⁹ fruto de la no necesidad de modificar los ordenamientos jurídicos estatales.⁸⁰⁰ Esta situación nos lleva a concluir que la EPO se queda corta con respecto a sus ambiciosos objetivos iniciales.⁸⁰¹

En enero de 2010 se presenta el proyecto legislativo por parte de 12 Estados, aunque de acuerdo con el informe de la ponencia del Parlamento sobre la EPO “*no es una iniciativa de doce Estados miembros, no es la iniciativa de la presidencia española; es una iniciativa de miles de mujeres que la demandan, y de miles de víctimas, no solo mujeres*”. En febrero se apoya formalmente la propuesta de adoptar una directiva del PE y del Consejo sobre la EPO. Su fundamento más general lo constituye la convicción real de los EEMM de que la UE ha de ser un espacio común de libertad, seguridad y justicia, sin fronteras interiores, y donde se debe

⁷⁹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁰⁰ “Llama la atención y es criticable a nuestro juicio que la Directiva, pese a configurar a la OEP como un instrumento de reconocimiento mutuo de cooperación judicial en materia penal en todos los EEMM de la Unión, parta en su exposición de motivos del reconocimiento expreso de las diversas tradiciones jurídicas de cada uno de esos Estados donde esa OEP habrá de desplegar su eficacia, y no establezca la obligación de modificar los sistemas nacionales para adoptar las medidas de protección, ni tampoco la de establecer o modificar su ordenamiento jurídico penal para permitir ejecutarla pues no hay duda de que el éxito de la OEP estará condicionado al grado de compatibilidad de las normas procesales penales de cada uno de los EEMM”. GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸⁰¹ LÓPEZ GIL, Milagros, “Capítulo VIII. La Orden Europea de Protección”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (coord.) *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 218.

garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un EM se mantenga y continúe en cualquier otro EM al que la persona vaya a trasladarse, o se haya trasladado, porque la protección de las víctimas es una prioridad absoluta para la Unión en el área de libertad, seguridad y justicia.⁸⁰² Pero tan pronto empezaron las deliberaciones del Consejo, llovieron las críticas por parte de la Comisión,⁸⁰³ dejando entrever la existencia de diferencias no solo técnicas sino de calado político que tenían que ver con las reticencias de este órgano a perder su monopolio de iniciativa legislativa.⁸⁰⁴

Pese al desencuentro Consejo-Comisión, el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) apoyó la iniciativa cuando el dictamen del Servicio Jurídico ratificó la adecuación del artículo 82.1.a) y d) del TFUE como base jurídica para adoptar la EPO.⁸⁰⁵ En las siguientes reuniones, el Consejo abordó otros tres problemas esenciales. El primero referido a la relación entre la DEPO con otros instrumentos legislativos ya

⁸⁰² GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma, “La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: La Orden Europea de Protección”, *El Derecho.com*, 2012.

⁸⁰³ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *op. cit.*, p. 417.

⁸⁰⁴ “Según la Comisión, si la EPO era emitida en un procedimiento civil, ya sea por juez civil o penal, la cooperación sería civil, aunque se dirigiera a un juez de lo penal, mientras que, si la orden emanaba de un procedimiento penal, la cooperación sería penal, aunque el destinatario fuera un juez de lo civil. Por tanto, dependería siempre de la naturaleza del procedimiento del estado de emisión, con independencia de que la orden se emitiera para evitar un delito y se dictara como consecuencia de una agresión tipificada en la ley penal. La Comisión llegó incluso a plantear que los instrumentos que se adoptaran a nivel europeo solo pudieran emplearse entre jurisdicciones del mismo orden”. PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁸⁰⁵ Doc. 6516/10. Su acceso al público general es parcial.

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

en vigor como son las Decisiones Marco de 2008 y 2009 referidas al reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal ⁸⁰⁶ y al reconocimiento mutuo de resoluciones de medidas de vigilancia como sustitutivas de la prisión provisional ⁸⁰⁷ y los Reglamentos Bruselas I ⁸⁰⁸ y Bruselas II ⁸⁰⁹ sobre competencia judicial, acordándose en los considerandos (16) ⁸¹⁰ y (34) ⁸¹¹ de la DEPO que ésta no afectaría a esas

⁸⁰⁶ Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

⁸⁰⁷ Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

⁸⁰⁸ Reglamento (CE) n^o 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Disposición actualmente derogada.

⁸⁰⁹ Reglamento (CE) n^o 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁸¹⁰ *“A efectos de la aplicación de la presente Directiva, las medidas de protección pueden haberse dictado a raíz de una sentencia según la definición de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, o bien a raíz de una resolución sobre medidas de vigilancia según la definición de la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. Si en el Estado de expedición se hubiera dictado una resolución sobre la base de alguno de los instrumentos mencionados, el Estado de ejecución debe aplicar el procedimiento de reconocimiento correspondiente, sin que ello excluya, sin embargo, la posibilidad de que se transmita la orden europea de protección a un Estado miembro distinto del Estado que deba ejecutar las resoluciones basadas en dichos instrumentos”.*

⁸¹¹ *“Cuando una resolución relativa a una medida de protección corresponda al ámbito*

normas ya vigentes. El segundo problema se refería a las distintas medidas de protección posibles y finalmente se decidió que estas quedarían limitadas únicamente a las obligaciones o prohibiciones impuestas al causante del peligro en el Estado emisor, ello sin perjuicio de que el Estado de ejecución pudiera adoptar sus propias medidas o abstenerse de ejecutar las acordadas, previa justificación. El tercer problema se refería al reparto de competencias entre Estado de emisión y de ejecución, siendo importante hilar muy fino para así poder cubrir todas las situaciones tanto previas como posteriores al juicio. Y estos avances chocaron nuevamente con la oposición de la Comisión, la cual insistía en la insuficiente base jurídica de la propuesta y en que una OP solo podría aplicarse en el caso de que se hubiera cometido una infracción penal, pero que no todos los Estados castigaban desde el ámbito penal estos comportamientos.

Mientras tanto, de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, el PE examinó la propuesta y aprobó un “Proyecto de Resolución Legislativa” con hasta 88 enmiendas a la iniciativa original. Pero ni este apoyo fue suficiente para limar las diferencias existentes en el seno del mismo Consejo sobre la base jurídica de la EPO. Y hasta siete países ⁸¹² se

de aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, o del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el reconocimiento y la ejecución de esa resolución deben llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en el instrumento jurídico de que se trate”.

⁸¹² Alemania, Austria, Letonia, Eslovenia, Republica Checa, Hungría y Reino Unido.

desbancaron solicitando la retirada de la iniciativa española para que ésta fuera retomada por la Comisión.⁸¹³ En frente, una coalición de 16 Estados mantenía el respaldo a la iniciativa de la presidencia española.⁸¹⁴ Mientras el Consejo se encontraba completamente dividido, la Comisión se enfrentó nuevamente a la presidencia del Consejo calificando la propuesta de la DEPO como “chapucera” e “inmadura”, remarcando su insuficiencia jurídica y apuntando que (re)victimizaba a las víctimas. El rechazo era tan claro que incluso advirtieron que si la presidencia española decidía continuar adelante se plantearían la viabilidad de presentar un recurso de anulación ante el TJUE.⁸¹⁵

La presidencia española no cedió ante la presión, pero, conedora de que no contaba con la mayoría cualificada necesaria para aprobar su propuesta, decidió no someterla a votación. El debate quedó nuevamente trasladado al PE para que continuase trabajando hasta lograr un acuerdo final. Se acordó que ambas instituciones seguirían negociando el texto definitivo de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario. La decisión de la presidencia española acerca de omitir la votación y reenviar la propuesta al PE hizo que la Comisión acusase a España de haber recurrido a una “artimaña jurídica” para salvar la falta de mayoría cualificada necesaria para continuar el procedimiento, opinión respaldada por

⁸¹³ Especial relevancia tuvo el cambio de actitud del Reino Unido que, con la llegada al poder del conservador David Cameron, transitó de la pasividad a una total sintonía con los argumentos esgrimidos por la Comisión, contribuyendo a consolidar una minoría de bloqueo que impidió la adopción de la EPO.

⁸¹⁴ Francia, Finlandia, Bélgica, Portugal, Suecia, Chipre, Italia, Luxemburgo, Polonia, Lituania, Países Bajos, Eslovaquia, Malta, Rumanía, Bulgaria y Estonia.

⁸¹⁵ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras”, *op. cit.*, p. 419.

Alemania. El Consejo debía ahora valorar la posición de Reino Unido de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.2 del Protocolo núm. 21 anejo al tratado de Lisboa.⁸¹⁶ Por lo que respecta al Reino Unido, éste expresó su descontento con el cauce que estaba tomando la elaboración del instrumento, pero también manifestó su voluntad de participar en la adopción de la DEPO siempre y cuando se resolviesen los problemas que encontraba a su base jurídica.⁸¹⁷

Llegamos a junio de 2010⁸¹⁸ con un sabor agridulce: no se logró la mayoría cualificada necesaria en el Consejo, pero éste no se rindió frente a la Comisión. Por una parte, el Secretario de Estado español para la UE decía haber logrado que la Unión abordase por primera vez en su historia la lucha contra la violencia de género como una causa común, y por otra parte se comentaba que la no adopción de la EPO fue el gran fracaso del programa español. Pero la propuesta continuó su tramitación en el PE y fue aprobada el 29 de septiembre de 2010 por las dos comisiones competentes, paso previo a su adopción definitiva en primera lectura por el pleno del PE el 14

⁸¹⁶ Esta disposición permite, transcurrido un periodo de tiempo razonable, adoptar la medida legislativa sin la participación de dicho Estado. Con esto se pretendía desactivar los efectos de un eventual “freno de emergencia” y se abría la puerta a la cooperación reforzada.

⁸¹⁷ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. Protección a las víctimas, violencia de género y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras”, *op. cit.*, p. 20.

⁸¹⁸ “El Consejo proseguirá también el debate con el PE para llegar a un compromiso sobre la EPO con el objetivo de llegar lo antes posible a un acuerdo entre ambos poderes legislativos”. Comunicado de Prensa 10630/1/10 REV 1. Presse 161, PR CO1, de la sesión núm. 3018 del Consejo. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-10-161_es.htm?locale=FR (última consulta: 02-07-2019).

de diciembre de 2010, con 610 votos a favor, 13 en contra y 56 abstenciones.

Teóricamente, la adopción de la DEPO llegaba a su recta final, a falta únicamente de que el Consejo se pronunciase a principios de 2011 siendo necesario para su aprobación la mayoría cualificada que requiere el procedimiento legislativo ordinario. En caso contrario, su rechazo supondría volver a la casilla de salida y todo el tiempo y esfuerzo habrían sido en vano. En la práctica, el limbo jurídico en que habitaba la DEPO se prolongó hasta el 19 de julio de 2011, siendo esta la fecha en la que los Ministros de Justicia alcanzaron un acuerdo de mínimos⁸¹⁹ con la Comisión y el PE para que la presidencia polaca retomase las negociaciones de cara a la aprobación inmediata de la DEPO. Este instrumento pasa a ser el primer eslabón del plan integral de protección a las víctimas, que incluye la adopción de dos instrumentos complementarios: la Directiva sobre normas

⁸¹⁹ Critica MARTÍN MARTÍNEZ el inconveniente de la excesiva indeterminación que supuso dicho acuerdo puesto que la disparidad existente en los distintos EEMM abre extraordinariamente el abanico de órganos facultados para intervenir en la emisión y ejecución de una EPO. Aunque dicha solución no es desconocida en el derecho internacional, y presenta ciertos paralelismos con la respuesta dada en ámbitos clásicos como el de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos o las inmunidades de los estados. Realizando una extrapolación de los mismos, en el caso de la EPO bastaría con acreditar dos requisitos: 1) que el emisor es un órgano del Estado, con independencia de su pertenencia al poder ejecutivo, legislativo o judicial y 2) que éste tiene atribuidas funciones propias del poder público. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “Lección 14: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *op. cit.*, 2011, p. 425.

mínimas para las víctimas (DV) ⁸²⁰ y el Reglamento de reconocimiento mutuo de medidas de protección de Derecho Civil (REPM). ⁸²¹

Así, el apoyo del PE ha sido fundamental por tres razones. La primera, evitar que las sucesivas presidencias de turno del Consejo abandonasen definitivamente la propuesta. La segunda, salvar las discrepancias en torno a la base jurídica de la EPO. ⁸²² La tercera, lograr que la aprobación de la DEPO preceda a la adopción del resto de normas en materia de víctimas, en contra de la intención de la Comisión que, por una parte, se resistía a perder el monopolio en la iniciativa legislativa y, por otra, defiende la conveniencia de negociar primero los instrumentos de carácter exclusivamente civil. ⁸²³

⁸²⁰ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 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.

⁸²¹ Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

⁸²² Estas discrepancias se salvaron pactando un acuerdo de mínimos en el que, cuando la medida de protección sea adoptada en un procedimiento penal, pero deba cumplirse en un EM de conformidad con un procedimiento civil, las autoridades del país encargado de la ejecución podrán adaptarla a su ordenamiento jurídico sin tener que incrementar por ello la penalización.

⁸²³ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “Lección 14: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, España, 2011, 415-421; MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 99-106; ROMÁN Laura, “Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, *op. cit.*, pp. 25-34; SÁNCHEZ MARTÍN, Paula, “La Orden de Protección Europea”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Prevención y Erradicación de la*

El proceso legislativo distó mucho de ser sencillo.⁸²⁴ El proyecto chocaba con otros instrumentos comunitarios preexistentes para la protección de víctimas, el alcance de la medida no tuvo el consenso de todos los EEMM y la determinación del órgano emisor tampoco fue unánime. El resultado, una sencillez únicamente aparente.⁸²⁵ En todo aquello en lo que no hubo consenso se dejó a los EEMM que legislasen al transponer la DEPO a su ordenamiento interno. De alguna forma perdimos la batalla. No pudo crearse un instrumento para la protección de víctimas de violencia en general y de género en particular por falta de consenso, tampoco pudieron establecerse unas líneas de actuación definidas ya que la soberanía estatal estaba en juego y la DEPO decidió respetar los OOJJ nacionales. Pero perder la batalla no implica perder la guerra, y la DEPO ha iniciado la andadura hacia un derecho penal europeo de protección de víctimas.⁸²⁶

3. El instrumento jurídico de la orden de protección europea

De la toma de conciencia por parte de la sociedad de la vulneración sistemática de DDHH cuando las puertas de los hogares se cierran, la adopción de medidas legislativas para atajar el problema a nivel nacional,

Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense, Aranzadi, España, 2012, pp. 485-491.

⁸²⁴ En este mismo sentido, GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016, pp. 1-2.

⁸²⁵ LÓPEZ GIL, Milagros, “Capítulo VIII. La Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, 2014, pp. 217.

⁸²⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La orden europea de protección de víctimas: ¿El primer paso para homogeneizar Europa en materia de violencia de género?*, *op. cit.*, p. 159.

el invento de la OP para salvaguardar la integridad de las víctimas -siendo especialmente numerosas las víctimas de violencia de género-⁸²⁷, así como del reconocimiento de la necesidad de la protección de las víctimas fuera de las fronteras nacionales surge el caldo de cultivo necesario para la creación de un instrumento de protección de víctimas transnacional: la EPO. Los principios básicos de este instrumento no se encuentran explicitados en una lista, ni siquiera en la Exposición de Motivos. En opinión de KLIMEK deberíamos cifrarlos en: 1) reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, 2) confianza mutua entre los EEMM de la UE y 3) comunicación directa entre las autoridades de los distintos EEMM.⁸²⁸

La EPO surge como instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal, y pretende que las víctimas de delitos gocen de una protección equivalente en todo el territorio de la UE.⁸²⁹ Así, la víctima que goce de una medida de protección frente a su agresor, dictada con arreglo al derecho de un EM (el de emisión), si pretende trasladarse a otro EM (el de ejecución) puede solicitar una EPO, que será dictada por el Estado de emisión y reconocida en destino por el Estado de ejecución.⁸³⁰ Este instrumento tiene un triple objetivo: 1) prevenir futuras ofensas por el agresor, o presunto agresor, en el EM al que decide trasladarse la víctima,

⁸²⁷ Estamos haciendo referencia al concepto género de la legislación española.

⁸²⁸ KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017, p. 478.

⁸²⁹ Con la excepción de Irlanda y Dinamarca, que no han participado en la adopción de esta Directiva y que, por lo tanto, no les es aplicable de acuerdo con los considerandos (41) y (42) de la EPO.

⁸³⁰ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *op. cit.*, p. 3.

2) ofrecer a la víctima la garantía de que el EM al que va a moverse la va a proteger de forma similar a aquella protección que previamente se le había brindado y 3) prevenir discriminaciones entre las víctimas migrantes y las que residen en el EM que inició tales medidas.⁸³¹

Apunta RODRÍGUEZ LAINZ que, en un contexto en el que la decidida superposición del derecho de la UE en los ordenamientos internos para salvaguardar el ELSJ se estaba convirtiendo en la hoja de ruta de los distintos EEMM, el gigantesco paso atrás demostrado por la DEPO no puede tener otra explicación que la existencia de “irreductibles planteamientos ideológicos y políticos que confrontarían la visión del problema de la violencia en el ámbito intrafamiliar, o específicamente de género”, por parte de EEMM obcecados en no ceder su soberanía en cuestiones tan delicadas. Establecer normas comunes o tipos penales específicos en dichos ámbitos punitivos y definir el contenido de medidas de protección homologables en todos los EEMM es algo “técnicamente sencillo, baladí”. Lo que resulta complicado es conseguir que todos los Estados caminen en la misma dirección, aún en contra de sus diferentes historias legislativas.⁸³² Sentencia este autor que debieron ser razones

⁸³¹ KLIMEK, Libor, “European Protection Order in Criminal Matters versus European Protection Order in Civil Matters”, *op. cit.*, p. 178.

⁸³² Aunque referido a la orden europea de investigación, apunta BACHMAIER WINTER, “Los estados desean seguir manteniendo la posibilidad de rechazar una petición de prueba si la ejecución de la misma no se ajusta a los parámetros que en su sociedad se consideran proporcionales”. BACHMAIER WINTER, Lorena, “La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011, p. 12.

políticas ⁸³³ aquellas que “forzaron a los EEMM a decantarse por trasnochadas técnicas jurídicas que rezumaban de un soberanismo poco comprensible en el actual esquema del reconocimiento mutuo. Concluye el fracaso de la iniciativa española no puede ser más patente”. ⁸³⁴

A sensu contrario, TAMARIT SUMALLA refiere que la creación de una EPO descansa sobre un certificado expedido por el juez de origen, siguiendo el modelo de la OEDE. Y esta simetría con respecto al mecanismo de la OEDE refuerza el mensaje de que la protección de las víctimas merece los mismos esfuerzos que la persecución del delincuente, ⁸³⁵ sin perder de vista que la política de protección de víctimas no puede leerse en clave de política punitiva. ⁸³⁶

⁸³³ En el mismo sentido, “National identity rethoric currently permeates the political debate in many European countries”. CLOOTS, Elke, *National Identity in the EU Law*, Oxford University Press, 2015, p. 1.

⁸³⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *Diario La Ley*, núm. 7854, 2012, p. 1.

⁸³⁵ TAMARIT SUMALLA, Josep, “La Política europea sobre las víctimas de delitos”, en: DE HOYOS SANCHO, Montserrat (dir), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 44.

⁸³⁶ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 500.

CAPÍTULO IV: LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

I. Medidas de protección españolas con la mirada puesta en Europa

La violencia ejercida en el ámbito del hogar ha persistido y persiste en todos los países y en todas las clases sociales. Cuando esta violencia dejó de ser un problema privado se produjo una acometida social y legislativa que ha cristalizado en la OP de víctimas de la violencia doméstica.⁸³⁷ La víctima de violencia de género/ doméstica/ intrafamiliar⁸³⁸ se encuentra en una situación de especial desprotección porque los actos violentos son realizados por parte de otro miembro del grupo familiar.

Este tipo de violencia dentro de la familia suele tener lugar sobre los miembros más vulnerables (por ej. la esposa, los hijos menores o los ancianos). El riesgo de reiteración de la conducta es significativamente mayor cuando víctima y victimario conviven en el mismo domicilio, pero sobre todo si existe una dependencia por parte de la víctima -ya sea

⁸³⁷ Hace uso del término “violencia doméstica” pues en el momento de su redacción no disponíamos de la LOVG, la cual vería la luz un año más tarde con las mujeres como sujeto pasivo. Once años más tarde, fueron incluidos también los menores entre los sujetos pasivos. CEREZO GARCIA-VERDUGO, Pablo, “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 371-381.

⁸³⁸ Aunque a lo largo del trabajo nos estamos refiriendo a la víctima de violencia de género en el ámbito de una relación de afectividad y, tal vez, sería más sencillo hacer uso de los términos violencia doméstica o intrafamiliar hemos decidido no hacerlo así por el riesgo que conllevaría reducir el problema a un asunto *inter partes* sin tener en cuenta la cultura social dominante.

económica, social, psicológica o afectiva- que trae consigo un incremento de la capacidad de resistencia a la violencia sufrida. Es por ello que las víctimas de violencia doméstica ⁸³⁹ se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad respecto de su agresor, lo que justifica una especial atención por parte de los poderes públicos para evitar la reiteración de la conducta. ⁸⁴⁰ Y esa especial atención es brindada por la Ley 27/2003, reguladora de la OP, instrumento mediante el que los distintos organismos públicos coordinan sus actuaciones para proteger a la víctima. ⁸⁴¹

1. Diferencia entre orden de protección y orden de alejamiento en el ordenamiento jurídico español. Sujetos legitimados

Mientras la orden de alejamiento solo refiere las mismas tres prohibiciones que contiene la EPO (prohibición de acercarse a determinados lugares, prohibición de comunicar con la víctima y prohibición de residir en determinados lugares), la OP ofrece un estatuto integral a las víctimas consistente también en medidas civiles y sociales. Pasamos a explicar muy brevemente las diferencias entre una OP y una orden de alejamiento a nivel nacional que, como veremos, no coincide con el concepto europeo de orden de protección.

⁸³⁹ La Ley 27/2003 hace referencia a las víctimas de violencia doméstica pues la LOVG entró en vigor un año más tarde. Esta referencia tenemos que entenderla hecha tanto a las víctimas de violencia doméstica como de género.

⁸⁴⁰ Esta situación ha sido tratada al explicar *ad supra* el riesgo en víctimas de violencia de género.

⁸⁴¹ DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 81-82.

1.1. Legitimación para solicitar una orden de protección

Por lo que se refiere a los sujetos legitimados para solicitar una OP en España, es necesario acudir a lo dispuesto 1) en los apartados primero y segundo del artículo 544 ter LECrim ⁸⁴² para las víctimas de violencia doméstica y 2) en el apartado segundo del artículo 61 LOVG para las víctimas de violencia de género, que desde la reforma de la LO 8/2015 incluye a los menores como víctimas directas de la violencia de género. Conforme a lo dispuesto en el primero de los preceptos citados, la OP en los supuestos de violencia doméstica podrá ser acordada por el juez de

⁸⁴² Podría suscitar dudas el hecho de que medidas civiles puedan ser adoptadas por un órgano de la jurisdicción penal, esto es juzgado de instrucción o juzgado de violencia sobre la mujer. Este artículo establece una competencia perentoria para regular, en el contexto de la adopción de una medida de protección, determinados aspectos de la crisis de convivencia o familiar. Teniendo en cuenta lo restrictivo en su interpretación sugerido por la norma, tanto en lo referente a las limitadas potestades que se reconocen al órgano penal, como en la proscripción de darle dicha atribución competencial un carácter de revisora de lo previamente acordado por la jurisdicción civil, hemos de comprender que, aunque por esta vía se regulan aspectos de la relación familiar que inciden de lleno en el derecho civil, no nos encontramos en sentido estricto frente a una acción de familia. De la decisión del cónyuge víctima de violencia doméstica o de género de solicitar una OP con petición de medidas civiles no puede deducirse necesariamente una voluntad de interponer demanda de procedimiento de nulidad, separación o divorcio. Se trata de dar una solución interina a la difícil situación derivada de la conveniente y necesaria separación personal inmediata que viene motivada por la decisión de la víctima de denunciar a su pareja. El plazo de caducidad del mes que refiere el apartado 7 de este artículo es más un período de reflexión que un plazo procesal con efectos preclusivos. Además, el hecho de que no estemos hablando de una acción de familia en sentido estricto no desnaturaliza las medidas civiles hasta el punto de convertirlas en auténticas medidas de protección civil. La finalidad de estas medidas no es dar protección a la víctima y a su entorno familiar cercano, es subvenir a las necesidades esenciales del núcleo familiar como consecuencia de la nueva realidad a la que deberá de enfrentarse el entorno como consecuencia de la concesión de medidas cautelares de protección de naturaleza penal. En: RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 62, 2014, p. 33.

oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones mencionadas en el artículo 173.2 CP y, asimismo, podrá instar su adopción las entidades u organismos asistenciales que tuvieran conocimiento de la comisión de un hecho delictivo relacionado con la violencia doméstica.

En cuanto al artículo 61.2 LOVG, éste dispone que, en todos aquellos procedimientos relacionados con la violencia de género, el/la juez/a competente bien sea de oficio o bien a instancia de víctimas, hijos, personas que convivan con ellas, MF o servicios de acogida de víctimas, deberá pronunciarse siempre y en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento. Esto hace que para la Fiscalía General del Estado exista una gran diferencia en cuanto a la legitimación activa para instar una medida de protección según si ésta tiene por objeto amparar una situación de violencia doméstica o de género, tal y como afirma en su Circular 4/2005⁸⁴³ relativa a los criterios de aplicación de la LOVG.⁸⁴⁴

⁸⁴³ “Se prevé una extensa legitimación activa para solicitar las medidas de la LO 1/2004, que si bien, de un lado, es más amplia que la prevista en el artículo 544 ter LECrim en relación con las solicitudes de orden de protección –ya que éste, con relación a las entidades y organismos asistenciales, establece su obligación de poner los hechos en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal, mientras que el artículo 61.2 LOMPIVG contempla que, sea la propia Administración, no se refiere por tanto a entidades de carácter privado, quien inste directamente las medidas previstas en el Capítulo IV– de otro, es más restringida dado que mientras el párrafo segundo del artículo 544 ter legitima a las personas que tengan con la víctima alguna de las relaciones contempladas en el artículo 173.2 CP, el artículo 61.2 LOMPIVG en el caso de cónyuges o parejas, ascendientes, hermanos o descendientes que no sean hijos de la víctima, sólo los habilita si conviven con la víctima o están sujetos a su guarda y custodia”.

⁸⁴⁴ DÍAZ PITA, M. Paula, “A propósito de la adopción de la orden europea de protección en España en el ámbito de la violencia doméstica y de género”, *op. cit.*, p. 85.

1.2. Legitimación para solicitar una orden de alejamiento

La orden de alejamiento se encuentra regulada en el artículo 48 CP, dentro del Título III “De las penas”. Ésta puede adoptarse como pena o como medida cautelar, y siempre deberá ser impuesta por un juez. Además, la puede solicitar cualquier ciudadano, siempre y cuando su integridad física o psicológica corra peligro, con independencia de la existencia o no de una relación de afectividad entre ambas partes.

2. ¿Orden europea de protección o de alejamiento?

RODRÍGUEZ LAINZ indica que la idea de la EPO se planteó de manera muy ambiciosa para aquello que ha terminado siendo. Se buscaba la creación de una euro-orden de protección para luchar contra la violencia de género en todo el territorio europeo que, a la vez, planteaba la posibilidad de hacer accesibles a otros EEMM los antecedentes penales relacionados con la violencia de género. Esta euro-orden estaba llamada a garantizar que las medidas de protección acompañasen a la víctima allá a donde se desplazase, así como la creación de un observatorio europeo contra la violencia de género a imagen y semejanza del observatorio español, con la idea de elaborar indicadores comunes de violencia machista en el entorno UE.⁸⁴⁵

Pero las medidas que finalmente se adoptaron recuerdan más a las de la orden de alejamiento que a las de la OP española. Así, “la iniciativa española nació realmente afectada, por no decir desnaturalizada, como

⁸⁴⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 1.

consecuencia del precio que hubo de pagar para obtener el apoyo de otros Estados miembros”⁸⁴⁶ que, a pesar de compartir las intenciones y principios que inspiraba la iniciativa española, querían preservar sus ordenamientos internos de decisiones acordadas por otros Estados. Y en su camino hacia su aprobación definitiva perdió todavía más de lo poco que le quedaba de norma de casi obligado cumplimiento, se creó un contexto normativo donde la regresión a esquemas propios del convencionalismo que inspiró la generación de textos de cooperación internacional no ya de la propia UE, sino del Consejo de Europa,⁸⁴⁷ quedaba patente.⁸⁴⁸

II. España como Estado de emisión y de ejecución de órdenes europeas de protección

La propia exposición de motivos de la LRM RP ya advierte del propósito codificador de ésta. Para tal fin se abandona la técnica normativa seguida hasta ahora, consistente en la incorporación individual de las decisiones marco o las directivas europeas en una ley ordinaria y su correspondiente LO complementaria para adaptar las competencias de los distintos órganos judiciales. En esta ley se recogen las decisiones marco y

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁸⁴⁷ “El objeto del derecho penal europeo en el marco del Consejo de Europa son aquellas normas que resultan de las consultas del Consejo de Europa, en particular de la CEDH (...) Aunque el Consejo de Europa, como federación de Estados, no tiene ningún poder para elaborar legislación supranacional, sus fines revelan al menos la aspiración de armonizar el derecho de los Estados miembros. Aquí tuvo un rol muy importante, en sus inicios, el ámbito del derecho penal”. AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁴⁸ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 3.

directivas aprobadas hasta la fecha en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, incluso aquellas que ya se habían incorporado.⁸⁴⁹ Este nuevo modelo presenta ventajas de orden sistemático y permite una más apurada aplicación de los diferentes instrumentos que obedecen a los principios y fundamentos comunes en que se asienta la cooperación judicial penal en la UE. Sin embargo, el legislador español no ha abandonado el hábito de un apego excesivo a la literalidad de las normas que incorpora y “a veces ignora que incorporar no es traducir”. Esta Ley se complementa con la LO 6/2014, de 29 de octubre, que modifica la LOPJ. Así, siendo que la LRMRP es de 20 de noviembre, se produce una situación curiosa, dando lugar a la modificación de la LOPJ para recoger provisiones contenidas en una ley que todavía no había sido aprobada o publicada.⁸⁵⁰ Además, la LRMRP ha sido reformada por la ley 32/2018, de 11 de junio para regular la orden europea de investigación.⁸⁵¹

Para una mejor comprensión acerca del contenido de la EPO y su transposición a la legislación española a través de la LRMRP vamos a dividir este epígrafe en tres partes. Comenzaremos explicando la naturaleza

⁸⁴⁹ Por ejemplo, la OEDE ya fue incorporada al derecho español mediante la Ley 3/2003 de 14 de marzo y la LO 2/2003 de 14 de marzo, de modificación de la LOPJ y complementaria de la anterior.

⁸⁵⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 4-5.

⁸⁵¹ Ley 32/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-7831> (última consulta: 02-07-2019).

jurídica, las tres medidas contempladas y finalizaremos con el ámbito de aplicación de una EPO, así como sus motivos de no reconocimiento.

1. Naturaleza jurídica

El propósito de la EPO fue inspirarse en la OPN y, aunque terminó por ser más similar a una orden de alejamiento que a una OP, mantuvo su naturaleza. Como MARTÍNEZ GARCÍA refiere no es posible equiparar una EPO con una OPN del artículo 544 ter. El instrumento transnacional se aplica a los delitos contra la vida (artículos 138-143 CP), contra la integridad física (artículos 147-156 bis CP), contra la dignidad (artículo 173 CP), contra la libertad individual (artículo 163 CP), contra la integridad sexual (artículo 178 y ss. CP). Además, no es posible adoptar medidas civiles, ni actuar de oficio o a instancia del MF.⁸⁵²

1.1. Naturaleza jurídica de la orden de protección española

Compartimos con SERRANO HOYO que, más que una nueva medida cautelar, lo que se creó mediante la OP fue un mecanismo de coordinación de las medidas cautelares penales y civiles ya existentes que además se proyecta en el ámbito asistencial. Y es que, por lo que se refiere al proceso penal, no se crearon nuevas medidas cautelares, sino que el artículo 544 ter en su apartado sexto se limita a remitirse a las ya existentes siendo que la OP tiene una naturaleza accesoria respecto del proceso penal en marcha. Su novedad radica en la posibilidad de articular las medidas cautelares penales ya existentes con medidas cautelares civiles -también ya

⁸⁵² MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea, op.cit.*, p.123.

existentes- en un mismo instrumento, dotándolas así de una mayor eficacia y ofreciendo la posibilidad de desplegar sus efectos también en el orden asistencial.⁸⁵³

1.2. Naturaleza jurídica de la orden de protección europea

Nuestro legislador español ubicó bien la naturaleza de las medidas referidas a la EPO.⁸⁵⁴ En el artículo 4 LRMRP se establece la LECrim como supletoria debido a que la EPO trata posibles restricciones a la libertad de una persona para proteger a una posible víctima.

El artículo 130.1 LRMRP define la EPO como “*una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio*”. Y en su párrafo segundo refiere “*puede emitirse tanto en relación con medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal como respecto de las penas privativas de derechos*” dejando así la puerta abierta para reconocer medidas restrictivas de derechos impuestas en otros procesos debido al doble sistema creado tras la aprobación del REPM. Es ésta una de las “ironías propias de esta doble legislación generada con el

⁸⁵³ SERRANO HOYO, Gregorio, “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 72-73.

⁸⁵⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op.cit.*, p. 121.

Reglamento y la Directiva (...) partiendo de una realidad incontestable como es el hecho de que no ha habido armonización previa”.⁸⁵⁵

2. Medidas contempladas. De lo que pudo ser a lo que fue

Las posibles medidas a adoptar haciendo uso de una EPO se encuentran reguladas en el artículo 5 DEPO.⁸⁵⁶ La falta de consenso para la aprobación de la DEPO hizo que únicamente se estableciesen tres tipos de medidas de tipo penal, dejando en otros instrumentos de reconocimiento mutuo la posibilidad de reconocer otro tipo de medidas para la protección de las víctimas.⁸⁵⁷ La EPO es un instrumento que aplica a todo tipo de víctimas de los tipos delictivos que puedan poner en peligro su vida, integridad física, psicológica, dignidad, libertad o integridad sexual y puede emitirse tanto en relación con medidas cautelares adoptadas en un proceso penal o como consecuencia de la imposición de penas o medidas de seguridad privativas de delito siempre que consistan en un listado cerrado

⁸⁵⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 44; MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 353.

⁸⁵⁶ “*Necesidad de existencia previa de una medida de protección con arreglo al ordenamiento nacional. Solo se podrá dictar una orden europea de protección cuando previamente se haya adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las siguientes prohibiciones o restricciones: a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta; b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida*”.

⁸⁵⁷ El Reglamento 606/2013 para el reconocimiento de medidas de carácter civil, y las Decisiones Marco 2008/947/JAI y 2009/829/JAI, ambas citadas en el considerando (33).

de tres medidas. Apunta DE HOYOS SANCHO que, el hecho de que solo sean las tres medidas enunciadas y no otras, obedece seguramente a la complejidad y dificultad que caracterizó la negociación del instrumento.⁸⁵⁸

Su subsidiariedad nos hace plantearnos en qué supuestos podrá un juez nacional emitir una OP que pueda devenir en EPO. Así, por lo que respecta a nuestro OJ, las órdenes de protección pueden ser tanto medidas cautelares como definitivas dependiendo del momento procesal en el que nos encontremos.

2.1. La orden de protección como medida cautelar

La CE configura la función jurisdiccional como aquella que consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (117.3 CE). Ambas funciones se cumplen por medio de dos tipos procesales: el proceso de declaración y el proceso de ejecución. Pero, en ocasiones, la necesaria duración de los mismos puede ser utilizada por el sujeto pasivo para hacer inútil la resolución que, en su día, se dicte. Aparece así la sub función cautelar, que sirve para garantizar el cumplimiento de las otras. Frente a hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, se adoptan medidas cautelares que permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión necesaria para dar una solución a los litigios.⁸⁵⁹ La razón de ser de esta función no es otra que el hecho de que “la función de decir el derecho

⁸⁵⁸ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española”, p. 5.

⁸⁵⁹ BARONA VILAR, Silvia, “Lección Trigésimo Tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares”, en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 Edición, 2018, p. 702.

y de ejecutar no es instantánea en el tiempo, sino que requiere de un *tempus* para su realización”. Así, la justificación de las medidas cautelares, en todos los procesos, es “la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo en el caso concreto”.⁸⁶⁰

Las características de las medidas cautelares son 1) instrumentalidad: la medida cautelar se justifica solo en relación con otro proceso, principal, del que tiende a garantizar su resultado; 2) provisionalidad: no pretende convertirse en definitiva y desaparece cuando deja de ser necesaria en el proceso principal; 3) temporalidad: la duración es limitada dado que, por su propia naturaleza, se extingue al desaparecer las causas que la motivaron; 4) variabilidad: puede ser modificada, e incluso alzada, cuando se altera la situación de hecho que dio lugar a su adopción; y 5) jurisdiccionalidad: esta decisión solo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional, que debe motivarla, como consecuencia de su naturaleza de acto limitativo de derechos.⁸⁶¹

Como apuntábamos *ad supra* al estudiar la naturaleza jurídica del instrumento, dentro de la OPN encontramos medidas cautelares de carácter penal y de carácter civil siendo que la combinación de ambas concede a la víctima una protección integral. Protección integral que no encontramos en la EPO y que consideramos criticable.

⁸⁶⁰ BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el proceso penal*, Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015, p. 46.

⁸⁶¹ BARONA VILAR, Silvia, “Lección Décimo primera. Las medidas cautelares”, en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki; ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 Edición, 2018, pp. 272-289.

2.1.1. Medidas cautelares penales

La OP no conlleva nuevas medidas cautelares de carácter penal distintas de las previstas legalmente. Es por ello que las medidas de prisión preventiva o de alejamiento que la orden pueda acordar deberán ajustarse a lo establecido en la LECrim. Y de acuerdo con la LECrim, las medidas cautelares penales son prisión provisional, prohibición de aproximación, de residencia, de comunicación o cualquiera otra tendente a garantizar la seguridad y sosiego de las víctimas.⁸⁶²

Las medidas cautelares dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia, se asientan en los siguientes fundamentos: 1) *periculum in mora*, o daño específico derivado de la duración de la actividad jurisdiccional penal, que puede aprovecharse por el investigado para colocarse en una situación que puede acabar frustrando la ulterior efectividad de la sentencia, peligro que puede referirse tanto a la persona como al patrimonio del investigado; y 2) *fumus boni iuris*, que comporta la probabilidad o verosimilitud de la existencia de un hecho criminal imputado (objeto), esto es, indicios suficientes que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto afectado por la medida o la responsabilidad civil de éste. Estos fundamentos deben ser interpretados desde la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida

⁸⁶² CERESO GARCIA-VERDUGO, Pablo, “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 379.

SERRANO HOYO, Gregorio, “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 92-96.

desproporcionada o irrazonable, tal y como ha indicado el TC,⁸⁶³ no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.⁸⁶⁴

Por lo que respecta a la medida de alejamiento, el distanciamiento entre agresor y víctima es el elemento básico para conseguir la adecuada protección de la integridad de la víctima.⁸⁶⁵ En relación con esta medida, sería muy conveniente sustituir el sistema de protección consistente en proteger y esconder a la víctima en centros de acogida, pues esto da lugar a una revictimización que agrava la ya dura situación en que las víctimas se encuentran.⁸⁶⁶ La medida de alejamiento puede ser adoptada como medida cautelar, pena accesoria, medida de seguridad, condición para la suspensión o como una de las reglas que conlleva la situación de libertad provisional. Si ésta es empleada como medida cautelar, resulta necesaria su adopción urgente para que el agresor reaccione y se dé cuenta de que el Estado castiga

⁸⁶³ A este respecto: BARONA VILAR, Silvia, “Prisión provisional: ‘solo’ una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)”, *Actualidad Penal*, núm. 42, 2000, pp. 891-911.

⁸⁶⁴ BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el proceso penal*, *op. cit.*, 2015, pp. 74-77; BARONA VILAR, Silvia, “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial 19, 2006, pp. 237-264.; BARONA VILAR, Silvia, “Lección Décimo primera. Las medidas cautelares”, *op. cit.*, pp. 275-276.

⁸⁶⁵ El Pleno del Consejo General Judicial de 21 de marzo de 2001 indicó, en relación con la problemática jurídica que conlleva la violencia doméstica que “la adopción de estas prohibiciones y el ejecutivo cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, del Ministerio Fiscal y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad aparece en este momento como una necesidad perentoria para lograr una protección real de las víctimas y alejar a éstas de la sensación de desamparo institucional que padecen”

⁸⁶⁶ En este sentido, DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *La Ley*, núm. 5248, 2001.

su conducta violenta. Con esta medida no se trata de garantizar la presencia del agresor en el juicio, si no de que “su fundamento es meramente preventivo, no cautelar ni aseguratorio procesal del sujeto pasivo de la causa”. De este modo, sí concurre el *fumus boni iuris* (elementos de convicción suficientes para poder sostener que es probable que el imputado sea autor de un hecho punible) pero no el *periculum in mora* (no hay riesgo de fuga ni de obstaculizar la investigación) siendo que el único fundamento es proteger a la víctima.⁸⁶⁷

Las medidas de alejamiento que cabe imponer en la legislación española son muy similares a las incluidas en la Directiva 2011/99/UE.⁸⁶⁸ Si haciendo uso de la medida de alejamiento no resulta suficientemente protegida la vida o integridad de la víctima, cabrá adoptar la medida de prisión provisional siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos para ésta.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el proceso penal, op. cit.*, pp. 74-77, p. 182.

⁸⁶⁸ De acuerdo con el artículo 544 bis de la LECrim, estas medidas son: 1) la prohibición de residir en un determinado lugar, 2) la prohibición de acudir a determinados lugares, 3) la prohibición de aproximación a determinadas personas y 4) la prohibición de comunicación con determinadas personas.

⁸⁶⁹ Entre otros, los requisitos de la prisión provisional se encuentran desarrollados por: BARONA VILAR, Silvia, “Lección Décimo segunda. Medidas cautelares específicas”, en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki; ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 Edición, 2018, pp.292-301; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal, op. cit.*, pp. 78-126; DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *op. cit.*, 2001; DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar”, *La Ley*, 2002.

2.1.2. *Medidas cautelares civiles*

Las medidas cautelares civiles ⁸⁷⁰ han de ser decretadas previa petición de la persona damnificada y tras un debate contradictorio en el que, aunque el nuevo artículo guarde silencio, ambas partes podrán valerse de los medios de prueba que consideren oportunos siempre y cuando el juez los considere útiles y pertinentes y su práctica no sobrepase el plazo máximo de 72 horas. ⁸⁷¹

Estas medidas solamente podrán adoptarse si no han sido previamente adoptadas por un órgano del orden jurisdiccional civil. Es por ello que DE HOYOS SANCHO critica enérgicamente la falta de coordinación entre juzgados penales y civiles cuando se está tramitando simultáneamente un posible delito por violencia dentro del ámbito del hogar con una nulidad, separación o divorcio. Hecho que, lamentablemente, es bastante común en la práctica. Las medidas civiles podrán ser la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y régimen de prestación de alimentos. Estas medidas también podrán entrañar cualquier disposición que se considere oportuna ya sea para apartar al menor de un peligro o para evitarle perjuicios, ⁸⁷² de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158.4 del Código Civil.

⁸⁷⁰ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, *op. cit.*, p. 365.

⁸⁷¹ CEREZO GARCIA-VERDUGO, Pablo, “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 379.

⁸⁷² SERRANO HOYO, Gregorio, “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 96-98.

2.2. La orden de protección como medida asegurativa de sentencia

Conforme al artículo 61.2 LOVG, “*en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas*”. Al referirse a “medidas cautelares o de aseguramiento” impone al juez la obligación de indicar en su sentencia si considera necesario, o no, el mantenimiento de la OP ya no como medida cautelar, sino como medida firme impuesta en sentencia.

En este mismo sentido el artículo 57.2 CP, “*En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la*

que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”, que redirige al artículo 48.2 CP, “ La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena”.

Ambos artículos en realidad están refiriéndose a una orden de alejamiento, pues no refieren las medidas civiles y sociales de las que dispone la OP. Es por ello que, además, deberemos estar a lo dispuesto en la disposición adicional primera de la LOVG, donde se establece que en el caso de que el órgano jurisdiccional dicte sentencia condenatoria de un varón en un proceso penal por delito de violencia de género, debe fijar en ella una serie de disposiciones relativas a sanciones y ayudas, que serían sanciones no penales especiales. En esencia, el condenado perderá la condición de beneficiario a los efectos de la Ley 35/1995, de 11 de

diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.⁸⁷³

2.3. Las medidas de alejamiento reguladas en la orden de protección europea

Las medidas contempladas en el instrumento son 1) la prohibición de residir o acercarse a determinados lugares, 2) la prohibición de comunicación y 3) la medida de alejamiento a una distancia prudencial fijada por los tribunales. Se establece una lista tasada de prohibiciones y restricciones, esto es, medidas de protección, que, tras haber sido impuestas en el Estado de emisión e incluidas en una EPO, deberán ser reconocidas y ejecutadas en el Estado de ejecución. Si bien, la propia Directiva en el considerando (19) reconoce que a escala nacional pueden haber sido impuestas otras medidas que no serán objeto de reconocimiento mutuo.

El considerando (20), consciente de la disparidad existente no solo para regular las órdenes de protección en los distintos EEMM, sino en relación con la autoridad competente para la adopción de la medida de protección, indica que no es necesario mantener la misma medida de protección que fue otorgada en el Estado de emisión, que lo realmente importante es garantizar la protección de la persona que solicita la EPO (Tabla 10).

⁸⁷³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Lección Décimo octava. La terminación del proceso penal”, en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki; ETXEBERRÍA GURIDI, José F. Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 24 Edición, 2018, pp. 447-448.

Tabla 10. Medidas previstas en la DEPO ya existentes en los EEMM

EM	Prohibición de entrada	Prohibición de comunicación	Prohibición de aproximación
AT, Austria	X	X	X
BE, Bélgica	X	X	
BG, Bulgaria	X	X	X
CY, Chipre	X	X	X
CZ, República Checa	X	X	X
DE, Alemania	X	X	X
EE, Estonia	X	X	X
EL, Grecia	X		
ES, España	X	X	X
FI, Finlandia	X	X	X
FR, Francia	X	X	X
HR, Croacia	X	X	X
HU, Hungría	X	X	X
IT, Italia	X	X	
LT, Lituania	X	X	X
LU, Luxemburgo	X	X	X
LV, Letonia	X	X	X
MT, Malta	X	X	X
NL, Países Bajos	X	X	X
PL, Polonia	X	X	X
PT, Portugal	X		X
RO, Rumanía	X		X
SE, Suecia	X	X	X
SI, Eslovenia	X	X	X
SK, Eslovaquia	X	X	X
UK, Reino Unido	X	X	X

Fuente: EPOGENDER I, pp. 84-85

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

Por lo que respecta a la transposición a nuestro OJ, la EPO solo podrá emitirse en relación con medidas cautelares impuestas en un proceso penal o medidas firmes privativas de derechos que coincidan o sean similares a las citadas en el artículo 130.2.a, b y c LRMRP: “a) *La prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta.* b) *La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.* c) *La prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida”.*

ARANGÜENA FANEGO refiere que la EPO se define en términos bastante precisos en el artículo 130 LRMRP, aunque “hubiera sido deseable una mayor claridad a la hora de distinguir que una cosa es la orden europea de protección (una resolución judicial específica -auto- documentada en un certificado expedido con arreglo a determinadas exigencias sobre la base de una resolución penal previa acordando una medida de protección) y otra la medida de protección que la sustenta”. La EPO es una resolución judicial específica, un auto (o pronunciamiento en sentencia), ⁸⁷⁴ que queda documentado en un certificado expedido con arreglo a determinadas

⁸⁷⁴ En el congreso “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género” celebrado los días 28 de febrero y 1 de marzo en Valencia contamos con una mesa redonda en la que sujetos intervinientes en la emisión y ejecución de EPOs contaron sus experiencias. Así, uno de los magistrados indicó que las EPOs que había dictado habían sido por medio de sentencia, si en el momento de dictar sentencia quedaba patente la necesidad de una protección inmediata, o por medio de auto bien como medida cautelar previa a la sentencia o como medida de protección definitiva si este auto es posterior a la sentencia.

exigencias sobre la base de una resolución penal previa que acuerda una medida de protección, que evidencia el vínculo de subsidiariedad entre la EPO y la OPN u orden de alejamiento nacional previa. La medida de protección que está en la base de la orden se define de forma más correcta en la Directiva que en la LRM RP.⁸⁷⁵

Además, la EPO es aplicable no solo a la víctima, sino a cualquier persona protegida que pueda intervenir como sujeto pasivo del delito si se estima que corre peligro su vida, integridad física, psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual. Como ya hemos indicado, la EPO se basa en la subsidiariedad y dependencia a la previa existencia de una medida de protección para la víctima o posible víctima. Y es ahí donde radica la importancia de delimitar la EPO de otras resoluciones de reconocimiento mutuo, tal y como nos indica el artículo 132 LRM RP.⁸⁷⁶

En la DEPO observamos una injustificada desconexión de algunos objetivos esenciales de la protección victimológica. Detrás de procesos de violencia habitual o estructural, sobre todo si esta se produce en el ámbito doméstico, existe una situación de dependencia económica entre víctima y causante del peligro. La DEPO invisibiliza ese factor, obligando que para la ejecución de cualquier decisión que imponga una prestación de naturaleza alimenticia o de soporte económico deba acudir a otro instrumento de cooperación, el Reglamento Bruselas II. Esto genera una situación de fraccionamiento normativo y de “extremada complejidad que

⁸⁷⁵ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, pp. 502-503.

⁸⁷⁶ Se estudiará con mayor detenimiento en el Capítulo V.

dificulta identificar cómo, para qué y a qué instrumentos debe accederse para pretender la ejecución de medidas de protección derivadas de un proceso de victimización en el espacio común de libertad y seguridad de la Unión Europea (...) difícilmente justificable desde los principios objetivos de armonización y protección que se previenen en el artículo 82 TFUE”.⁸⁷⁷

3. Ámbito de aplicación y motivos de no reconocimiento

La resolución que puede generar una EPO es tanto 1) una medida cautelar,⁸⁷⁸ 2) la imposición de una pena de alejamiento, de prohibición de comunicación o de prohibición de acudir a determinados lugares⁸⁷⁹ o 3) una pena accesoria.⁸⁸⁰ También puede generarla 4) la imposición de una

⁸⁷⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Notas sobre la Directiva 2011/99, reguladora de la orden europea de protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 48-49.

⁸⁷⁸ Una orden de alejamiento del artículo 544 bis o una orden de protección del artículo 544 ter en relación con el artículo 13 LECrim.

⁸⁷⁹ Artículo 48 CP, hace referencia a los tres tipos de prohibiciones existentes en la EPO. Estas son, 1) la prohibición de acercarse a la víctima, 2) la prohibición de comunicar con la víctima y 3) la prohibición de residir o acercarse a determinados lugares.

⁸⁸⁰ Artículo 57.1 CP: “*Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave*”. El apartado segundo hace referencia expresa a las víctimas de violencia en el ámbito de una relación de afectividad y en lugar de “podrán” indica “en todo caso”.

medida de seguridad de libertad vigilada,⁸⁸¹ 5) una condición para la suspensión de la condena,⁸⁸² o 6) una condición de libertad condicional⁸⁸³ habiéndose generado en el marco de un delito.⁸⁸⁴ Indicar que anteriormente cabía usar también el instrumento como condición para la sustitución de las penas.⁸⁸⁵

El considerando (21) se refiere a las prohibiciones y restricciones de la EPO, aquellas “*destinadas a limitar los contactos personales o la distancia entre la persona protegida y la persona causante del peligro*”. No encuentra análogo en el REPM. El considerando (18) condensa el espíritu de la Directiva. Éste nos indica que, mediante el uso de la EPO, el Estado de ejecución “*acepta la existencia y validez de la medida de protección adoptada en el Estado de emisión, reconoce los hechos (...) y conviene que debe facilitarse y mantenerse esa protección de conformidad con su Derecho nacional*”. El profundo respeto al OJ del Estado de ejecución marca la última y principal característica de la EPO. Una idea que nos acerca más a un *exequátur* propio de mecanismos de cooperación

⁸⁸¹ Artículo 96 CP, hace referencia a las medidas privativas y no privativas de libertad que pueden imponerse “*con arreglo a este código*”.

⁸⁸² Artículo 83 CP, hace referencia a las medidas que deben cumplirse para condicionar la suspensión al cumplimiento de la condena, siendo que éstas nuevamente vuelven a ser, entre otras, las tres recogidas en la EPO.

⁸⁸³ Artículo 90.2 CP, indica los requisitos para suspender la ejecución del resto de la pena y decretar una medida menos gravosa.

⁸⁸⁴ En el caso de ser una medida de protección fruto de un ilícito civil, el instrumento de reconocimiento mutuo que requeriríamos sería el REPM, explicado en el próximo capítulo.

⁸⁸⁵ Artículo 88 CP, suprimido por el número cuarenta y siete del artículo único de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 marzo). “*Cuarenta y siete. Se suprime el artículo 88*”.

judicial internacional. Aunque habría sido lo deseado, la norma no prevé un reconocimiento casi automático, con las únicas limitaciones del respeto de DDF y un estricto elenco de causas de denegación. La realidad es que se somete a la EPO a un juicio de valor por el cual el órgano competente del Estado de ejecución debe homologarla, no solo en su procedencia en derecho, sino también en cuanto a la posibilidad de dictar medidas de protección similares en un supuesto análogo conforme a su legislación interna (artículo 9.1 y 2 DEPO).⁸⁸⁶

A pesar de que la EPO está basada en el principio de reconocimiento mutuo, la propia DEPO reconoce en su artículo 10 la posibilidad –con carácter potestativo– de que, dándose determinadas circunstancias, el Estado de ejecución proceda al no reconocimiento de una EPO. En cualquier caso, la denegación del reconocimiento⁸⁸⁷ de una orden determinará que el Estado de ejecución informe sin dilación tanto al Estado de emisión como a la persona protegida, indicándoles los motivos para el no reconocimiento. Por lo que respecta a la transposición al OJ español, se encuentra en los artículos 32⁸⁸⁸ –motivos generales– y 140 –circunstancias

⁸⁸⁶ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁸⁷ Para el estudio de los motivos de no reconocimiento de una EPO puede leerse: LÓPEZ GIL, Milagros, “Capítulo VIII. La Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, pp. 235-241; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, p. 9; SÁNCHEZ MARTÍN, Paula, “La Orden de Protección Europea”, *op. cit.*, pp. 501-503.

⁸⁸⁸ En su redacción tras la modificación de la Ley 3/2018, de 11 de junio.

específicas- de la LRMRP.⁸⁸⁹ Además, deberá informar a la persona protegida de la posibilidad de pedir una medida de protección conforme al derecho del Estado de ejecución y de las posibles vías de recurso para impugnar el no reconocimiento de la EPO.

Estos motivos regulados en el artículo 10 DEPO pueden a su vez dividirse en de carácter formal y de carácter material. Además, cabría incluir como motivo de no reconocimiento lo indicado en el considerando (17), para el caso de que el causante del peligro no haya tenido la oportunidad de ser oído.

3.1. Motivos de carácter formal

Por lo que a los motivos formales respecta, el artículo 10 DEPO únicamente recoge dos:

- 1. “cuando la orden europea de protección esté incompleta o no se haya completado en el plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución”;*

De la lectura aislada de esta causa cabe considerar que una EPO que no contenga lo indicado en el artículo 7 puede dar lugar, de manera directa o indirecta, al no reconocimiento de la orden, ofreciendo al Estado receptor una suerte de discrecionalidad para su transposición. No obstante, esta causa de no reconocimiento debe ser puesta en conexión con el artículo 9.3 DEPO que establece la obligación del Estado de ejecución de informar

⁸⁸⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 52-56.

inmediatamente a la autoridad competente del Estado de emisión del carácter incompleto de la orden para que procedan a su subsanación. A este respecto, el artículo 32⁸⁹⁰ apartado 1.c) LRMRP: “*Cuando el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19*”.⁸⁹¹

Este motivo deberá ponerse en relación con el artículo 140.1 LRMRP “*La autoridad judicial española denegará el reconocimiento de una orden europea de protección cuando concurra, además de alguno de los motivos previstos en el artículo 32, alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la resolución no se refiera a alguna de las medidas previstas en este Título. b) Que la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en España. c) Que la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho español, haya sido objeto de indulto y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia. d) Que, conforme al Derecho español, la persona causante del peligro no pueda considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, por razón de su edad*”. El apartado segundo de dicho artículo indica que deberá informarse de la posibilidad de solicitar una protección de carácter nacional.

⁸⁹⁰ Este artículo regula los motivos generales para la denegación del reconocimiento o la ejecución de las medidas solicitadas.

⁸⁹¹ Artículo 19. Subsanación del certificado.

2. “cuando no se hayan cumplido los requisitos previstos en el artículo 5”;

Con base en este motivo podrá no reconocerse una orden cuando se emitió si previamente no existía una medida de protección nacional o, habiéndose emitido en base a una medida de protección, ésta no contenga las prohibiciones a las que hace referencia el artículo 5 DEPO. Esto es, que se haya emitido sin que existiese medida de protección previa o que existiendo dicha medida no consista en alguna de las prohibiciones recogidas en el artículo 5 de la Directiva.

Encontramos un tercer motivo de carácter formal en el artículo 33 LRMRP ⁸⁹² cuando se refiere a la ausencia del imputado ⁸⁹³ del proceso en

⁸⁹² “La autoridad judicial española denegará también la ejecución de la orden o resolución que le hubiere sido transmitida cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución, a menos que en la misma conste, de acuerdo con los demás requisitos previstos en la legislación procesal del Estado de emisión, alguna de las circunstancias siguientes: a) Que, con la suficiente antelación, el imputado fue citado en persona e informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio del que se deriva esa resolución, o recibió dicha información oficial por otros medios que dejen constancia de su efectivo conocimiento y que, además, fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia. b) Que, teniendo conocimiento de la fecha y el lugar previstos para el juicio, el imputado designó abogado para su defensa en el juicio y fue efectivamente defendido por éste en el juicio celebrado. c) Que, tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso con la posibilidad de que, en ese nuevo proceso, en el que tendría derecho a comparecer, se dictase una resolución contraria a la inicial, el imputado declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó la apertura de un nuevo juicio ni interpuso recurso dentro del plazo previsto para ello”.

⁸⁹³ Habrá que entender que esta mención va referida al investigado, aunque la LRMRP no ha sido modificada en dicho sentido. CUETO GÓMEZ, Cristina; GÓMEZ VILLORA, José María, *Curso virtual de formación sobre violencia de género. 1ed. Tema 6. La Orden de Protección Europea*, Conceptos básicos, emisión y ejecución. CGPJ. Su acceso al público es parcial.

el que debió ser informado y no exista causa justificada de su ausencia. A este respecto, el considerando (17) DEPO de conformidad con el artículo 6 CEDH y el artículo 47 CDFUE reconoce el derecho al causante del peligro a ser escuchado.

3.2. *Motivos de carácter sustantivo*

Por lo que respecta a los motivos sustantivos, el artículo 10 DEPO enumera hasta siete:

1. *“cuando la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución”;*

A día de hoy, no existen evidencias de que alguna EPO haya sido denegada en base a este motivo. No obstante, es posible que por esta razón no se reconozcan determinados supuestos relacionados, por ejemplo, con el *stalking* que no se reconoce en todos los países.⁸⁹⁴ Señala PEYRÓ LLOPIS que este motivo de rechazo contó, en un primer momento, con la oposición del PE, pero terminó aceptándolo al considerarse necesario para mantener la base jurídica de naturaleza penal de la DEPO.⁸⁹⁵ RODRÍGUEZ LAINZ tilda el motivo de doble incriminación como una “preocupante claudicación del legislador comunitario”, que previamente ya había aceptado en

⁸⁹⁴ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁹⁵ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 5.

anteriores instrumentos la catalogación de delitos concretos susceptibles de reconocimiento mutuo.⁸⁹⁶

VAN DER AA y OUWEKERK alertan de que el uso de este motivo de denegación puede reducir gravemente el impacto de la DEPO. Aunque el *Explanatory memorandum* guarda silencio con respecto a la doble incriminación, el PE fue explícito en la redacción del artículo 10.1.c) DEPO dejando a los EEMM la posibilidad de denegar una EPO por este motivo. Esto difiere de las Decisiones Marco de medidas alternativas a la prisión y de libertad vigilada donde el principio de doble criminalidad ha sido abolido, al menos para determinadas categorías de ofensas. Y resulta especialmente sangrante en delitos como el *Stalking*, pues en la mitad de países de la UE no se encuentra tipificado como delito.⁸⁹⁷ Continuando con el ejemplo, la adhesión al Convenio de Estambul puede mitigar este riesgo porque la criminalización del *stalking* quedaría cubierta por el artículo 34⁸⁹⁸ del Convenio.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Ibidem., p. 10.

⁸⁹⁷ VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 19, 2011, pp. 178-179.

⁸⁹⁸ *Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad.*

⁸⁹⁹ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 21.

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

Para que el instrumento de la EPO funcione, las autoridades nacionales no deben entender el principio de doble incriminación como la exigencia de identidad de normas penales, sino como la voluntad de ambos EEMM de castigar el acto cometido, ya sea penal, civil o administrativamente. La DEPO se aleja de la técnica utilizada por otros instrumentos de reconocimiento mutuo como lo es la OEDE,⁹⁰⁰ que incluye un listado de delitos y unos límites punitivos. Pero esta exigencia de la doble incriminación de carácter potestativo puede dar lugar a situaciones de inseguridad acerca de la aplicación de la EPO entre los distintos EEMM.

Ejemplo 2. Víctima de *stalking*

 SPAIN →  BULGARIA

A young man breaks up with his boyfriend, both living in Spain. The latter starts stalking the former (constantly calling and texting him). The victim requests protection measures in Spain. In particular, a prohibition is imposed on the stalker to contact the protected person, in any form. The victim requests an EPO because he decides to do an Erasmus course in Bulgaria.

- A prohibition or regulation of contact, in any form, with the protected person, can be breached either in the issuing State or in any other State.
- Considering the omnipresence of electronic means, the monitoring and sanctioning of the breaching of the measures is becoming more difficult.
- Communication via the Internet allows tracing and identifying the source of a message, e-mail, etc. (IP-address).

Fuente: EPOGENDER II (2017)

Esta falta de confianza se hace especialmente patente en el caso de la EPO frente a otras órdenes europeas que también se encuentran reguladas en la LRMRP. Así, el artículo 20 establece en su primer apartado un listado de delitos de los que se excluirá la doble tipificación, siendo que algunos de

⁹⁰⁰ La importancia de este instrumento reside en que ha sido catalogado como el “primer instrumento comunitario basado en el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal”. Por todos: FERNANDEZ RODRIGUEZ, Manuela, “Cooperación judicial penal comunitaria. La orden de detención europea, primer instrumento de reconocimiento mutuo de decisiones”, Universidad Rey Juan Carlos, 2013, p. 78

éstos ⁹⁰¹ podrían encontrarse entre los tipos de la EPO. Pero el tercer apartado de este mismo precepto establece expresamente que “*el reconocimiento mutuo y ejecución de las ordenes europeas de protección se efectuará siempre con control de la doble tipificación*”. CUETO MORENO y MARTÍNEZ GARCÍA indican que este hecho no encuentra justificación singularmente con respecto a los delitos que se encuentran en dicho listado. Además, se da la circunstancia de que estos delitos coinciden sustancialmente con aquellos que son competencia de EUROPOL y con aquellos respecto de los que se excluye el control de la doble incriminación con respecto a la OEDE. ⁹⁰² El hecho de que se excluya el control de la doble incriminación hace que se sobreentienda que todos los EEMM tienen en sus respectivos ordenamientos jurídicos figuras delictivas tipificadas que se corresponden con dichas categorías y que, por tanto, ese control de doble incriminación se habrá efectuado *a priori* durante los debates legislativos pertinentes. De nuevo nos encontramos con el problema de la tipificación de la violencia de género, que podría ser invocado como una causa de denegación del reconocimiento por parte de aquellos Estados que no tienen tipificado expresamente como delito autónomo estas conductas, lo cual

⁹⁰¹ Como la agresión con lesiones graves o la violación.

⁹⁰² No deja de ser irónico que, aunque la ausencia de efecto directo llevó a las decisiones marco a ser sustituidas por directivas, la tipificación de los delitos susceptibles en la OEDE que no se llevó a cabo en la EPO le atribuya, de facto, un reconocimiento mutuo más “directo” y sencillo a la DM reguladora de la orden de detención que a la Directiva reguladora de la EPO. A propósito de su desaparición, “La explícita exclusión del efecto Directo de la Decisión marco, provocando una importante traba desde el punto de vista de su alegación ante las autoridades internacionales...Réquiem por las decisiones marco”. Puede leerse: CARRERA HERNANDEZ, F. Jesús, “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007.

colocaría a las víctimas o presuntas víctimas de estos hechos en una situación de desprotección si deciden desplazarse a dichos países.⁹⁰³

Especial comentario merece el motivo de denegación obligatoria contenido en el apartado 1 b) del artículo 140 LRM RP. El legislador español ha impuesto, con la mayor rigidez posible, la exigencia de la doble incriminación para el reconocimiento y la ejecución de las EPOs. Ni siquiera ha tenido en consideración el listado de 32 categorías delictivas - vid. artículo 20.1 LRM RP- generalmente exentas de ese requisito y tampoco ha querido que fuese un motivo de denegación facultativo de acuerdo con lo recogido en la Directiva. Y para que no quepa ninguna duda, reitera su opción en el artículo 20.3 LRM RP: “*El reconocimiento mutuo y ejecución de las órdenes europeas de protección se efectuará siempre con control de la doble tipificación*”. No se comprende a simple vista por qué el legislador español ha decidido apartarse de las causas generales de denegación del reconocimiento en la LRM RP, ni tampoco los motivos por los que impone dicha condición concretamente para reconocer las EPOs, pero no otras resoluciones de las contenidas en la ley. DE HOYOS SANCHO sentencia que se trata de un claro retroceso⁹⁰⁴ en la evolución y

⁹⁰³ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “Capítulo I. La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 54.

CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 247-247

⁹⁰⁴ En estos mismos términos, GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 19.

vigencia del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales que debe informar la cooperación judicial en el ELSJ.⁹⁰⁵

En cambio, GÓMEZ AMIGO refiere que nuestro legislador no podía dejar de incorporar el incumplimiento de la exigencia de la doble tipificación como motivo de denegación, pues la DEPO funciona necesariamente con el control de ésta. Así, pese a que suele entenderse que las causas de denegación del reconocimiento de una EPO que establece la Directiva son de aplicación facultativa si nos basamos en el término “podrá” de su artículo 10.1, el autor considera, por el contrario, que son motivos obligatorios de denegación que los EEMM deben incorporar con tal carácter a sus OOJJ nacionales. Para este autor no puede entenderse que sea facultativa la denegación del reconocimiento de una EPO relativa a una medida de protección que no se encuentra en el artículo 5 DEPO. Y es por ello que la DEPO ha incorporado todos esos motivos como motivos de denegación obligatoria, salvo uno, el relativo a la jurisdicción propia, “debiendo entenderse que se trata de un error, ya que, si no se concedería a la autoridad judicial española la facultad de denegar el reconocimiento en

⁹⁰⁵ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española”, *op. cit.*, pp. 14-15.

dichos supuestos, unas veces sí y otras no,⁹⁰⁶ pero sin saber conforme a qué criterios”.⁹⁰⁷

2. “cuando la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho del Estado de ejecución, haya sido objeto de amnistía y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia con arreglo a dicho Derecho”;

Hemos de hacer una precisión terminológica y entender que la referencia a la amnistía incluye también al indulto por ser éstas las dos manifestaciones del derecho de gracia.⁹⁰⁸ Así, para que se pueda aplicar este motivo son necesarios dos requisitos. El primero, que la conducta que dio lugar a la adopción de la pena o medida cautelar fuese competencia tanto de los tribunales del país de emisión como del país de ejecución (que la jurisdicción se base en principios de territorialidad y personalidad respectivamente). Y el segundo, que cuando se pida el reconocimiento de la EPO en el Estado de ejecución ya exista un indulto de la pena acordada.

⁹⁰⁶ Se pronuncia del mismo modo en contra de la discrecionalidad que permite dicho motivo potestativo de denegación ARANGÜENA FANEGO. En: ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 532.

⁹⁰⁷ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁰⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Lección décimo cuarta. El juicio oral (I)”, en: MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 342.

Si trasladamos este supuesto a nuestro derecho, resulta muy difícil imaginar un supuesto práctico. Podemos aceptar que por normas concurrentes se atribuyan la jurisdicción dos países distintos, pero la complicación llega cuando sin que haya existido un proceso penal en España (pues de existirlo estaríamos en otro motivo de no reconocimiento) se haya dictado un indulto para condonar una pena que, hasta que no se reconozca la EPO que la incluye, no existiría para nuestro ordenamiento. En otras palabras, para que sea posible conceder un indulto es necesaria la condena previa firme por los tribunales españoles, situación que, de haberse producido, activaría de forma inmediata la causa de no reconocimiento por la infracción del *ne bis in ídem*.⁹⁰⁹ Es por ello que esta causa de no reconocimiento no tendrá virtualidad práctica en el derecho español.⁹¹⁰

3. *“cuando la persona causante del peligro goce de inmunidad conforme al Derecho del Estado de ejecución, y ello imposibilite la adopción de medidas fundadas en una orden europea de protección”;*

Si una persona goza de inmunidad en un determinado Estado y en virtud de dicha inmunidad no puede ser enjuiciada por un determinado hecho, tampoco puede reconocerse una EPO que contiene una medida o prohibición basada en el hecho que, *de facto*, no puede ser enjuiciado en el Estado de ejecución. Por lo que a nuestro OJ respecta, reconoce inmunidad

⁹⁰⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Notas sobre la Directiva 2011/99, reguladora de la orden europea de protección”, *op. cit.*, pp. 56-58.

⁹¹⁰ LÓPEZ GIL, Milagros, “Capítulo VIII. La Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, pp. 235-241; SÁNCHEZ MARTÍN, Paula, “La Orden de Protección Europea”, *op. cit.*, pp. 501-503.

tanto a españoles como a extranjeros. Entre los españoles establece la inmunidad del rey,⁹¹¹ de diputados y senadores,⁹¹² o del defensor del pueblo,⁹¹³ entre otros. Entre los extranjeros, se reconoce inmunidad a los soberanos y jefes de Estado, a diplomáticos, a miembros del ejército en tránsito, a delegados y miembros de los organismos de NNUU, y a otros funcionarios establecidos de acuerdo a tratados y convenios internacionales.⁹¹⁴

Pero este apartado aparentemente sencillo, no lo es tanto en la práctica. El Estado de ejecución deberá comunicar a los interesados y al Estado de emisión aquellas medidas que ha adoptado después de haber reconocido una EPO, pero no con carácter previo, pues así lo establece la propia DEPO. Y, dado que en el procedimiento de reconocimiento el contenido de la EPO respecto del agresor plasmado en el Anexo de la Directiva es bastante escueto, resulta difícil de imaginar que la autoridad del Estado de ejecución sepa, de oficio, si el agresor goza de inmunidad.

⁹¹¹ Artículo 56 CE: “*La figura del rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad*”.

⁹¹² Artículo 71.2 CE: “*Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*”.

⁹¹³ Artículo 6.3 LO 3/198, del Defensor del Pueblo, in fine: “*El Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculcación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo*”.

⁹¹⁴ Para más información acerca de la LO de 17 de noviembre de 2015 de inmunidades de los Estados extranjeros y las Organizaciones Internacionales, puede leerse: LÓPEZ MARTÍN, Anna Gemma, *Aplicación judicial de las inmunidades en España. Análisis de la práctica reciente*. Dereito, vol. 25, núm.1, 2016, pp. 21-52.

Encontramos esta causa regulada en el artículo 32.1.d) LRMRP, “*Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución*”.

De acuerdo con CUETO MORENO, se trata de una excepción clásica en los Convenios Internacionales que, en el caso que nos ocupa, deja desprotegida a la víctima. Es por ello que, “habría que plantearse, a nivel de derecho internacional público, la razón de ser de esta clásica causa de inmunidad de jurisdicción y ejecución en supuestos como este en el que se trata de una medida cautelar o pena imprescindible para la protección de una víctima. La ponderación de los derechos fundamentales en juego frente a la «ratio essendi» de las causas de inmunidad, que no es otra que la soberanía del Estado, exige modular este privilegio en supuestos extremos: no se trata de exigir una responsabilidad por conductas pretéritas, ni siquiera cuando la orden europea de protección deriva de una pena, sino de preservar la integridad física de la víctima en el futuro”.⁹¹⁵

En el mismo sentido, RODRÍGUEZ LAINZ, “es otro ejemplo clásico de excepción en supuestos tanto de cooperación como de reconocimiento de resoluciones procedentes de otros Estados. Es lógico que vuelva a ser la normativa del Estado de ejecución, que no en vano es la que sirve de fundamento al reconocimiento de la inmunidad, la que defina los supuestos en los que una persona debe entenderse que goza de inmunidad. No se da, sin embargo, una respuesta jurídica a la situación de riesgo que supone no poder garantizar la integridad ni la seguridad de la víctima, como

⁹¹⁵ CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 248.

no sea a través de medidas de presión política u otorgamiento de medidas de protección policial concretas”.⁹¹⁶

4. *“cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, exista prescripción de la actuación penal contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, si tal hecho o conducta es de su competencia de conformidad con su Derecho nacional”;*

Para que pueda aplicarse este motivo, es preciso la concurrencia de dos requisitos. El primero, que el Estado de ejecución tuviese competencia sobre la conducta que ha dado lugar a la OP. Y el segundo, que conforme al derecho del Estado de ejecución dicha conducta haya prescrito. Lo que no deja claro la Directiva es si la prescripción lo es de la pena o de la conducta que ha dado lugar a la emisión de la medida, o si se refiere a ambas. Encontramos transpuesto este motivo en el artículo 32.1.b) LRMRP. Este artículo ha sido objeto de modificación por la Ley 3/2018.

Con anterioridad a la reforma la redacción del artículo fue la siguiente: *“Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español,*⁹¹⁷ *la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español”*. Esta redacción fue criticada por MARTÍNEZ GARCÍA al indicar que en la LRMRP se hablaba de la prescripción de la “sanción” siendo esta una

⁹¹⁶ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 10.

⁹¹⁷ La modificación incluye “...el delito o...”

terminología muy distinta a la aludida en el artículo 10.1 DEPO, que está haciendo referencia a la prescripción del “delito” al referirse a la prescripción de la “actuación penal contra la persona causante del peligro, respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de la protección”. La autora nos indicaba que, en realidad, ambos artículos se estaban refiriendo a lo mismo que es a su imperseguibilidad y que no debe dársele mayor importancia que la de un error de traducción, muy común en las directivas.⁹¹⁸

Así, tras la reforma se incluye también la prescripción del delito, siendo que así resulta más acorde al contenido de la directiva pues, tal y como nos indicaba MARTÍNEZ GARCÍA, parece aludir a la prescripción de la “actuación penal” contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que dio lugar a la adopción de la medida de protección, esto es, a la prescripción del delito.⁹¹⁹

Este motivo debe ponerse en relación con el artículo 140.1.c) LRMRP, esto es, que conforme al derecho español no pueda considerarse responsable del delito a la persona.

5. *“cuando el reconocimiento de la orden europea de protección vulnere el principio non bis in ídem”;*

⁹¹⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La Orden Europea de Protección en el marco de la nueva Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 52.

⁹¹⁹ En el mismo sentido, CUETO MORENO, Cristina; GÓMEZ VILLORA, José María, *Curso virtual de formación sobre violencia de género. 1ed. Tema 6. La Orden de Protección Europea*. Conceptos básicos, emisión y ejecución. CGPJ, *op. cit.*

Esta causa de no reconocimiento es conforme con las constituciones de los diversos ordenamientos nacionales, con el Tratado de Lisboa y con el CEDH. El principio deberá ser interpretado de acuerdo con la doctrina del TEDH.

A propósito de este motivo de no reconocimiento, cabe destacar que el principal riesgo que trae consigo la existencia de un conflicto de jurisdicciones penales -supuesto en el que podría invocarse este motivo- es la posible vulneración de las garantías procesales de los sujetos implicados en el conflicto. En el caso del investigado o acusado la existencia de dos procedimientos paralelos afecta directamente a su derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos ya que esto ataca frontalmente el principio *ne bis in ídem*. Este principio en su vertiente transnacional ha sido recogido por el derecho de la Unión principalmente mediante el artículo 54 CAAS (convenio de aplicación del acuerdo Schengen) y la interpretación de éste que ha hecho el TJUE.⁹²⁰ También ha sido reconocido como derecho fundamental al incluirlo en el artículo 50 CDFUE, plenamente vinculante tras su inclusión en el derecho originario tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.⁹²¹

Encontramos el principio *ne bis in ídem* en el artículo 32.1.a LRMRP: “*Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la*

⁹²⁰ Es susceptible de generar *ne bis in ídem* una decisión de sobreseimiento provisional: STJUE, Asunto C-398/12, M, de 5 de junio de 2014 (ECLI:EU:C:2014:1057).

⁹²¹ HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro, “Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el espacio de libertad seguridad y justicia: ¿hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?”, *op. cit.*, p. 224.

misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado". Deberán incluirse también los supuestos de sobreseimiento libre firme regulados en el artículo 637 LECrim.

6. *"cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, la persona causante del peligro no pueda considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, por razón de su edad"*;

En la LRM RP, este motivo se encuentra regulado en el artículo 140.1.d): *"Que, conforme al Derecho español, la persona causante del peligro no pueda considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, por razón de su edad"*. Se entiende que esta causa no solo va a alcanzar a los menores de edad, también a todas aquellas personas que no puedan ser consideradas penalmente responsables por razón de su avanzada edad, al ésta situarlos en una situación de inimputabilidad. La menor edad penal del sujeto responsable es, de nuevo, consecuencia lógica del pleno respeto de la legislación interna del Estado de ejecución, indiscutible competente para decidir la edad en la que marca los límites de la responsabilidad criminal dentro de sus fronteras.⁹²² El problema con respecto a esta causa de no reconocimiento es que la edad a partir de la cual puede considerarse

⁹²² RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, "La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)", *op. cit.*, p. 11.

responsable penalmente a una persona oscila considerablemente entre los distintos EEMM de la UE.⁹²³

A propósito de los menores,⁹²⁴ manifiesta ARANGÜENA FANEGO que la legislación española no impide su certificación, -ex artículos 7.1.h), i) y 28.1.II de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, consistentes en alguna de las prohibiciones del artículo 130.2 LRMRP-, otra cosa es que en el Estado de ejecución la minoría de edad pueda actuar precisamente como causa de denegación, al ser uno de los motivos admitidos al efecto.⁹²⁵

7. *“cuando la medida de protección se refiera a una infracción penal que, según el Derecho del Estado de ejecución, se considere cometida totalmente, en su mayor parte o fundamentalmente dentro del territorio de su jurisdicción”;*

Este apartado recoge el principio de territorialidad como justificación para la denegación del reconocimiento de la EPO, excepción habitual en los textos comunitarios. Esto supone que los EEMM pueden – las causas de no reconocimiento en la DEPO son potestativas- hacer uso del

⁹²³ Resulta ilustrativo el estudio de WADE. En concreto, la tabla 19 muestra las diferentes edades para la responsabilidad criminal. En Malta la edad es de 9 años, en Reino Unido 10 años, en Irlanda puede ser a los 10 o a los 12 dependiendo de la seriedad del crimen cometido...en Alemania y España -entre otros- 14 años y en Bélgica, Lituania, Luxemburgo y Portugal a los 16 años. WADE L. Marianne, “Developing a Criminal Justice Area in the European Union”, pp. 47-48

⁹²⁴ Ídem.

⁹²⁵ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE”, *op. cit.*, p. 512.

fórum delicti comissi para no reconocer una EPO. No se establecen mecanismos específicos para la resolución de conflictos de jurisdicción, por lo que habrá que acudir a los mecanismos convencionales como puede ser la intermediación de EUROJUST o los medios diseñados por la DM 2009/948⁹²⁶ para la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en procedimientos penales.⁹²⁷

En el caso del Estado español, acudiremos al artículo 23 LOPJ que establece como criterio de conexión para atribuir la competencia a los tribunales españoles los principios de territorialidad, personalidad y de justicia universal. Se encuentra regulado también en el artículo 32.3 LRMRP “*La autoridad judicial española podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una orden o resolución cuando se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español*”. Tras la reforma operada en dicho artículo por la Ley 3/2018 se establece que “*en este supuesto se deberá deducir testimonio y remitirse al órgano judicial competente para el conocimiento del asunto*”.⁹²⁸ Este apartado busca el respeto del *ne bis in idem* reclamando la competencia para el Estado español y, por tanto,

⁹²⁶ Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0042:0047:ES:PDF> (última consulta: 02-07-2019).

⁹²⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 11.

⁹²⁸ CUETO MORENO, Cristina; GÓMEZ VILLORA, José María, *Curso virtual de formación sobre violencia de género. Ied. Tema 6. La Orden de Protección Europea*. Conceptos básicos, emisión y ejecución. CGPJ, *op. cit.*

también para las medidas derivadas de su competencia. Pero para ello es importante “*que una parte importante*” de los actos delictivos haya sido cometida en España.

3.3. Reflexiones

ARANGÜENA FANEGO sentencia que, probablemente, el aspecto más cuestionable y desafortunado de la LRM RP, sean las causas de denegación. Se ha realizado una regulación que peca de excesiva complejidad y obliga a la autoridad judicial a examinar hasta tres artículos distintos ubicados sistemáticamente en sede de disposiciones generales y en el título específico que regula la EPO. Esta complejidad choca con el catálogo unitario de cláusulas facultativas y de *numerus clausus* que se ofrecen en el artículo 10.1 DEPO unido al considerando (17). En cambio, la ley española ha optado por distinguir entre motivos generales ⁹²⁹ de denegación de cualquier instrumento de reconocimiento mutuo y los específicos ⁹³⁰ de la EPO. Los motivos coinciden en gran parte con los típicos de los instrumentos del antiguo tercer pilar. ⁹³¹ Tras el análisis de los motivos de no reconocimiento cabe concluir que, mientras los motivos de carácter formal para el no reconocimiento de la orden resultan fácilmente

⁹²⁹ Non bis in ídem, prescripción de la pena, defectos en el certificado e inmunidad (artículo 32.1 a), b), c), d) LRM RP); principio de territorialidad o jurisdicción propia, aunque con carácter facultativo (artículo 32.3 LRM RP) y rebeldía, aunque con un alcance muy limitado (artículo 33 LRM RP).

⁹³⁰ Resolución emitida con relación a una medida de protección no prevista por la ley, ausencia de doble incriminación, indulto y minoría de edad penal del causante del peligro (artículo 140.1 a), b), c), d) LRM RP).

⁹³¹ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 532.

constatables, no puede decirse lo mismo respecto de los motivos de carácter material, máxime si tenemos en cuenta que la única información que recibe el Estado de ejecución es la reproducida en el Anexo I de la DEPO.

III. Cuestiones procesales

Para un mejor estudio de este apartado, trataremos por separado las cuestiones procesales que consideramos más importantes en relación con la EPO.

1. Presupuestos

La EPO es una medida subsidiaria de la protección nacional que necesita de una OPN para poder ser emitida. Como previamente hemos explicado, la EPO puede dictarse tras la concesión de una OP o de una orden de alejamiento de acuerdo con nuestro OJ. No obstante, debido a que estamos delimitando nuestro objeto de estudio a las víctimas de violencia de género (de acuerdo con el concepto de la LOVG) que pueden solicitar una EPO vamos a centrarnos, como primer paso, en los requisitos necesarios para que el juez nacional emita una OP. Un segundo paso será identificar los requisitos para dictar una EPO subsidiaria de la OPN.

1.1. Para dictar una orden de protección nacional

La OPN exige la concurrencia de cinco elementos: ⁹³²

⁹³² DE LA PRIETA GOBANTES, Ignacio, “Ponencia: La Orden de Protección”, *Revista Baylo* (Edición electrónica), p. 2; DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 344-346.

1. Que la víctima sea alguna de las personas referidas en el artículo 173.2 del Código Penal.⁹³³ Este primer presupuesto puede entrar en contradicción con lo establecido en la EPO y el EPM ya que no restringen el ámbito de la protección a la pareja o ex pareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor. Como ya hemos anticipado al tratar la LOVG, la OPN visibiliza la cultura patriarcal predominante durante siglos (obligación de ver) y se crea para proteger a aquellas personas más vulnerables al amparo de la cultura (obligación de proteger), que por lo general serán las mujeres y los niños que convivan con el agresor. Además, este tipo de víctimas tienen una serie de características que no comparten con el resto de víctimas que es la existencia de un vínculo emocional presente o pasado con el victimario y el hecho de que la mayoría de las agresiones suceden dentro del ámbito del hogar, siendo que éste durante siglos se ha considerado un reducto de intimidad infranqueable (obligación de investigar). Estos factores dan lugar a un mayor riesgo de reiteración de la conducta. Tienen, por tanto, estas víctimas que superar dos barreras para salir del círculo de violencia en el que se encuentran metidas: la primera, romper los vínculos de afectividad y ser capaces de reconocer y condenar la violencia sufrida; y la segunda, visibilizar el problema para que los poderes públicos puedan ofrecerles una solución. En cambio, el legislador

⁹³³ “ (...) quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (...)”

européico ha decidido no diferenciar entre víctimas de delitos violentos y en el considerando (9) DEPO indica que es aplicable a todas las víctimas de delitos violentos. En términos similares se pronuncia el considerando (6) REPM. Es por ello, que, con la transposición de la DEPO al ordenamiento jurídico español por medio de la LRMRP y la aplicación directa del REPM, los jueces españoles van a tener que reconocer órdenes de protección en supuestos diferentes a los regulados en la ley 27/2003, reguladora de OPN. No obstante, debido a que únicamente existen tres posibles medidas que son las que encontramos reguladas en las órdenes de alejamiento nacionales, la transposición de ambos instrumentos no supone mayores problemas que los terminológicos ya apuntados.

2. Que se trate de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad. Este segundo presupuesto se encuentra también regulado en el considerando (9) de la DEPO, que indica el instrumento de la EPO busca proteger la integridad y la vida de la víctima, evitar la reiteración y reducir las consecuencias de los hechos cometidos anteriormente. En el mismo sentido, el considerando (6) REPM.

3. Que exista el *fumus boni iuris*, esto es, que existan indicios. No son suficiente las meras sospechas o conjeturas de que se ha cometido un hecho que reviste caracteres de delito y que el autor es la persona contra la que se dirige la medida. Pero tampoco puede exigirse una prueba plena. El equilibrio en la balanza se encuentra en no atribuir una medida cautelar únicamente por temor a que ocurra un hipotético caso ni esperar a que la infracción sea probada mediante sentencia condenatoria. En el primer caso

estaríamos atribuyendo a los juzgados una potestad penal preventiva ⁹³⁴ contraria al espíritu de su propia jurisdicción y en el segundo haríamos tarde en la protección de los bienes jurídicos de la víctima. Dado que la EPO, de acuerdo con el artículo 5 DEPO, se basa en la previa existencia de una orden de protección nacional este requisito deviene consecuencia necesaria. El artículo 2 REPM también indica que éste únicamente podrá ser aplicado si previamente existen medidas de protección civil en el Estado de expedición.

4. Que exista una “situación objetiva de riesgo”. Una posibilidad real de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados en caso de no adoptarse la medida cautelar. Y no cabe establecer reglas apriorísticas para valorar el riesgo objetivo, debe atenderse a las circunstancias del caso concreto para decidir sobre la necesidad de la OPN. El considerando (9) indica que la EPO tiene como objetivo “*evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente*”. El concepto “nuevos actos delictivos” deberá entenderse de manera restrictiva, solo en aquellos supuestos en los que la anterior conducta del agresor dé pie a prever que de no establecer una orden de protección persistirá en su conducta. El considerando (6) REPM también recoge dicha situación de riesgo objetivo, “*cuando existan motivos*

⁹³⁴ A este respecto, “A los penalistas nos cuesta entender la finalidad preventiva que se dice que tiene la pena en cuanto a influir en el futuro, porque no puede ser científicamente demostrado con herramientas argumentativas del deber ser. La criminología, sin embargo, utiliza herramientas cualitativas y cuantitativas con las que ha demostrado que no es la gravedad de las penas sino su certeza lo que puede tener relación con la prevención futura del delito”. GALAIN PALERMO, Pablo, “Prevención del delito en una sociedad con miedo”, *op. cit.*

fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro”.

5. La motivación de la resolución. La OP es una medida restrictiva de derechos del agresor y es por ello que requiere de una motivación suficiente para restringir sus derechos en aras a una protección de la víctima. Este requisito debe ponerse en relación con el resto, siendo que únicamente vamos a permitirnos restringir derechos del victimario en los casos tasados por la ley, cuando existan indicios suficientes (en caso de que la orden se otorgue como medida cautelar) y la valoración de la situación objetiva de riesgo demuestre un evidente riesgo de que la víctima pueda ser objeto de nuevos hechos como los denunciados si no se adoptase la cautelar. La motivación de la EPO/EPM se encuentra en la resolución que contiene la medida dictada en el Estado que la emite de acuerdo con su propio ordenamiento nacional. La EPO y el EPM son instrumentos que se basan en la existencia previa de una OPN que haya cumplido todas las garantías previstas en su ordenamiento jurídico de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 DEPO y 2 REPM.

1.2. Para dictar una orden de protección europea

El tribunal español podrá adoptar una EPO basándose, entre otros, en la necesidad de que la víctima sea protegida, el tiempo que vaya a residir en el extranjero y el riesgo objetivo que esto trae consigo cuando concurren los siguientes requisitos: 1) la previa existencia de una OP, bien con carácter cautelar bien con carácter punitivo, 2) que sea la víctima la que tiene intención de desplazarse pues en caso contrario se utilizarán las medidas recogidas en los títulos IV y V de la LRMRP -medida de libertad vigilada

o medidas alternativas a la prisión-, ⁹³⁵ 3) que la EPO sea solicitada a instancia de la víctima ya sea en España o en el país al que se ha desplazado y 4) la existencia de un riesgo subjetivo: *fumus boni iuris* y *periculum in mora* derivado del traslado de la víctima a otro Estado al que tiene un probable acceso el agresor.

En otras palabras, aquella persona que goce de una OP (artículo 544 ter LECrim) ⁹³⁶ o de una orden de alejamiento (artículo 544 bis LECrim) ⁹³⁷ en España, deberá ser informada de la posibilidad de pedir una EPO si va a viajar al extranjero. Tanto la LRMRP como la propia DEPO recomiendan su solicitud previa a salir del país, siendo una decisión lógica debido que a día de hoy desconocemos los posibles problemas que puede encontrar la víctima en el país de destino. No obstante, es presumible que con el tiempo toda la información acerca del sistema de protección se encuentre unificada y protocolizada, lo cual podría incluso ser accesible para el juez a través de

⁹³⁵ Este punto será tratado con mayor detenimiento en el Capítulo V.

⁹³⁶ Como ya se apuntó previamente, podría suscitar dudas el hecho de que medidas civiles puedan ser adoptadas por un órgano de la jurisdicción penal (Juzgado de Instrucción o Juzgado de Violencia sobre la Mujer). Se trata de una competencia perentoria para regular, en el contexto de la adopción de una medida de protección, determinados aspectos de la crisis de convivencia o familiar. Más información: RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 33.

⁹³⁷ La medida de alejamiento de este artículo ya supuso un cierto distanciamiento respecto de las medidas cautelares penales clásicas pues impone como elemento esencial para la ponderación del juicio de proporcionalidad no la naturaleza y duración de la eventual pena que pudiese ponerse al presunto autor (*periculum in mora*), sino la necesidad de protección de la víctima frente a una posible instigación con trascendencia procesal por parte del presunto autor. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 33.

los sistemas de comunicación entre autoridades europeas y para las víctimas a través de las oficinas de víctimas.⁹³⁸

El título habilitante de la EPO puede ser tanto un auto de medidas cautelares 1) imponiendo cualquiera de las prohibiciones contenidas en el artículo 544 bis LECrim, 2) acordando una OP dictada al amparo del artículo 544 ter LECrim, o 3) adoptando alguna de las medidas de protección indicadas en el artículo 64 LOVG, siempre y cuando estas medidas sean de carácter penal y hayan sido dictadas como consecuencia de un delito. A esto ha de sumarse la sentencia de condena que imponga alguna de las penas privativas de derechos al amparo de los artículos 47 y 58 CP coincidente con cualquiera de las prohibiciones del artículo 130.2 LRMRP o, con idéntica exigencia, una medida de libertad vigilada del artículo 96 CP o una condición para la suspensión o para la sustitución de la pena de los artículos 83 y 88 CP o condición de la libertad condicional del artículo 90.2 CP. Además, es igualmente posible la certificación de alguna de las medidas cautelares o definitivas recogidas en los artículos 7.1.h), i) y 28.1.II de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores consistentes en alguna de las prohibiciones del artículo 130.2 LRMRP, no obstante, como ya ha sido apuntado *ad supra*, la edad podría actuar como causa de denegación en el Estado de ejecución.⁹³⁹

⁹³⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea” *op. cit.*, p. 47.

⁹³⁹ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 512.

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

La DEPO establece unos trámites para su adopción que, en cierta medida, recuerdan a los previstos para la protección nacional de las víctimas de violencia doméstica y/o de género en nuestro ordenamiento procesal. Pero, a diferencia de ésta, la DEPO únicamente legitima a la víctima -o a su representante legal en su caso- para solicitarla, sin contemplar la posibilidad de que ésta pueda ser instada de oficio, a petición del MF o de cualquier otro organismo de protección como las oficinas de asistencia a la víctima que podrían desempeñar una fundamental labor de información en el procedimiento. Una opción que opta por respetar su ámbito de libertad personal para que sean ellas las que aprecien la necesidad de ser protegidas, pero que en determinados supuestos puede ser perjudicial para sus intereses.

Como ya se ha apuntado a lo largo del trabajo, la práctica forense demuestra que en ciertos ámbitos de la criminalidad relacionada con la violencia doméstica y/o de género, debido a las circunstancias personales o a los efectos que genera este tipo de delincuencia, las víctimas no siempre estarán en condiciones de realizar una valoración de la situación del riesgo o del peligro real en el que puedan encontrarse ellas y sus familiares frente a las amenazas provenientes del imputado o condenado. Cuestión que se encuentra estrechamente relacionada con la disponibilidad que de la vigencia de esas medidas protectoras puede realizarse a instancias de la propia víctima ⁹⁴⁰ y a propósito de la cual tuvo ocasión de pronunciarse la jurisprudencia del TJUE (C-485/09 y C-1/10 -Gueye y Salmerón

⁹⁴⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”, *op. cit.*, p. 5.

Sánchez)⁹⁴¹ con ocasión de la interpretación de los artículos 2 y 8 de la, entonces vigente, DM 2001/220/JAI sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, “*la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal y como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad*”.

Compartimos las reflexiones de HERNÁNDEZ GARCÍA ⁹⁴² a propósito de este caso. La AP de Tarragona emitió las cuestiones prejudiciales sobre la compatibilidad de la imposición de penas o medidas preceptivas de alejamiento si la víctima (de forma expresa y en condiciones de plena autonomía) indica que quiere volver a convivir con el victimario con el derecho de la UE. Estas cuestiones dieron lugar a la STJUE Güeye y Salmerón Sánchez. El análisis de las alegaciones de los EEMM que intervinieron en el trámite de audiencia anticipaba el debate que iba a comenzar, ese mismo año, en el seno de las instituciones europeas a propósito de la EPO. Alemania, Polonia Austria y, en términos matizados, Francia cuestionaron la obligatoriedad de dichas consecuencias accesorias porque lo consideraban incompatible con el derecho de la víctima a su vida privada y familiar. En cambio, Reino Unido, Holanda, Dinamarca, Suecia y España se mostraban en contra de que las medidas de protección de la víctima, tras un hecho delictivo, pudieran ceder por una suerte de derecho

⁹⁴¹ STJUE Asunto C-1/10 (Asuntos acumulados C-483/09, C-1/10) Gueye y Salmerón Sánchez, de 15 de septiembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:583).

⁹⁴² HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Notas sobre la Directiva 2011/99, reguladora de la orden europea de protección”, *op. cit.*, pp. 44-46.

de la víctima a disponer de su propia protección. Esta disparidad, plasmada nuevamente en el proceso legislativo de la DEPO, obligó a una fórmula de compromiso en pos de la armonización que pudiera favorecer la ejecución de la EPO, evitando las excepciones de no reconocimiento.⁹⁴³

2. Órgano competente

Como ya hemos repetido a lo largo de este trabajo, la finalidad de la EPO es facultar a una autoridad competente del Estado de ejecución para mantener la protección que se brindó en el Estado de emisión aplicando el principio de reconocimiento mutuo entre ambos Estados. La Directiva define el Estado de emisión en el artículo 2.5 como el “*Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección que constituya la base para la emisión de una orden europea de protección*”; y en el apartado sexto se refiere al Estado de ejecución como el “*Estado miembro al que se haya transmitido una orden europea de protección con vistas a su reconocimiento*”. Y establece que cada Estado deberá comunicar a la Comisión la autoridad o autoridades -judiciales o equivalentes- competentes con arreglo a su derecho nacional para dictar una EPO y para reconocerla (artículo 4.1 DEPO). Sin duda, el gran logro de la DEPO es imponer un mandato de comunicación directa entre las autoridades. Esta comunicación no es solo una proyección del principio de cooperación basado en la confianza mutua, también es un mecanismo decisivo para permitir que la EPO pueda cumplir con las finalidades de protección en un tiempo razonable.⁹⁴⁴

⁹⁴³ Ibidem, p. 46.

⁹⁴⁴ Ibidem, p. 51.

Por lo que respecta a la transposición, siguiendo lo indicado en el artículo 131 LRMRP⁹⁴⁵ - referido a las autoridades competentes para emitir y recibir una EPO - en nuestro ordenamiento nacional distinguiremos si la OP es para víctimas de violencia doméstica y de género o para víctimas en general. Por norma general, emitirán y transmitirán las órdenes aquellos jueces o tribunales que conozcan del procedimiento. Y reconocerán y ejecutarán los jueces de instrucción o los jueces de violencia sobre la mujer del lugar en que la víctima resida o tenga intención de hacerlo. En el caso de las resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional,⁹⁴⁶ tendrá competencia para reconocer o ejecutar el mismo juez o tribunal que ya hubiera reconocido o ejecutado dichas resoluciones.

En el caso de que sea la autoridad española la que haya emitido la EPO, esto conllevará consideraciones importantes ya que decidirá sobre: 1) la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección y, consecuentemente, de la EPO y 2) la imposición de una medida privativa de libertad tras la revocación de la medida de protección al haberse acordado mediante resolución la adopción de una medida de

⁹⁴⁵ La LRMRP reserva a las autoridades judiciales la competencia para la emisión y ejecución de una EPO. Es ésta una solución necesaria y plenamente justificada si atendemos a las características de nuestro sistema procesal penal en el que penas y medidas cautelares se reservan a la jurisdicción. Esta opción, sin embargo, no tiene por qué ser seguida por todos los EEMM. La Directiva, consecuente con el respeto a los distintos sistemas jurídicos, admite que las autoridades competentes no sean de carácter judicial. ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 508.

⁹⁴⁶ Las autoridades competentes para la transmisión y ejecución de estas resoluciones se encuentran reguladas en los artículos 64 y 95 LRMRP. A efectos de la DEPO, únicamente nos interesan aquellos supuestos en los que las Decisiones Marco de libertad vigilada y de medidas alternativas a la prisión provisional puedan entrar en conflicto con la Directiva.

libertad provisional o de libertad vigilada. MARTÍNEZ GARCÍA reflexiona en torno al concepto riesgo en este supuesto. Puede darse el caso de que, existiendo una medida de libertad provisional o vigilada, exista la posibilidad de un riesgo real para la víctima, que conlleve la necesidad de privar de libertad al victimario. En este supuesto pierde su sentido mantener la EPO, pues el victimario no va a poder desplazarse por el ELSJ al encontrarse privado de libertad.⁹⁴⁷ Esta información deberá llegar lo más rápido posible al Estado de ejecución.

3. Procedimiento

La EPO debe ser dictada en el marco de un proceso penal por delito, pero nada se dice acerca del tipo de proceso ni de la gravedad del delito, aunque esta medida deberá cumplir con el principio de proporcionalidad. Tampoco se exige que sea en fase de instrucción o por sentencia firme. Es más, la propia DEPO admite la posibilidad de que pueda ser dictada en un proceso civil o administrativo debido a las diversas autoridades con competencia para adoptar y ejecutar medidas de protección que encontramos en los distintos EEMM. Por lo que a nuestro país respecta, la EPO va a poder emitirse en el seno de Diligencias Urgentes para el Enjuiciamiento Rápido, Diligencias Previas, Procedimiento Sumario Ordinario, Delito Leve y Delito Inmediato. Sin embargo, nos indica PERALTA GUTIÉRREZ, la situación de víctima y causante del peligro hará que su adopción más sencilla y usual sea la que se lleva a cabo mediante las Diligencias Urgentes para el Enjuiciamiento Rápido. La

⁹⁴⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 49.

situación se complicaría mucho más con el Procedimiento Ordinario donde la salida de los extranjeros de España produciría que para la práctica de diligencias hubiera que recurrir a la Orden Europea de Investigación ⁹⁴⁸ en caso de no haber recurrido a la prueba anticipada de aquellas diligencias que, previsiblemente, no iban a poder celebrarse en juicio. Además, para el juicio sería necesario recurrir al auxilio judicial internacional, así como acordar su celebración por videoconferencia. ⁹⁴⁹

Pasamos a estudiar los aspectos que consideramos más importantes en el procedimiento de adopción de una EPO.

3.1. Sujetos legitimados

Por lo que respecta a los sujetos legitimados ⁹⁵⁰ para solicitar una EPO, la Directiva exige la concurrencia de tres requisitos:

⁹⁴⁸ Este punto será tratado con mayor detenimiento en el próximo capítulo.

⁹⁴⁹ PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 61-62.

⁹⁵⁰ Entre otros, OLIVERAS JANÉ, Neus, “La Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección” en FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, Tecnos, España, 2015, pp. 40-44; LÓPEZ GIL, Milagros, “Capítulo VIII. La Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, pp. 224-234; SÁNCHEZ MARTÍN, Paula, “La Orden de Protección Europea”, *op. cit.*, pp. 495-500; CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, “Orden Europea de Protección: Un paso adelante en la protección de las víctimas”, *op. cit.*, pp. 101-105; MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 103-105.

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

En primer lugar, de acuerdo con los artículos 1, 2.3 y 5 de la Directiva, que la persona que solicita la EPO sea una persona física ya protegida por una medida de protección dictada en el Estado de emisión. En segundo lugar, siguiendo el artículo 6.1 de la Directiva, que la persona solicitante de la EPO decida residir o resida ya en otro EM, o decida permanecer o permanezca en otro EM y se estime que existe un peligro para su vida, integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual y/o integridad sexual suficiente para justificar que en el EM al que se ha desplazado o se va a desplazar mantenga la protección de la que goza en el Estado de emisión. En tercer lugar, como taxativamente señala el artículo 6.2 de la Directiva, solamente está legitimada para solicitar una EPO la persona protegida, con la excepción prevista en el artículo 6.6 de la Directiva para aquellos casos en que tenga un tutor o un representante siendo que éste ostentará la legitimación para presentar la solicitud en nombre y representación de la víctima. Este apartado hace un guiño al considerando (16) de la Directiva que se refiere a las personas especialmente vulnerables, esto es, menores no emancipados o personas con discapacidad.

Se excluye la posibilidad de que la EPO pueda ser acordada de oficio por la autoridad competente del Estado emisor previéndose únicamente que dicha autoridad que adoptó la previa medida de protección en el derecho interno informe a la persona protegida de la posibilidad de solicitar una EPO. De acuerdo con el artículo 6.5 de la Directiva, también deberá aconsejarle su solicitud antes de salir del territorio del Estado de emisión. Dejar que la víctima sea la única persona que pueda instar la solicitud de

una EPO es un hecho que parte de la doctrina considera criticable.⁹⁵¹ Si acudimos a la legislación nacional, el artículo 133 LRMRP cita los requisitos necesarios para la emisión de una EPO. Será la víctima la que deberá pedir la adopción de ésta, dejando fuera la posibilidad de que sea el MF el que la solicite, posibilidad que se admite en la Ley 27/2003.

3.2. *Solicitud*

La solicitud de una EPO suele conllevar la presencia de un “elemento extranjero fugaz” siendo que su disponibilidad en el proceso puede ser por un breve espacio de tiempo. La víctima, otros perjudicados, el presunto autor e incluso los testigos pueden ser extranjeros de países europeos que no residan en España y que, o bien estén de visita cuando los hechos ocurren, o tengan intención de volver a su país de origen. La tramitación de una EPO no supone una gran complejidad técnica. Por norma general será suficiente con rellenar su formulario y remitirlo a la autoridad extranjera de ejecución. Sin embargo, compartimos con PERALTA GUTIÉRREZ, el elemento extranjero (todavía) produce temor y rechazo en nuestra judicatura “por desconocimiento y falta de formación en materia de cooperación judicial”. A esto hay que sumar, aunque cada vez en menor medida, la falta de conocimiento de idiomas extranjeros en España y los complejos que con ello arrastramos. Pero estos temores no debieran ser

⁹⁵¹ Entre ellos, LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “La Orden de Protección y las reformas penales en España en relación con la misma”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) y VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La nueva Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131-158; CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 221-260.

óbice para la emisión de una EPO porque “otros colegas europeos no tienen más formación o experiencia en estas materias ni todos los países son plurilingües”. Es más, quizá por ser un país con un gran turismo los jueces españoles tienen, en general, una mejor predisposición a la cooperación judicial europea.⁹⁵²

Vamos a tratar el procedimiento de solicitud en dos pasos porque la solicitud de una EPO conllevará la previa solicitud de una OPN.

3.2.1. La concesión de una medida de protección nacional

Si acudimos a la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, el Motivo Segundo indica que la OP “*pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil (...) con el fin de hacer efectivas las medidas incorporadas a la orden de protección, se ha diseñado un procedimiento especialmente sencillo, accesible a todas las víctimas de violencia doméstica, de modo que tanto éstas como sus representantes legales o las personas de su entorno familiar más inmediato puedan solicitarla sin*

⁹⁵² PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, pp. 62-63.

formalismos técnicos o costes añadidos”. Continúa el motivo haciendo referencia a la posibilidad de hacer uso del procedimiento de enjuiciamiento rápido instaurado por la Ley 28/2002, de 24 de octubre, siendo que “*la presente regulación se decanta por atribuir la competencia para adoptar la orden de protección en funciones de guardia*”.

En coherencia con el espíritu de la Ley, el procedimiento para la adopción de la OPN será rápido y sencillo. El competente para su resolución será el juez que en el momento de su solicitud esté conociendo, siendo que, por norma general, será el juez de guardia ante el que se haya presentado, independientemente de que sea o no el competente para la instrucción. Cuando el juez de guardia recibe la OP ha de convocar una comparecencia urgente, para la que dispone del plazo máximo de 72 horas. A dicha comparecencia citará al MF, al solicitante de la orden, a la víctima si fuera persona distinta del que la solicita y al agresor con su letrado.⁹⁵³ El juez de guardia dispondrá de una suerte de competencia a prevención mediante la que podrá dictar una OP sin necesidad de esperar a que se reparta al juez de instrucción que por turno de reparto corresponda.⁹⁵⁴ Mediante esta medida se busca tener protegida a la víctima desde el primer momento y, más tarde,

⁹⁵³ DE LA PRIETA GOBANTES, Ignacio, “Ponencia: La Orden de Protección”, *op. cit.*, p. 3; SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Las reformas del proceso Penal de 2002 y 2003. Juicios Rápidos. Prisión provisional y Orden de Protección. El juicio de faltas*, Thomson Civitas, 2004, pp. 218-219.

⁹⁵⁴ A favor de la Orden de Protección como instrumento que evite el “peregrinaje” de la víctima por los juzgados: MAGRO SERVET, Vicente, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 3, 2003.

cuando el juez de instrucción conozca podrá atemperar la OP previamente dictada.⁹⁵⁵

Cabe la celebración simultánea con la comparecencia de prisión provisional o, si las razones de economía procesal no son atendibles, su celebración por separado. Citadas las partes, la incomparecencia justificada determinará la suspensión de la audiencia. La presencia del agresor,⁹⁵⁶ debidamente citado, no es presupuesto ineludible siendo que el juez podrá emitir la OP. Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de la adopción de la OP.⁹⁵⁷

De acuerdo con el espíritu de la Ley, la OP puede solicitarse directamente ante la Autoridad Judicial o el MF, o ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Atención a la Víctima, los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones Públicas o en los Servicios de Orientación Jurídica. Sin embargo, el Protocolo para la Implantación de la Orden⁹⁵⁸ indica que en aquellos

⁹⁵⁵ La Orden de Protección, al igual que el resto de medidas cautelares, se sustenta sobre el principio de provisionalidad, con lo que podrá ser modificada a lo largo del procedimiento en atención a las circunstancias concretas del caso y a la valoración del riesgo objetivo de la víctima.

⁹⁵⁶ Si acudimos al derecho comparado, comprobamos que no es necesaria la presencia del agresor en el caso de órdenes de protección como medida temporal en el derecho estadounidense. SALAS, Luis; CAZARO JOHANNIG, Ana Teresa, “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU”, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁵⁷ SERRANO HOYO, Gregorio, “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *op. cit.*, pp. 85-86.

⁹⁵⁸ Protocolo para la implantación de la Orden de Protección disponible en: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/profesionalesInvestigacion/seguridad/protocolos/pdf/Protocolo_implantacion_orden_proteccion.pdf pp. 11 y ss (última consulta 02-07-2019).

supuestos en que la solicitud se comunique al juzgado a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sería conveniente que ésta fuera acompañada por atestado policial. Este atestado garantizaría la agilidad en la tramitación y ofrecería al juez de guardia mayores elementos para fundamentar la adopción de la OP. Además, es un medio para conciliar la petición de la OP con la tramitación de los “juicios rápidos” que necesariamente deben ser iniciados mediante atestado policial (ex artículo 795 LECrim).⁹⁵⁹

Para el caso de que la OP se presente en lugar distinto al juzgado competente, será la administración que la recibe la que, de acuerdo con el artículo 544.3 LECrim, remita inmediatamente la solicitud al juez competente. Así, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2003,⁹⁶⁰ tal elenco de posibilidades para la solicitud de la OP son solo medios de canalización que, en principio, resultan indiferentes, pues acabará siendo el juez competente el que decida si la concede o no. La LECrim nos indica que solo será posible tramitar un juicio rápido cuando la OP se haya solicitado en sede policial permitiendo así que ésta venga acompañada de un atestado, siendo éste el requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido.

⁹⁵⁹ GARCÍA MORETÓ, Estanislao, “Control ejecutivo de penas y medidas cautelares”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, 2012, pp. 315-322; DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁶⁰ Circular F.G.E. 3/2003.

La ausencia del atestado determinaría la incoación de unas diligencias previas para la investigación del hecho.⁹⁶¹ Por tanto, la posibilidad de solicitar la OP ante los Cuerpos de Seguridad del Estado es una vía que el legislador ha querido añadir a las judiciales para que las víctimas encuentren las menores trabas posibles en la búsqueda de una protección efectiva. Además, el atestado constituye una prueba de peso para que el juez dicte una OP simplificando y agilizando sus procesos de concesión, así como la posibilidad de conceder una orden de protección mediante un “juicio rápido”. En el caso de que el denunciado sea extranjero, se deberán comprobar sus antecedentes penales en el país de origen haciendo uso del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS). También es posible hacer la consulta de forma más rápida y directa a través del Servicio de Gestión Procesal del Sistema de Registros Administrativos de la Administración de Justicia (SIRAJ) en el Registro Central de Penados. Desde allí se podrá realizar una Petición internacional de Antecedentes.⁹⁶²

3.2.2. La petición de una medida de protección transnacional subordinada a la medida de protección nacional

El procedimiento para la adopción de una EPO tiene un marcado carácter rogado. La EPO solo se dictará a instancia de la víctima,⁹⁶³ no cabe

⁹⁶¹ SERRANO HOYO, Gregorio, “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *op. cit.*, p. 78.

⁹⁶² PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, p. 63.

⁹⁶³ ARANGÜENA FANEGO indica que el texto normativo es tajante con respecto al carácter rogado para la emisión de una EPO. ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo

ni de oficio ni a instancia del MF.⁹⁶⁴ Además, la emisión de una EPO no es automática, supone una decisión expresa para la que el Juez deberá valorar el período de permanencia de la persona protegida en el país de destino y la necesidad de protección. Dependerá de cada caso particular si se considera procedente o no y deberá motivarse en un auto.⁹⁶⁵ La solicitud de la EPO puede ser presentada ante la autoridad competente del Estado de emisión o ante la autoridad competente del Estado de ejecución.⁹⁶⁶ En caso de ser presentada ante la autoridad del Estado de ejecución, dado que éste carece de competencia para decidir sobre la admisión o no de la solicitud, deberá transmitirla a la autoridad competente del Estado de emisión.⁹⁶⁷ Y es que,

de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 513.

⁹⁶⁴ Según la guía del CGPJ, su acceso al público es parcial.

⁹⁶⁵ HERNÁNDEZ RUEDA, M. Dolores, “Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 33.

⁹⁶⁶ Dividiremos los Estados en tres grupos: emisión, ejecución y supervisión. El Estado de emisión es aquel que adopta una medida de protección que constituye la base para la emisión de una EPO, al ser ésta una medida basada en la dependencia y subsidiariedad de aquellas medidas de protección previamente adoptadas en el Estado de emisión. El Estado de ejecución es aquel que recibe la EPO para su reconocimiento. El Estado de supervisión es el EM al que se le ha transmitido una sentencia de acuerdo con la DM 2008/947/JAI o una medida de vigilancia de acuerdo con la DM 2009/829/JAI.

⁹⁶⁷ A este respecto, nos indica GARCÍA RODRÍGUEZ que la Directiva contiene diversas disposiciones dirigidas a reconocer la competencia exclusiva de la autoridad competente del Estado de emisión para adoptar las resoluciones que afecten a la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de las medidas de protección y, consecuentemente, la EPO que fue adoptada en base a ésta. En el mismo sentido, tendrá competencia para poder imponer una medida privativa de libertad como consecuencia de la revocación de una medida de protección, siempre que dicha medida se hubiera aplicado con motivo de una sentencia de acuerdo con la definición del artículo 2 de la DM 2008/947/JAI o de una

de acuerdo con los artículos 6.3 y 13 DEPO, es la autoridad competente del Estado de emisión la que ostenta la competencia exclusiva para decidir sobre la admisibilidad o no de la adopción de una EPO. Es este el motivo por el que se aconseja pedir la adopción de la EPO en el Estado de emisión, para evitar el paso relativo al envío de la solicitud desde el Estado de ejecución al Estado de emisión, y agilizar los trámites para su concesión o denegación. El artículo 134 LRMRP nos indica que es la propia autoridad española que adopta una medida de protección la que debe informar a la persona protegida o a su representante legal de la posibilidad de solicitar la EPO en el caso de trasladarse a otro Estado de la Unión. Tras este deber judicial, será la persona protegida la que tiene el derecho a decidir si quiere o no presentar la solicitud ya sea en el Estado de emisión o en el Estado de ejecución.

3.2.3. El contenido de la resolución judicial española

Una vez verificados los presupuestos, requisitos, la existencia de un riesgo y la proporcionalidad de la medida de la EPO debe dictarse una resolución judicial que contenga dicha orden. La EPO puede dictarse en la misma resolución que la OPN o en otra diferente. La legislación tampoco indica la forma o tipo de resolución judicial que debe contenerla, siendo que podrá dictarse en auto o en un fundamento de derecho de una sentencia significándolo en la parte dispositiva. Si se dicta en Diligencias Previas, lo más normal será dictar un auto de EPO en el mismo auto que dicta la OP

resolución sobre medidas de vigilancia de acuerdo con el artículo 4 de la DM 2009/829/JAI. GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 12-13.

como Razonamiento Jurídico Separado o en un auto aparte. En el caso de las Diligencias Urgentes puede dictarse en la sentencia de conformidad en Fundamento de Derecho separado o en un auto separado. Por lo que respecta al contenido del auto que contenga la EPO, no difiere del que se dictaría para una medida de protección nacional. Éste contendrá el Encabezamiento, los Hechos con los indicios de criminalidad, los Razonamientos Jurídicos con los presupuestos que dan lugar a la adopción de una OP y, subsidiariamente, una EPO, la calificación jurídica, la ponderación de la proporcionalidad de la medida, la situación objetiva de riesgo. Además, en el caso de la EPO no caben pronunciamientos de carácter civil.⁹⁶⁸

3.3. Reconocimiento

Vamos a dividir este apartado dependiendo de si es un EM extranjero el que debe reconocer la EPO que previamente ha dictado el Estado español o si son nuestros tribunales los que deben reconocer la EPO.

3.3.1. En país extranjero

Tras el envío de la EPO, la autoridad española debe esperar el acuse de recibo y la entrada en vigor de la medida de protección. Es posible que, para que la medida sea compatible con su derecho interno, el Estado receptor notifique períodos máximos de duración o una modificación de las medidas a adoptar. Del mismo modo, si la información remitida fuera incompleta, debe comunicarlo sin dilación y fijar un plazo razonable para

⁹⁶⁸ PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, p. 69.

complementarlo. Reconocida la EPO debe comunicar la ejecución de la medida.⁹⁶⁹

3.3.2. En España

Los órganos competentes para reconocer serán los JVSM⁹⁷⁰ o de instrucción del domicilio de la víctima.⁹⁷¹ La prioridad de reconocimiento se encuentra regulada en el artículo 15 DEPO, “*una orden europea de protección se reconocerá con la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar*”. Debido a que la prioridad es la misma que se da en un caso nacional similar,⁹⁷² VAN DER AA y OUWERKERT se cuestionan por qué una víctima puede preferir acudir a todos los requisitos pedidos por

⁹⁶⁹ Ibidem, p. 73.

⁹⁷⁰ Se apuntó la posible inconstitucionalidad de la creación de estos juzgados por parte de operadores jurídicos. A este respecto, GONZÁLEZ CANO refiere brillantemente que “la tutela judicial de la víctima de violencia de género, como la de cualquier ciudadano en el marco de sus derechos subjetivos e intereses legítimos, ya está consagrada, con carácter de derecho fundamental, en el art. 24.1 de la CE (...) la creación de un nuevo tipo de juzgado no es dar tutela judicial, sino dar vida jurídica a un nuevo órgano en el organigrama de la LOPJ (art. 26 LOPJ), por razones orgánicas y procesales”. GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Algunas consideraciones sobre los juzgados de violencia sobre la mujer”, *op. cit.*, p. 230.

⁹⁷¹ A propósito de la creación de tribunales penales especializados, éstos también existen en EEUU. Para su creación, se basaron en la misma filosofía del enfoque integral al problema de la violencia doméstica de la LOVG. El primer juzgado especializado en entrar en funcionamiento fue en 1996 en Nueva York. SALAS, Luis; CAZARO JOHANNIG, Ana Teresa, “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU”, *op. cit.*, p. 37.

⁹⁷² La implementación que se ha realizado por la ley búlgara supone una excepción al criterio general porque indica que debe reconocer en tres días la EPO. SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 41.

la Directiva reguladora de la EPO cuando podría pedir una OPN con el mismo tiempo.⁹⁷³

Recibida una EPO, la autoridad judicial debe dar acuse de recibo y audiencia al Ministerio Fiscal por plazo de tres días. Tras ello deberá reconocerla sin dilación y adoptar una resolución en la que se imponga cualquiera de las medidas previstas de acuerdo con el derecho español para un caso análogo. En el auto en que se acuerde el reconocimiento de la EPO se darán las instrucciones oportunas a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que deberán velar por el cumplimiento de las medidas impuestas, así como para su inscripción en los registros que corresponda. De igual manera, si la autoridad española considera que la información es incompleta debe transmitirlo a la autoridad de emisión con la mayor celeridad posible y, tan pronto se reconozca la EPO deberá informar a la autoridad de emisión.⁹⁷⁴

3.4. Derecho de audiencia al causante del peligro

El considerando (17), de conformidad con el artículo 6 CEDH y el artículo 47 CDFUE, reconoce al causante del peligro el derecho a ser escuchado. Antes de acordar la EPO se dará audiencia a la persona causante del peligro y se ofrecerá la posibilidad de impugnar la medida de protección si no hubiera tenido la posibilidad de ser escuchado en el curso del

⁹⁷³ VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, p. 286.

⁹⁷⁴ PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, p. 73.

procedimiento que dio lugar a la adopción de la medida de protección que concluyó con la adopción de la EPO, ex artículo 6.4 DEPO.

El apartado cuarto de dicho artículo parece adolecer de una confusa redacción, pues excluiría el trámite de audiencia a la parte responsable de la situación del riesgo cuando aquél, o la posibilidad de impugnación de la emisión de la EPO, hubiesen estado garantizados en el trámite de obtención de la medida de protección nacional. La norma da a entender de forma tajante que dichos derechos de audiencia y reaccionales no son precisos en sede de decisión acerca de la procedencia de la emisión de una EPO. La norma, sin embargo, tiene su razón de ser en preceptos posteriores, en concreto los artículos 9.3 ⁹⁷⁵ y 10.2.c) ⁹⁷⁶ en los que deja bien claro que solamente se hace partícipe de la decisión del órgano de ejecución al causante del peligro cuando éste haya acordado alguna medida de protección de entre las dispuestas por el órgano de emisión. Aquí el legislador comunitario parece tratar de proteger la posición de la víctima, relegando al causante del peligro a un segundo plano, de suerte que no se le da conocimiento de la existencia del procedimiento de una EPO si no es cuando ésta es aceptada -en todo o en parte- por el órgano de ejecución.

Esto no es más que una cautela del legislador comunitario, que pretende dar una suerte de ventaja a la víctima, tal y como demuestra el

⁹⁷⁵ Solamente se informará a la persona causante del peligro de la existencia de una EPO cuando ésta ya se haya adoptado, indicándole cuales son las medidas adoptadas y las consecuencias jurídicas de su quebrantamiento con arreglo a lo dispuesto en su derecho nacional.

⁹⁷⁶ De acuerdo con este artículo, en el caso de denegación de la EPO solamente se informará al Estado de emisión y a la persona protegida. Además, se informará a la persona protegida de las posibles vías de recurso en contra de la denegación de la EPO.

hecho de que en el último inciso del artículo 9.3 DEPO se establezca la restricción en el acceso al causante del peligro a información referente a la dirección u otros datos de contacto de la persona protegida si no es necesario. En palabras de RODRÍGUEZ LAINZ, “es la propia legislación comunitaria la que confiere una cierta ventaja a la víctima, sin restringir desde luego el acceso a los recursos conforme a la legislación del Estado de ejecución a favor del sujeto responsable, cuando la orden es aceptada en todo o en parte”.⁹⁷⁷

En el ordenamiento español, el artículo 22.3 LRMRP prevé la audiencia previa en todo caso del causante del peligro. Esto, además de ir más allá de las exigencias arriba explicadas en la DEPO puede producir efectos indeseables. Entre ellos, suele entenderse que, si no se puede localizar a la persona causante del peligro, no podrá dictarse una EPO, incluso cuando a éste ya se le hubiese oído en el procedimiento previo de adopción de la medida de protección, y esto supone dejar sin protección a la víctima, aplicando la exigencia de la audiencia de una manera más rigurosa que la establecida en la propia Directiva. En este sentido, nos indica HERNÁNDEZ RUEDA, conviene llevar a cabo una “ponderación entre el riesgo inherente al caso y el posible incremento del riesgo derivado de la exposición de la víctima por adoptar la medida”. En cualquier caso, debe informarse al causante del riesgo tanto del contenido de las medidas

⁹⁷⁷ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 6.

adoptadas como de las consecuencias por el incumplimiento de las medidas de acuerdo a lo dispuesto en el derecho español.⁹⁷⁸

Como hemos indicado previamente, en el régimen de la Directiva - salvo en el supuesto de falta de audiencia en el procedimiento previo de adopción de la medida de protección- la EPO y las medidas acordadas en ejecución se notifican a la persona causante del peligro sin darle a conocer ni la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, a menos que esto resulte necesario para la ejecución de la medida acordada (artículo 9.3 DEPO). La LRMRP contiene la misma previsión cuando regula la ejecución de una EPO (artículo 138.3 LRMRP).

Al establecer la audiencia previa en todo caso, incluso antes de emitir la EPO, la LRMRP también dispone del mismo régimen de no comunicación de la dirección ni de otros datos de contacto de la víctima durante dicho trámite, salvo que sea necesario (artículo 134.3 LRMRP). Parece que el legislador español no tiene en cuenta la posibilidad que existe de que la EPO no se reconozca en el Estado de ejecución o de que, reconociéndose, el derecho de este Estado no recoja medidas aplicables para casos análogos (artículo 11.3 DEPO). En estos supuestos, el peligro genérico sobre la víctima puede haberse convertido en un peligro real si la persona causante del peligro ya conoce la intención de la víctima de trasladarse a otro EM.⁹⁷⁹

⁹⁷⁸ HERNÁNDEZ RUEDA, M. Dolores, “Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea”, *op. cit.*, p. 35.

⁹⁷⁹ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 21.

Ejemplo 3. Víctima que decide trasladarse a un tercer EM



A Belgian girl residing in France, with protection measures adopted in this State, decides to start a new life in Greece and moves there definitively.

- In case that the victim wants to flee and the perpetrator could not know it in any way, the request of an EPO could be evidence of her escape.
- In order to guarantee the best possible and enduring protection for the victim, the victim could request both: the issuing of an EPO in France and the adoption of protection measures in Greece, once she arrives there.
- If children are involved, the victim should request an EPO for them as well.

Fuente: EPOGENDER II (2017)

Con respecto al derecho de audiencia, resulta necesario hacer una breve referencia al “caso Melloni”⁹⁸⁰ El “caso Melloni” trae origen en un recurso de amparo, por vulneración del proceso con todas sus garantías del artículo 24 CE presentado en contra del auto de la AN en relación con la ejecución de una OEDE derivada de una condena impuesta a un ciudadano italiano por un delito juzgado por el *Tribunale de Ferrara*. En octubre de 1996, la AN declaró procedente la extradición a Italia del señor Melloni para que fuera juzgado por los hechos referidos en las OEDE emitidas por el *Tribunale di Ferrara*. Tras ser acordada la libertad del señor Melloni bajo fianza de 5.000.000 pesetas, éste se dio a la fuga y no pudo ser entregado a las autoridades italianas.

En 1997 el *Tribunale di Ferrara* declaró el estado de rebeldía del Señor Melloni y acordó que, para lo sucesivo, las notificaciones serían efectuadas a los abogados que éste había designado. En sentencia de este mismo tribunal del año 2000, posteriormente confirmada en apelación y en

⁹⁸⁰ STJUE, Asunto C-399/11, Caso Melloni, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:107).

casación, el señor Melloni fue condenado en rebeldía como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión. Es a raíz de su detención por la policía española que el súbdito italiano se opone a su entrega aduciendo, en primer lugar, que en apelación había designado a otro abogado y revocó el nombramiento de los dos abogados anteriores, pero se siguieron dirigiendo notificaciones a los primeros. En segundo lugar, la ley procesal italiana no permite recurrir las condenas dictadas en rebeldía, siendo que la OEDE debería, en su caso, condicionarse a que Italia le garantizase la posibilidad de interponer recurso contra la sentencia que lo condenó.

En septiembre de 2008, la AN acordó la entrega del señor Melloni a las autoridades italianas porque no consideró acreditado que los abogados que el señor Melloni designó para la primera instancia hubieran dejado de representarle. Además, estimó que el derecho de defensa del señor Melloni se había respetado porque conocía la celebración del juicio y de manera voluntaria se situó en rebeldía y designó abogados para su representación y defensa. Ante esta decisión, el señor Melloni interpuso recurso de amparo ante nuestro TC. El tribunal español pregunta al TJUE si la DM permite que los tribunales españoles subordinen la entrega del señor Melloni a la posibilidad de que, comparecido, se revise su condena, según exige la jurisprudencia del TC. Se iniciaba así una “etapa de interlocución entre

ambas Cortes jurisdiccionales supremas en sus respectivos órdenes normativos”.⁹⁸¹

El TJUE señaló que, en principio, los EEMM están obligados a ejecutar una OEDE. En primer lugar, contrastó la pretensión ejecutiva con el acto comunitario. En segundo lugar, analizó la conformidad del acto con el contenido CDFUE. Y, en tercer lugar, valoró el grado de protección del derecho invocado y la prevalencia de los OJJs en conflicto. El tribunal hizo referencia directa al artículo 4 bis 1 a) y b) para concluir que el derecho de defensa no fue vulnerado puesto que el interesado, aunque no compareció en el juicio, tuvo conocimiento de la celebración y otorgó mandato a un letrado para que lo defendiera que, efectivamente, lo defendió. Aunque el derecho del acusado a comparecer en juicio es un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, no es un derecho absoluto porque el acusado puede, con ciertas garantías, renunciar a éste.

Para este Tribunal la interpretación del artículo 53 CDFUE sugerida por el TC español en su Auto de planteamiento de cuestión prejudicial no resulta aceptable porque supondría cuestionar el principio de primacía del derecho UE al reconocer, en los supuestos en los que el estándar nacional de protección es superior al CDFUE, la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho UE. Esta afirmación resulta contraria respecto de la jurisprudencia consolidada por el propio TJUE, que reitera que invocar normas de derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, para

⁹⁸¹ DONAIRE VILLA, Francisco Javier, “Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de justicia de la UE en el asunto Melloni”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, p. 638.

limitar el alcance de las disposiciones del derecho UE implica lesionar la igualdad y eficacia del propio derecho europeo. El TJUE defiende que la finalidad del artículo 53 CDFUE no supone el establecimiento de un estándar mínimo de protección, sino de la delimitación del ámbito de aplicación, por un lado, de la Carta y, por otro, de las Constituciones. Reitera que en el ámbito de aplicación del Derecho UE el estándar de protección que se debe aplicar es el derivado de la Carta.⁹⁸² Se erigía, por tanto, el artículo 53 CDFUE en excepción o límite de derecho originario a la jurisprudencia TJUE sobre la primacía del derecho comunitario. Es por ello que, quizá en prevención de esta constatación, argumentaba el auto de nuestro TC que lo contrario significaría vaciar el contenido del precepto. Así, nuestro TC sugería que el artículo 53 CDFUE tuviera el valor de cláusula de estándar mínimo, compatible con un superior nivel de derechos en función de las circunstancias y el caso concreto.⁹⁸³

En otras palabras, existía sobre el sector del ordenamiento una aproximación o armonización en la normativa UE. Regulación que, en palabras del tribunal, “*refleja el consenso alcanzado por los EEMM en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión*”, en este caso en relación con una serie de derechos procesales. Esto hacía imposible invocar el artículo 53 CDFUE con el fin de que un Estado imponga a los demás EEMM condiciones para el reconocimiento mutuo de

⁹⁸² GODOY VÁZQUEZ, M. Olaya, “Influencia del diálogo jurisdiccional en los sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales”, *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá IX*, 2016, pp. 37-40.

⁹⁸³ DONAIRE VILLA, Francisco Javier, “Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de justicia de la UE en el asunto Melloni”, *op. cit.*, pp. 644.

resoluciones judiciales o para la cooperación judicial y policial en general que no se encuentren previstas en la norma UE de armonización. Por tanto, tal y como recogió el pleno de nuestro TC ⁹⁸⁴ en la sentencia de amparo relativa al “caso Melloni” el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, el que puede exigirse por los tribunales y autoridades españolas, en el supuesto de que exista norma de armonización en el ámbito UE, es el contenido de dicha regulación.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el derecho de la UE consagraba el criterio del máximo nivel de protección aplicable a los DDHH. En otras palabras, si hubiese que optar entre el grado de protección que un Estado otorga a un derecho de carácter fundamental y el que ofrece otro Estado, el TJUE siempre venía a decantarse por el derecho constitucional con un nivel de protección más elevado.

De este modo, el derecho de la UE evolucionaría cada vez hacia niveles de protección más elevados. Pero esta metodología no está exenta de críticas por quienes indican que no se puede comparar el régimen de un derecho en dos países de manera aislada sin ver el ordenamiento en su conjunto. La posición mantenida por el TJUE en la Sentencia Melloni parece también cuestionar esta teoría del sistema de protección multinivel o, al menos, su aplicación práctica. El TJUE se encuentra ante un supuesto ejercicio del derecho fundamental a la defensa con distintos niveles de protección entre España e Italia. Para justificar su posición el TJUE argumenta que permitir que un EM pueda alegar derechos constitucionales en supuestos donde la regulación ya está armonizada a nivel europeo

⁹⁸⁴ STC núm. 26/1014, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014.

conduciría a poner en cuestión la uniformidad de los DDFD defendidos por la norma europea, atacando frontalmente al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. La clave está, pues, en la previa existencia de armonización en la materia.⁹⁸⁵

Tras esto, la STC 26/2014, ofrece en el FJ 4 la solución jurídica del asunto recurriendo al artículo 10.2 CE para canalizar el acatamiento del derecho UE. Así, concluye que no entiende vulnerado el derecho cuando la falta de presencia en el proceso penal seguido ha sido decidida de forma inequívoca y voluntaria por el acusado, debidamente emplazado y que designó defensa letrada.⁹⁸⁶

3.5. Recursos

La posibilidad de recurso es más amplia en el ordenamiento español que en la DEPO, que solo se refiere a ella con respecto a la denegación de la EPO. En nuestro ordenamiento todas las partes podrán recurrir la decisión sobre la emisión o denegación de la EPO y, dado que la resolución que imponga las medidas de protección ya habrá podido ser objeto de impugnación por medio de los recursos precedentes contra la misma, el recurso contra la expedición o denegación de la EPO solo puede fundarse en la concurrencia, o no, de los requisitos para su emisión.⁹⁸⁷

⁹⁸⁵ GODOY VÁZQUEZ, M. Olaya, “Influencia del diálogo jurisdiccional en los sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁹⁸⁶ MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, pp. 607.

⁹⁸⁷ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *op. cit.*, p. 22.

3.5.1. Régimen

El régimen de recursos se contempla en el artículo 24 LRMRP y será idéntico tanto si la resolución judicial reconoce la EPO como si la deniega. Frente a dichas resoluciones cabe interponer “*los recursos que procedan conforme a las reglas generales previstas en la LECrim*”. Dado que la resolución de reconocimiento debe tener forma de auto, cabrá interponer recurso de reforma -potestativo- y de apelación, que podrá formularse bien subsidiariamente al de reforma o por separado y de acuerdo con las disposiciones de la LECrim, cuyo carácter supletorio explica que en la LRMRP no se regule en particular quiénes están legitimados para la interposición de dichos recursos. Estos recursos podrán formularlos tanto el MF como el sujeto pasivo del proceso penal del que trae causa la resolución, así como cualquier titular de derechos e intereses legítimos que pudieran verse afectados. La obligación de comunicar a la autoridad judicial del Estado de emisión de la interposición de recursos, así como su resultado se encuentra en el artículo 24.2 LRMRP.⁹⁸⁸

3.5.2. Efectos

En la redacción inicial del artículo 24.1 de la LRMRP se indicaba que la interposición de los recursos seguirá las mismas reglas que los recursos con respecto a una OPN: solo podrá suspender la ejecución en el caso de que dicha ejecución pudiera crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación, previéndose la adopción de otras medidas cautelares que permitan asegurar la eficacia de dicha

⁹⁸⁸ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 8-9.

resolución. ⁹⁸⁹ Sin embargo, “*podiera crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación*” ha sido suprimido en virtud de la reforma de la Ley 3/2018. ⁹⁹⁰ Nos mostramos contrarias a esta reforma pues se aleja todavía más del espíritu con el que nació la EPO -un reconocimiento mutuo y automático- y de lo dispuesto en el REPM, que estudiaremos más adelante. MARTÍNEZ GARCÍA nos indica que “todo hace pensar que la interposición de este recurso no suspende su aplicación y envío de la OEP, pues tal y como reza en párrafo segundo de ese artículo” será la estimación del recurso la que comunicará la autoridad española de manera inmediata. ⁹⁹¹

3.6. Forma y contenido

Por lo que respecta a la forma y contenido, el Anexo I de la Directiva contiene un modelo que debe ser utilizado por todos los EEMM que traducido a las lenguas oficiales ⁹⁹² facilitará su transmisión, comprensión y efectividad. Este Anexo se limita a reproducir el contenido exigido por el artículo 7 DEPO.

⁹⁸⁹ CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 245.

⁹⁹⁰ CUETO MORENO, Cristina; GÓMEZ VILLORA, José María, *Curso virtual de formación sobre violencia de género. 1ed. Tema 6. La Orden de Protección Europea*. Conceptos básicos, emisión y ejecución. CGPJ, *op. cit.*

⁹⁹¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op.cit.*, p. 130.

⁹⁹² En España existe un Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa, relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 que permite la transmisión de las EPOs sin traducir al idioma oficial.

Acordada la EPO, la autoridad competente del Estado de emisión la transmitirá a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones que permitan determinar la autenticidad de la orden (artículo 8.1 DEPO). Recibida la EPO, el Estado de ejecución puede reconocerla o no. El reconocimiento supone que el Estado de ejecución acepta la existencia y validez de la medida de protección previamente adoptada por otro Estado y conviene que se mantenga esa protección de conformidad con su derecho nacional de acuerdo con lo indicado en el considerando (18) DEPO.⁹⁹³

Tras el reconocimiento, la autoridad competente del Estado de ejecución deberá informar a víctima y victimario de las medidas que ha adoptado para cumplir con lo dispuesto en la EPO y de las posibles consecuencias jurídicas de su incumplimiento. El contenido de la EPO queda especificado en el artículo 135 de la ley, el cual remite a los efectos de documentación al Anexo VIII. Y, de la lectura de este anexo, indicamos que coincide con el del artículo 7 DEPO.

⁹⁹³ Considerando (18): “*A fin de impedir que se cometa en el Estado de ejecución un delito contra la víctima, dicho Estado debe disponer de instrumentos legales para el reconocimiento de la resolución adoptada anteriormente en el Estado de emisión a favor de la víctima, evitando al mismo tiempo que tenga que incoar nuevos procedimientos o volver a presentar las pruebas en el Estado de ejecución, como si el Estado de emisión no hubiese adoptado la resolución. El reconocimiento de la orden europea de protección por el Estado de ejecución supone, entre otras cosas, que la autoridad competente de dicho Estado, a reserva de las limitaciones previstas en la presente Directiva, acepta la existencia y la validez de la medida de protección adoptada en el Estado de emisión, reconoce los hechos expuestos en la orden europea de protección y conviene en que debe facilitarse y mantenerse esa protección de conformidad con su Derecho nacional*”.

Encontramos una visión práctica en la ponencia de PERALTA GUTIÉRREZ.⁹⁹⁴ El magistrado refiere que sería más recomendable rellenar dos anexos, uno en español y otro en el idioma del país de destino. El anexo se rellena a través de la página web del Atlas Judicial Europeo. Debe estar preparado previamente porque si tarda mucho en rellenarse, la página se recarga automáticamente y se perderían los datos introducidos. El resumen de los hechos debe contener una redacción clara y precisa. Deben evitarse tecnicismos innecesarios, palabras de uso poco frecuente o que puedan ser de difícil traducción. Por último, debe sellarse y firmarse manualmente porque es posible que en el país de destino no pueda leerse la firma electrónica. Por lo que respecta a la redacción de los hechos, y para las víctimas objeto de nuestro estudio, nosotras consideramos que debiera obviarse el hecho de ser un delito de violencia de género. Mientras los delitos por violencia de género no están tipificados en todos los países, ni del mismo modo, si que existe consenso sobre que las agresiones (físicas y/o psicológicas) son delitos. Por tanto, indicando la existencia de agresiones pero no tipificando el hecho aseguramos una mejor implementación de la medida en el país de origen.

3.7. Derecho aplicable

El artículo 11 DEPO⁹⁹⁵ refiere el derecho aplicable y la competencia del Estado de ejecución. Se aplica el derecho del Estado de

⁹⁹⁴ PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁹⁵ “La ejecución de la orden se efectuará de conformidad con el derecho nacional del Estado de ejecución y en caso de incumplimiento éste podrá imponer sanciones, así como adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento a la espera, en su caso, del posterior pronunciamiento del Estado emisor”.

ejecución para la adopción y ejecución de la resolución por la que se adopta la EPO, también para los recursos contra las resoluciones adoptadas en dicho Estado. Podríamos indicar que la EPO contiene el derecho penal sustantivo –aquellas medidas de protección que deben aplicarse en el caso concreto- pero que el derecho procesal –penal, civil o administrativo- será el del Estado que deberá ejecutar dicha medida. El hecho de indicar en este artículo que el derecho procesal aplicable será el del Estado de ejecución tiene todo su sentido, pues en caso contrario se estaría atentando contra la igualdad procesal de las víctimas con medidas nacionales y las víctimas con medidas supra nacionales como lo son la EPO o el EPM.

El legislador europeo fue consciente de la enorme disparidad de OOJJ, así como de lo difícil que suponía dar una definición de qué es una EPO. Es por esto que decide hacer uso del derecho procesal para acercar los distintos derechos sustantivos. Crea una directiva de mínimos,⁹⁹⁶ indicando tres medidas⁹⁹⁷ que deberán reconocerse en el resto de Estados,

⁹⁹⁶ “El legislador comunitario hace abstracción del origen de la OP para crear así una EPO de mínimos, preocupándose tan solo de que ésta sirva para establecer un círculo de seguridad para la víctima”. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁹⁷ El contenido de la OPN del proceso penal español es más completo que el de la EPO porque comprende medidas de orden asistencial (surtirá los efectos de las medidas asistenciales y de protección social del artículo 544 ter LECrim), civil (con carácter temporal cabe realizar modificaciones en la guarda y custodia de los hijos, del régimen de visitas o del uso de la vivienda familiar entre otros, todo ello sin perjuicio de la patria potestad), y en el orden penal (prohibición de acercamiento y comunicación de cualquier forma, siendo que su incumplimiento daría lugar a la comisión de un delito de quebrantamiento donde puede acordarse aumento de medidas penales o prisión provisional). BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, *Diario La Ley*, núm. 8022, 2013, p. 5

independientemente de su naturaleza. Para dicho reconocimiento cada EM hará uso de su derecho procesal. Es así como, poco a poco, irán acercándose las distintas legislaciones.

3.8. Gastos

El espíritu de las normas de reconocimiento mutuo es, en general, que cada EM soporte los gastos que se produzcan en su país para la ejecución del instrumento. En este sentido, la mayoría de títulos de la LRMRP contienen disposiciones específicas sobre qué gastos y qué país se hace cargo de ellos.

El artículo 14 LRMRP indica que el Estado español, cuando sea emisor, correrá con los gastos ocasionados por la ejecución de una orden o resolución de reconocimiento mutuo con excepción de los ocasionados en el Estado de ejecución. En el mismo sentido, el artículo 25 LRMRP establece que los gastos ocasionados en la ejecución de una resolución remitida a nuestro país serán cargo del Estado español.⁹⁹⁸ Es este el espíritu tanto de la DEPO como de la LRMRP.

⁹⁹⁸ MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, “Parte General de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Morán%20Mart%C3%ADnez,%20Rosa%20Ana.pdf?idFile=70b25f31-39bd-4cda-a640-063d56596ced, 2015, p. 40 (última consulta: 02-07-2019).

Respecto a los gastos que origine el reconocimiento y la ejecución de la EPO, el artículo 18 de la Directiva indica que “*Los gastos* ⁹⁹⁹ *que resulten de la aplicación de la presente Directiva correrán a cargo del Estado de ejecución, de conformidad con su Derecho nacional, con excepción de los ocasionados exclusivamente en el territorio del Estado de emisión*”. Es este un artículo no exento de críticas pues se está pidiendo a un EM que no ha impuesto una medida de protección que corra con los gastos necesarios para la efectividad de ésta. Y esto sumado al actual clima político y a la crisis financiera existente puede convertirse en un obstáculo para la efectiva protección de las víctimas que hagan uso del instrumento de la EPO. En este mismo sentido, Reino Unido cuestionó durante las negociaciones de la EPO los efectos que tendría asumir dichos gastos en su sistema penal. Temían, entre otros, los costes adicionales y mayor presión que podrían tener que asumir en un sistema penitenciario ya de por sí sobreexplotado. ¹⁰⁰⁰ En cambio, el *Explanatory memorandum* no contempló este problema pues el coste financiero que podría conllevar acabaría siendo

⁹⁹⁹ Algunos EEMM (Holanda y Reino Unido) cuestionaron los efectos que esto conllevaría en su sistema penal. Reino Unido temía que la EPO fuese a suponer un coste adicional en su sistema penitenciario. VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, p. 271.

¹⁰⁰⁰ En diciembre de 2009 se distribuyó un cuestionario a las delegaciones de los EEMM de la UE para conocer sus impresiones acerca de la futura EPO. Veinte delegaciones contestaron al cuestionario. Aunque la mayoría estaban a favor de la creación de la EPO, diversos países mostraron objeciones. Más información: VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, pp. 270-271.

un ahorro al prevenir la comisión de nuevas agresiones contra la misma víctima, siendo éste el principal objetivo de la DEPO.¹⁰⁰¹

IV. Requisitos e incidencias en ejecución

Una vez concedida la EPO debe asegurarse la efectividad del cumplimiento de sus medidas. Así, el artículo 11.1¹⁰⁰² de la Directiva establece que la supervisión de las medidas contenidas en una EPO corresponde al Estado de ejecución. Y en caso de incumplimiento, el apartado segundo¹⁰⁰³ del artículo nos indica que éste deberá penalizarse, pues la efectividad de la orden depende en buena medida de ello.¹⁰⁰⁴ La sanción dependerá de la gravedad de la infracción y habrá que atender a las

¹⁰⁰¹ Council of the EU, Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council on the European Protection Order, Explanatory memorandum, Brussels, 6 January 2010, p. 21.

¹⁰⁰² *“El Estado de ejecución será competente para la adopción y la ejecución de medidas en ese Estado consiguientes al reconocimiento de una orden europea de protección. Se aplicará el Derecho del Estado de ejecución a la adopción y ejecución de la resolución a que se refiere el artículo 9, apartado 1, con inclusión de las normas relativas a vías de recurso judicial contra las resoluciones adoptadas en el Estado de ejecución en relación con la orden europea de protección”.*

¹⁰⁰³ *“En caso de que se incumpla alguna de las medidas adoptadas por el Estado de ejecución como consecuencia del reconocimiento de una orden europea de protección, la autoridad competente del Estado de ejecución será competente, de acuerdo con el apartado 1, para: a) imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando tal incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución; b) adoptar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento; c) adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión”.*

¹⁰⁰⁴ Si la función preventiva de la orden no ha funcionado y el agresor ha quebrantado la medida de seguridad impuesta por una autoridad competente para ello, la función represiva manda el mensaje a la sociedad de que dicho quebrantamiento no va a quedar impune.

distintas legislaciones nacionales para la concreción del castigo siendo que las más comunes son la pena de prisión o de multa.¹⁰⁰⁵

El considerando (22) nos indica que la autoridad competente del Estado de ejecución debe informar al causante del peligro de que, desde el momento de la emisión de la EPO, hay una serie de derechos y libertades que verá mermados en pos de un interés superior: el derecho de las víctimas a dejar de serlo. Es aquí donde reside la mayor fortaleza y debilidad de la EPO: se indica al causante del peligro que no va a poder acercarse a un determinado lugar para así garantizar un espacio de seguridad de la víctima. Pero para que la víctima realmente esté segura debemos confiar que el causante del peligro, por el miedo al castigo, no se acercará a dicho lugar. Si no teme a las consecuencias jurídicas de sus actos, lo que estaremos haciendo es situarle a *su* víctima en un punto concreto del mapa, con el peligro que eso conlleva. Es por ello que el considerando finaliza indicando que “*deberá tenerse en cuenta el interés de la persona protegida en que no se revele su domicilio ni otros datos de contacto*”.

En el caso de que el Estado de ejecución no cumpla y la persona no haya sido protegida de manera adecuada podría darse una responsabilidad estatal por no cumplir efectivamente con su deber de prevención y/o de sanción. No vamos a extendernos más en este punto porque ya fue tratado en el Bloque I a propósito de las obligaciones estatales positivas.

¹⁰⁰⁵ Para más información sobre la efectividad de las medidas de la EPO una vez haber sido concedida: VAÑÓ, Raquel, “Efectividad de las medidas de protección de las víctimas”, en: FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, 2015, pp. 130-140.

1. Ejecución

La autoridad de ejecución informará al causante del riesgo, a la autoridad de emisión y a la persona protegida sobre las medidas adoptadas, así como sobre las consecuencias de la infracción de éstas, esto es, el significado del quebrantamiento de medida o pena del artículo 468 CP. El quebrantamiento de una EPO en territorio nacional será competencia del tribunal español de acuerdo con el artículo 139 LRMRP. La sentencia o auto en que se acuerde esta medida debe trasladarse a los cuerpos y fuerzas de seguridad, al LAJ para que lo inscriba en el registro de medidas cautelares y de violencia doméstica y, aunque nada dice la ley, también deberá comunicarse a la oficina de ayuda a las víctimas al ser éstas punto de coordinación de órdenes de protección. Contra el auto o la sentencia caben recursos de reforma y de apelación de acuerdo con las reglas generales de recursos de la LECrim. La legitimación, nuevamente de acuerdo con nuestro derecho procesal, la tendrán el MF, así como cualquier parte legítima de derechos e intereses en conflicto.¹⁰⁰⁶

2. Finalización de las medidas

El considerando (23) prevé el supuesto de que la autoridad competente del Estado de emisión retire la EPO. Como toda medida de protección, la EPO nace con carácter provisional y temporal. Es una medida para proteger una situación de riesgo que deberá estar sujeta a cambios que

¹⁰⁰⁶ MARTINEZ GARCÍA, Elena, “La Orden Europea de Protección en el marco de la nueva Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 51.

pueden, incluso, llevarla a su cese si el riesgo desaparece.¹⁰⁰⁷ El procedimiento de finalización de las medidas será el mismo que el de adopción. Así, dentro del OJ español será necesaria una previa audiencia del fiscal cuando se anule o revoque la medida en el Estado que la emitió, cuando la persona ya no resida en España, por el establecimiento posterior de medidas alternativas a la prisión provisional o libertad vigilada, entre otras.¹⁰⁰⁸

Además, la orden podrá ser suspendida, de conformidad con el artículo 23 LRMRP y así deberá ser comunicada, con los motivos y el tiempo de suspensión. Se procederá a su reactivación tan pronto cesen esos motivos. Tanto contra la resolución de finalización de medidas como contra la de suspensión, cabrá la posibilidad de interponer recursos de acuerdo con lo indicado en el artículo 24 LRMRP.¹⁰⁰⁹ Cabe la posibilidad de que el Estado de ejecución considere que sigue existiendo un riesgo para la persona protegida y que quiera mantener su protección. La EPO es subsidiaria¹⁰¹⁰ de una medida de protección nacional, por tanto, si la medida es retirada por el Estado de emisión no cabe mantener una EPO. Lo que si sería posible es que el Estado de ejecución decida adoptar, de manera

¹⁰⁰⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op.cit., p. 140.

¹⁰⁰⁸ HERNÁNDEZ RUEDA, M. Dolores, “Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea”, op. cit., p. 36.

¹⁰⁰⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, op.cit., p. 141.

¹⁰¹⁰ “The European protection order is issued under a protective measure taken earlier, in order to protect a potential victim (...) on the territory of a Member State other than the State where it was ordered the protection measure”. RUSU, Ioana-Minodora, “Issuance and Transmission of the European Protection Order in the European Union. Critical Opinions. De Lege Ferenda Proposals”, *5 Persp. Bus. L.J.* 214, 2016, p. 215.

autónoma y con arreglo a su derecho nacional, cualquier medida de protección dirigida a proteger a la persona de que se trate.

Este considerando parte de la base de que hay distintas sensibilidades con respecto a las víctimas en general y las víctimas de violencia de género en particular. España es el paradigma de la protección de éstas últimas. Podría darse una situación en la que el Estado de origen decida retirar la protección por tener una menor sensibilidad en materia de género, pero que el Estado español considere que si existe un riesgo suficiente para mantener la medida cautelar para la víctima. Este considerando puede ayudar a construir, a modo de lluvia muy fina, una Europa más humana. Si un Estado considera que debe seguir manteniendo la protección de la víctima pese a que el Estado de emisión no la considere ya más necesaria, esto hará que las víctimas del Estado de emisión le pidan a su legislador que aumente la protección y sea más sensible con el riesgo dado que en otros Estados ya lo son. No encontramos esta misma sensibilidad en el REPM.¹⁰¹¹

El considerando (13) DEPO nos indica que las diversas solicitudes deberán ser tratadas con la diligencia apropiada, “*teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso*”, donde deberá incluirse la urgencia en la adopción de la EPO, la fecha en la que la persona protegida va a

¹⁰¹¹ Su considerando (33) solamente indica “*en caso de suspensión o revocación de la medida de protección o de revocación del certificado en el Estado miembro de origen, la autoridad competente del Estado miembro requerido debe suspender o anular, ante la presentación del certificado correspondiente, los efectos del reconocimiento y, cuando sea de aplicación, la ejecución de la medida de protección*”, obviando cualquier referencia al ofrecimiento de una protección nacional en caso de considerar la existencia real de un riesgo para la víctima a la que el estado de emisión decide negar la protección.

trasladarse –lo cual puede ser indicativo de urgencia- así como el riesgo. El concepto riesgo es la clave para otorgar, o no, una EPO. La EPO protege a una persona en atención a la probabilidad de que el victimario pueda realizar un hecho que atente contra su persona.

La EPO, al igual que las distintas órdenes de protección nacionales, es un aviso al victimario, el cual ya ha realizado un acto –delictivo o no- que trae consigo un riesgo para la víctima. La realización de este primer acto no deviene suficiente para que el agresor ingrese en prisión, único modo con el que podría garantizarse la seguridad absoluta de la víctima. Pero, en cambio, existe un riesgo, una probabilidad de que suceda. Nos movemos en un terreno pantanoso pues el factor riesgo es algo que por definición no existe, es la posibilidad de que un hecho futurible suceda, pero, como todo el futuro, deviene impredecible. Las órdenes de protección como medidas cautelares o como penas accesorias se basan en la posibilidad de que un mal mayor pueda sucederle a la víctima y ello deviene suficiente para limitar derechos del agresor a la libre circulación, y a las comunicaciones con la víctima y sus allegados. Como medida cautelar deberá ser, además, instrumental, temporal y proporcional al riesgo existente para la víctima siendo que ésta podrá variar a lo largo del proceso.

3. Quebrantamiento y consecuencias

La vigilancia del cumplimiento de las medidas cautelares ¹⁰¹² no puede ser la única llamada a procurar su cumplimiento. La adopción de

¹⁰¹² Sobre cuestiones de quebrantamiento de medidas de protección a nivel europeo puede leerse: VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección”, en:

medidas cautelares solo es plenamente efectiva cuando a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias.¹⁰¹³ El considerando (26) regula que pasaría en el caso de generarse un incumplimiento de las medidas. El Estado de emisión deberá decidir la reacción oportuna en relación con dicho quebrantamiento, pudiendo llegar incluso a una medida privativa de libertad.¹⁰¹⁴ Además, el Estado de ejecución podrá imponer las sanciones que considere necesarias en atención al incumplimiento de la medida de la EPO.

3.1. ¿Qué sucede cuando en el Estado de ejecución no existen medidas de protección para un caso nacional similar?

El considerando (27) nos indica que, cuando en el Estado de ejecución no existan medidas de protección para un caso similar al que ha dado lugar a la EPO, la autoridad competente únicamente deberá notificar los incumplimientos al Estado de emisión.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 73-82.

¹⁰¹³ En este mismo sentido, “the response of the police and the courts to restraining order violations is crucial to their effectiveness. The police responded to the incident that led the woman to seek a temporary restraining at the time of the incident that led to court, the likelihood of any severe violence during the next year was diminished”. HARREL, Adele; SMITH, Barbara E., “Effects of Restraining Orders on Domestic Violence Victims”, en: BUZAWA, Eve S.; BUZAGA, Carl G. (eds.) *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, Sage, 1996, p. 234.

¹⁰¹⁴ PAJARES MONTOLÍO, Emilio, “Capítulo Cuarto. La libertad personal: la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en: REVENGA SÁNCHEZ, Miguel VIANA GARCÉS, André, *Tendencias jurisprudenciales de la corte interamericana y el tribunal europeo de derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 230-239

Encontramos una muy buena reflexión acerca de si deberían darse una interpretación sustantiva o procesal a los artículos 5 y 11.3 DEPO en los informes POEMS. De acuerdo con el artículo 11.3 DEPO, el Estado de ejecución solo tiene que ofrecer una medida alternativa que esté disponible a nivel nacional en un caso similar. Una pregunta importante es qué quiso decir exactamente el legislador de la UE con esta frase. ¿Se refiere a las tres prohibiciones enumeradas en el artículo 5 DEPO -interpretación sustantiva- o se refiere a los criterios de procedimiento que los EEMM aplican en los casos nacionales -interpretación procesal-? Una interpretación sustantiva permite a los EEMM denegar el reconocimiento si, en virtud de sus leyes nacionales, no es posible imponer (una de) las tres prohibiciones en virtud del artículo 5 DEPO. Sin embargo, una interpretación procesal limita la aplicabilidad de la DEPO mucho más. En esta interpretación, el Estado de ejecución puede negar el reconocimiento si sus propios ciudadanos, en casos nacionales, tampoco pueden solicitar protección en circunstancias similares.

Esto significa, por ejemplo, que los EEMM que han restringido el rango de personas protegidas a una categoría de víctimas estrechamente definida, no están obligados a proporcionar una medida alternativa si la víctima extranjera no se encuentra entre los sujetos que obtendrían protección según las leyes nacionales. En estas circunstancias, el Estado de ejecución solo está obligado a informar al Estado de emisión sobre cualquier quebrantamiento del que tenga conocimiento (artículo 11.3 DEPO). De nuevo, ¿qué interpretación es correcta? ¹⁰¹⁵ La DEPO guarda

¹⁰¹⁵ Traducción libre: “The executing state only has to provide for an alternative measure that is available at national level in a similar case (Art 11 (3) EPO). An important question is what the EU legislator meant exactly by this sentence. Does it refer to the three

silencio, y la LRMRP en sus artículos 138 y 139, relativos al quebrantamiento, tampoco ha dado una respuesta.

3.2. Incumplimiento de orden europea de protección

Con respecto al incumplimiento, VEGAS AGUILAR nos indica que debemos plantearnos cuatro preguntas: ¹⁰¹⁶ 1) ¿En qué EEMM de la UE se encuentra tipificado como delito el quebrantamiento de una pena o medida de seguridad en el marco de una EPO? 2) Si el quebrantamiento no está tipificado como delito, ¿existen medidas que se puedan aplicar al infractor? 3) ¿Afecta la normativa sobre el incumplimiento prevista en la EPO al principio *ne bis in ídem*? y 4) ¿En qué Estado el incumplimiento daría lugar

prohibitions enumerated in article 5 EPO (substantive interpretation) or does it refer to the procedural criteria that Member States apply in national cases (procedural interpretation)? A substantive interpretation allows member states to refuse recognition if, under their national laws, it is not possible to impose (one of) the three prohibitions under article 5. In other words, if (one of) these 3 prohibitions are not available at all in a certain MS, can the recognition of the EPO justifiably be denied. A procedural interpretation, however, limits the applicability of the EPO much more. In this interpretation, the executing state can deny recognition if its own citizens, in domestic cases, could not apply for protection in similar circumstances either. This means, for instance, that states that have restricted the range of protected persons to a narrowly defined category of victims, are not obliged to provide an alternative measure if the foreign victim does not qualify for protection under national laws either. In these circumstances, the executing state is only required to inform the issuing state of any breaches of which it is aware (art 11(3) EPO). Again, which interpretation is correct?" VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, "Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states", *op. cit.*, p. 220.

¹⁰¹⁶ VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, "Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección", *op. cit.*, p. 77-83.

a instar un proceso penal nuevo y qué órgano sería el competente en dicho supuesto?

3.2.1. ¿En qué EEMM de la UE se encuentra tipificado como delito el quebrantamiento de una pena o medida de seguridad en el marco de una EPO?

VEGAS AGUILAR hace las siguientes precisiones: la EPO es una resolución que dicta un país pero que sus pronunciamientos o efectos se producen y ejecutan en otro distinto. El incumplimiento, por tanto, contraviene tanto a la resolución como a su ejecución. Sin embargo, este incumplimiento y, por consiguiente, el posible ilícito que conlleva, se produce en un país diferente al que dictó las medidas que deben cumplirse debido al elemento transnacional de la EPO. Además, en el país que se incumple no se ha dictado la resolución incumplida, siendo que podría darse el caso de que el comportamiento que dio lugar a la EPO no esté penado en su OJ y que sea un ilícito civil o administrativo. La respuesta a esta pregunta tiene un enorme interés pues nos permite palpar la realidad jurídico-social del país y es una información valiosa para aquellas víctimas que quieran viajar a otro país porque les proporciona un conocimiento tangencial del grado de protección que pueden tener en dicho país.

VEGAS AGUILAR apunta que parece lógico pensar que la víctima va a estar mejor protegida en los países donde el quebrantamiento de una medida cautelar y/o una sanción penal se encuentren tipificados como delito. Por lo que respecta a España como Estado de ejecución, de acuerdo con el artículo 139 LRM RP, la autoridad española impondrá sanciones

penales en los casos en los que el incumplimiento constituya infracción penal de acuerdo con el ordenamiento nacional.¹⁰¹⁷

3.2.2. ¿Qué sucede si el quebrantamiento no está tipificado como delito en el país de ejecución?

La segunda pregunta es qué sucede en el caso de que el quebrantamiento no esté tipificado como delito en el país de ejecución. Si el quebrantamiento no está tipificado como delito en el país de ejecución, pero España es el Estado de emisión debemos plantearnos qué opciones tenemos de acuerdo con nuestro OJ nacional. El artículo 23.2 y 3 LOPJ establece los supuestos en los que las autoridades españolas son competentes para conocer los delitos cometidos fuera del territorio nacional. Pero si el hecho no es punible -premisa de la que partimos- no se cumple el requisito para que los tribunales españoles puedan castigar el incumplimiento, quedando éste impune.

El considerando (26) DEPO señala que el Estado de emisión deberá decidir la reacción oportuna en relación con dicho quebrantamiento, pudiendo llegar incluso a una medida privativa de libertad. De este modo, se entiende que dicha resolución al no imponer *ex novo* una sanción por una nueva infracción penal no afecta a la facultad del Estado de ejecución de aplicar, si procede, sanciones en caso de incumplimiento. Pero esta posibilidad puede llevar consigo un doble castigo: el recogido en el considerando (26) y el que devendría de la sanción penal del

¹⁰¹⁷ Este punto fue desarrollado en el Capítulo II.

incumplimiento en el Estado de ejecución, lo cual podría estar violando el principio *ne bis in ídem*, tercera pregunta que nos planteábamos.

3.2.3. *¿Afecta la normativa sobre el incumplimiento prevista en la EPO al principio ne bis in ídem?*

En atención al principio *ne bis in ídem*, hemos indicado que la DEPO establece que, en el caso de incumplimiento, el país de ejecución deberá notificarlo al de emisión para que pueda modificar, si así lo considera oportuno, la medida permutándola por una de privación de libertad. Además, el país de ejecución por este mismo incumplimiento, puede, si está recogido en su ordenamiento jurídico, imponer una sanción penal. Por tanto, un mismo hecho -el incumplimiento de una EPO- puede traer consigo dos consecuencias negativas sobre el incumplidor. Entiende el autor que el hecho de que el incumplimiento conlleve la revocación de la EPO por una medida de protección más gravosa no ataca al *ne bis in ídem* al no enjuiciar un nuevo hecho. Cuestión distinta sería el uso del derecho penal como última *ratio* que podría hacer que el castigo por el quebrantamiento en el país de ejecución perdiese su sentido si la persona ya ha perdido su libertad en el país de emisión.

3.2.4. *¿En qué Estado el incumplimiento daría lugar a instar un proceso penal nuevo y qué órgano sería el competente en dicho supuesto?*

Para responder a la cuarta pregunta, nuevamente volvemos a encontrarnos con el problema que, al ser los distintos EEMM los que deciden como proceder en caso de quebrantamiento de la EPO, las medidas difieren sustancialmente dependiendo el lugar en el que se cometa dicho

quebrantamiento.¹⁰¹⁸ Así, dado que no ha existido una armonización previa, deberemos ir, al menos por ahora, al caso concreto para responder a este interrogante.

3.3. El juez español ante el quebrantamiento de medidas de protección

Dictada la decisión de reconocimiento de la EPO, la medida funciona del mismo modo que si se hubiera dictado una medida de protección nacional por el juez español. Las consecuencias de su incumplimiento, imposición de sanciones penales, agravamiento de cautelares y medidas provisionales urgentes serán las mismas que las del quebrantamiento de una orden de protección nacional.¹⁰¹⁹

Debemos preguntarnos cómo actúa el juez español ante los incumplimientos de OP. Debido a que la OPN contiene medidas penales y

¹⁰¹⁸ En este mismo sentido, “In the case of breach of protection measures by the aggressor, the national law of the executed State must be applied. Again, the national legal systems provide very different solutions in this respect. In most Member States the response is criminal in nature, mostly taking the form of prison terms (Belgium, Bulgaria, Germany, Estonia, Greece, Spain, Croatia, Hungary, Lithuania, Malta and Sweden) and fines (Belgium, Bulgaria, Germany, Estonia, Spain, Croatia, Hungary, Lithuania, Malta and Sweden). In spite of this, several national legal systems also provide for quicker sanction, such as the possibility to provisionally detain the aggressor when the breach of the protection measure represents a serious risk for the victim (Croatia, Lithuania and the Netherlands) or the physical protection of the victim by the police, for example, in Poland. In other cases, the sanctions consist of an extension of the duration of the protection measure (Hungary and Lithuania)”. SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰¹⁹ HERNÁNDEZ RUEDA, M. Dolores, “Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea”, *op. cit.*, p. 35.

civiles, dependiendo de la medida quebrantada actuará de un modo u otro. Para el quebrantamiento de una EPO, el juez español estará a lo indicado respecto del incumplimiento de medidas penales. En cambio, para el quebrantamiento de un EPM, aunque el propio reglamento guarda silencio, consideramos que debe estarse a la función de la medida por encima de la denominación civil o penal que nuestro OJ le otorgue.

3.3.1. Medidas penales

El incumplimiento de las medidas cautelares penales constituye el delito tipificado en el artículo 468 CP. En los supuestos de incumplimiento de medidas podemos diferenciar dos casos de desigual gravedad: en el primer grupo de casos incluiremos aquellos en los que el incumplimiento no conlleva más infracciones además del quebrantamiento en sí. En el segundo grupo, más grave, el incumplimiento es utilizado como medio para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el artículo 173.2 CP.

3.3.2. Medidas civiles

Con respecto a las medidas cautelares de carácter civil se suscita la duda de cuál será la responsabilidad derivada de su incumplimiento. Pues si bien este tipo de medidas encajarían en el concepto de “medidas cautelares” del artículo 468 CP, la realidad es que el legislador redactó este artículo pensando en quebrantamientos de medidas cautelares penales, no de obligaciones civiles que tienen sus propias consecuencias (el delito de impago de pensiones del artículo 227 CP o el de abandono de familia del artículo 226 CP). Todo ello, sin perjuicio de que ciertas medidas cautelares

civiles se solapan con medidas cautelares penales,¹⁰²⁰ siendo que, en el caso de no respetar lo dispuesto en la medida concreta, sería el incumplimiento de la medida cautelar penal el que justificaría la adopción del artículo 468 CP.¹⁰²¹

4. Inscripción de órdenes europeas de protección

Con el objetivo de mejorar la eficacia de las órdenes de protección, el artículo 544 ter.10 LECrim ordena su inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.¹⁰²² Los datos del Registro Central constituyen una información muy valiosa tanto para los juzgados como para la propia protección de la víctima a fin de asegurar el cumplimiento de las medidas de protección por parte del agresor. La rapidez tanto en la inscripción como en la cancelación o modificación de los asientos condicionará la eficacia del registro y un mejor servicio por

¹⁰²⁰ La atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja como medida cautelar civil puede solaparse con la prohibición de acercarse a la residencia de la víctima como medida cautelar penal.

¹⁰²¹ Circular 3/2003, de 18 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la Orden de Protección.

¹⁰²² “En el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica se inscriben las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito; medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Asimismo, se inscriben los quebrantamientos de cualquier pena, medida u orden de protección acordada en dichos procedimientos penales”. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/registros/registro-central-para> (última consulta: 03-07-2019).

parte de las autoridades que tienen acceso a éste.¹⁰²³ En el Estado español estamos contabilizando las EPO emitidas por nuestras autoridades judiciales, sumando 29 a día de hoy.¹⁰²⁴ Pero esto no es suficiente para evaluar la aplicación real de la directiva pues son 28 (27+1) los países que la han implementado.

En la misma línea, el considerando (32) DEPO se refiere a la creación de registros¹⁰²⁵ para así poder evaluar la aplicación real de la Directiva. Ni disponemos de un registro para conocer el número de EPOs dictadas ni los motivos de éstas.¹⁰²⁶ Esto dificulta la correcta evaluación

¹⁰²³ SERRANO HOYO, Gregorio, “Sobre la inscripción de la Orden de Protección, medidas civiles y/o penales, penas y medidas de seguridad en el registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988-X vol. XXVI, 2008, pp. 110-111.

¹⁰²⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/> (Última consulta: 03-07-2019).

¹⁰²⁵ A propósito de las anotaciones en los registros públicos puede leerse: MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, “La Orden Europea de Protección: la cooperación jurisdiccional. Las anotaciones en los registros públicos” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La nueva Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 159-172.

¹⁰²⁶ El segundo de los estudios realizados por el equipo EPOGENDER (defendido en el PE en octubre de 2017) se pronuncia en los siguientes términos: “the research team could identify only seven EPOs issued sine the entry into force of the directive: four of the seven EPOs were issued in Spain, two in the UK and one in Italy. Given the potential number of victims that could benefit from the recognition of an EPO across the EU, this situation points to serious sub-optimal use of the instrument to date. However, the authors of the study note that in most Member States there are no central registry for systems for EPO, thus creating difficulties in data collection on the enforcement of the EPO. Such data collection is, however, an obligation of the Member States, according to Article 22 of the directive, and is also essential in view of the Commission’s obligation to submit a meaningful report on the application of this directive (article 23), expected in 2018”. Esta

del alcance del problema e impide una respuesta eficaz por parte de los EEMM. A nivel doctrinal existen los informes POEMS y EPOGENDER, entre otros. Pero un muestreo por medio de un mapa, de carácter más práctico, dirigido expresamente a los operadores jurídicos devendría de gran utilidad para las víctimas.

Abogamos por una lista rápida y sencilla de qué tipo de protección y cómo se va a ofrecer en los diferentes países. Así, a la víctima de Valencia que quiera irse a vivir a Friburgo le indicarán qué va a encontrarse en el país de destino y cuál es su sensibilidad con respecto al delito por el que ha obtenido una OPN en su país. Con esta información en mano, la víctima podrá decidir si quiere cambiar su residencia habitual y aceptar esta nueva protección, o si prefiere quedarse en España,¹⁰²⁷ siendo muy conveniente crear un registro tanto a nivel nacional como europeo donde quedasen registradas las órdenes de protección europeas -concepto omnicompreensivo de EPO y EPM- emitidas y ejecutadas.

información será nuevamente citada en el Capítulo V. Puede leerse: SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹⁰²⁷ Como ya hemos indicado a lo largo del trabajo, España es uno de los países europeos que más protege a las víctimas de violencia de género de acuerdo con la definición de éstas que ofrece la LO 1/2004.

CAPÍTULO V: ARISTAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN EUROPEA

I. La posible colisión con el Reglamento (UE) 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil

Refiere ETXEBARRÍA ESTANKONA que, dado que, con toda probabilidad, la relación de complementariedad excluyente existente entre la DEPO y el REPM, generará inconvenientes en su aplicación, la correcta implementación y aplicación de dichos instrumentos requiere de una comprensión y lectura conjunta.¹⁰²⁸ Ambos instrumentos tienen la misma finalidad: salvaguardar el derecho de las víctimas a circular libremente y facilitar/simplificar el acceso a la justicia al evitar que deban solicitar de nuevo la adopción de una medida de protección en el EM al que se desplacen.¹⁰²⁹

¹⁰²⁸ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, p. 389.

¹⁰²⁹ SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco, OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 410.

El REPM ¹⁰³⁰ establece un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de medidas de protección dictadas en un EM en materia civil (artículo 1 REPM). Su base jurídica la encontramos en el artículo 81 TFUE que versa sobre la cooperación judicial en materia civil. Este instrumento se configura como complemento de la DEPO y la DV. ¹⁰³¹ Pese a la distinción existente entre ambos instrumentos, no se excluye la posibilidad de confusión. El REPM establece un sistema de reconocimiento distinto. Esta duplicidad puede crear una suerte de confusión en los diferentes actores que intervienen en el proceso de emitir y ejecutar una EPO/EPM y también a las víctimas, que deberán estar informadas acerca de las medidas de protección y el proceso de reconocimiento en otros EEMM.

La relación entre ambas órdenes de protección no se encuentra definida ni en la Directiva ni en el Reglamento. Es lógico que la Directiva no definiese su relación, al ser previa en el tiempo. No obstante, el Reglamento debió definirla y dejar clara la distinción entre EPM en temas civiles y EPO en temas penales. La comparación del término “medida de protección” puede darnos respuesta a la pregunta sobre cuál es la distinción entre ambas órdenes. En el caso de la EPO indica que es “*una resolución en materia penal, adoptada en el Estado de emisión con arreglo a su*

¹⁰³⁰ Encontramos información clara y concisa del REPM en: GONÇALVES DE MELO MARINHO, Carlos Manuel, “Mutual recognition of protection measures in civil matters. Directorate-General for internal policies. Policy department Citizens’ rights and constitutional affairs C”, 2013 Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462495/IPOL-JURI_NT\(2012\)462495_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462495/IPOL-JURI_NT(2012)462495_EN.pdf) (última consulta: 03-07-2019).

¹⁰³¹ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, p. 12.

legislación y procedimientos nacionales” (artículo 2.2 DEPO). En cambio, el EPM hace referencia a “*cualquier decisión, cualquiera que sea su denominación, dictada por la autoridad de expedición del Estado miembro de origen, de conformidad con su Derecho nacional*” (artículo 3.1 REPM). Mientras la DEPO cubre las medidas de protección en materia penal, el REPM cubre cualquier otra decisión.¹⁰³² Y, al igual que la DEPO, el REPM no impone a los EEMM la obligación de modificar sus sistemas nacionales.¹⁰³³ En opinión de VERVAELE, esto es consecuencia lógica del sistema comunitario europeo.¹⁰³⁴

MARTÍNEZ GARCÍA tilda de estrambótico el hecho de que se regulase este instrumento civil siendo que la propia DV es, mayoritariamente, penal y contiene una expresa mención a las víctimas de violencia de género. Además, “la naturaleza de los derechos (fundamentales) que hay detrás de los bienes jurídicos objeto de limitación a través de las restricciones que permiten estos instrumentos y los derechos (fundamentales) que a través de las mismas se pretenden proteger (integridad física, moral, libertad deambulatoria...)” muestra su carácter penal. Por último, resultó “obvio comprobar que la protección de la mujer

¹⁰³² KLIMEK, Libor, “European Protection Order in Criminal Matters versus European Protection Order in Civil Matters”, *op. cit.*, pp. 181-183.

¹⁰³³ El considerando (12) tiene en cuenta las distintas tradiciones jurídicas de los EEMM y no afecta a los sistemas nacionales aplicables para dictar las diversas medidas de protección.

¹⁰³⁴ Los EEMM son libres para establecer las sanciones en vía civil, administrativa o penal de acuerdo con su tradición jurídica. El legislador comunitario únicamente se centra en la instauración y puesta en funcionamiento de los sistemas de tutela dentro de los distintos EEMM, que únicamente deberán presentar resultados. En: VERVAELE, John A. E., “De Eurojust a la fiscalía europea en el espacio judicial europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo?”, *op. cit.*, p. 135.

no podía ser el hilo conductor de este pulso de poderes”, que se tuvo que generalizar a todo tipo de víctimas de delito violento. Todo ello, apunta la autora, ha llevado a errores conceptuales asociados a la falta de interés “público” respecto de los temas de desigualdad de género. Con la creación del REPM se ha asociado la protección del género (mujer) a la familia (protección civil).¹⁰³⁵ VAN DER AA y OUWERKERK también estiman que habría sido más certero si la DEPO no se hubiese referido simplemente a los supuestos del artículo 82.1.a) y d) TFUE y el REPM a los del artículo 81 TFUE. Siendo que un instrumento se refiere únicamente a materia penal y el otro a materia civil y administrativa la pregunta sobre qué debe entenderse por “resolución en materia penal” (artículo 2 DEPO) y “cualquier decisión, cualquiera que sea su denominación” (artículo 3 REPM) dependerá solo de qué restrictivo o qué amplio quiera interpretar el término la autoridad competente.¹⁰³⁶

El artículo 6 DEPO define lo que algunos autores han considerado una situación estática. Cabrá dictar una EPO cuando la persona protegida “decida residir o resida” o “decida permanecer o permanezca” en un EM diferente –Estado de ejecución o receptor- a aquél que dictó las medidas de protección –Estado de emisión-. En cambio, el REPM nos muestra una

¹⁰³⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 42-43.

¹⁰³⁶ VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, pp. 280-281.

situación más dinámica donde podría estar pensando en una persona que cruza la frontera todos los días para ir a trabajar.¹⁰³⁷

Ejemplo 4: Víctima que necesita medidas de protección en varios EEMM

 ESTONIA \longleftrightarrow  LATVIA

An Estonian woman living in Valga (Estonia) has been granted protection measures by Estonian authorities. She finds a job in Valka (Latvia), 5 km away from her house. She requests a cross-border EPO in order to maintain her protection in Latvia.

- Protection measures should be in force in both States.
- The cross-border nature of the protection should be indicated in the EPO.
- Coordination and communication between competent authorities of the two States should be further increased.
- Both authorities must be aware of the supervision of the protection measures in both States.

Fuente: EPOGENDER II (2017)

El apartado segundo de este artículo nos indica que la autoridad del Estado de emisión solo podrá dictar una EPO a instancia de la persona protegida, previa comprobación que cumple los requisitos del artículo 5 DEPO (la preexistencia de una OPN en el Estado de emisión). Pero que la única persona legitimada para solicitar una EPO sea la persona protegida contradice nuestro derecho procesal penal. En España, el MF, como encargado de garantizar el orden público, puede, y debe, solicitar de oficio la adopción de medidas de protección para las víctimas si considera que existe riesgo.

Debido a que la víctima cambia de país, la DEPO y el REPM han decidido que debe ser la víctima aquella que decida si quiere situarse en el mapa a cambio de protección de las autoridades estatales en su país de destino o si, por el contrario, prefiere “perderse” por Europa e iniciar una

¹⁰³⁷ Entre otros, VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 219.

nueva vida sin decir nada a nadie. Esta idea romántica del anonimato a día de hoy deviene en utopía. El uso masivo de las TICs hace que desaparecer sea prácticamente imposible. Un satélite puede indicar en cada momento donde nos encontramos. Además, plataformas digitales como *Facebook* o *Instagram* hacen que la información se viralice y podamos tener noticia de hechos que están pasando en la otra punta del mundo. Moverse por Europa es mucho más sencillo que hace unos años: existen aerolíneas *lowcost* que nos permiten aparecer en la otra punta del continente por muy poco dinero y el ELSJ ha suspendido gradualmente las fronteras interiores.

Por otro lado, las noticias nos saturan con incumplimientos de órdenes de protección, e incluso es posible que algunas de las personas que deban solicitar una EPO o un certificado hayan sido víctimas de un quebrantamiento de la OPN que previamente tenían. Las medidas de protección, salvo casos de riesgo alto donde se hace uso de medios telemáticos, son un papel donde se indica que la persona causante del riesgo no puede acercarse o comunicar con la víctima. El miedo al castigo del victimario deberá ser aquello que haga que cese en su empeño. Pero si ese miedo no existe, la medida de protección no será efectiva.

El artículo 9 DEPO hace referencia a qué pasa una vez la EPO ha sido transmitida. La autoridad competente del Estado de ejecución deberá reconocer sin demora ¹⁰³⁸ indebida la orden y adoptar una resolución en la que “*se dicte cualquiera de las medidas previstas en su derecho nacional*

¹⁰³⁸ El artículo 12 del borrador de la Directiva indicaba que la EPO debía ser ejecutada en un máximo de 20 días. Este lapso de tiempo no fue aceptado por el PE, que indicó debería ser reconocido como si de una OP nacional en un caso similar se tratase. VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, pp. 282-283.

para un caso análogo” que sirvan para proteger a la persona que solicita dicha protección salvo que el competente para ejecutar decida invocar alguno de los motivos de denegación del reconocimiento del artículo 10 DEPO. Además, en el último inciso de dicho artículo, indica que el Estado de ejecución podrá aplicar medidas penales, administrativas o civiles de acuerdo con su derecho nacional. Resulta algo paradójico que la naturaleza civil o penal de las medidas de protección fuese tan importante para legislar al amparo de los artículos 81 y 82 TFUE y que, sin embargo, no lo sea cuando se trata de ejecutar una EPO o un certificado civil. Del mismo modo, llama la atención el hecho de que fuese tan complicado el consenso para la regulación de las medidas en cuanto al Estado de emisión, que deben ser estrictamente “civiles” o “penales” olvidando que existen países en los que las medidas son de naturaleza mixta ¹⁰³⁹ pero que, sin embargo, a la hora de regular las medidas aplicables en el Estado receptor sirvan civiles, penales e incluso administrativas. En este sentido, compartimos con VAN DER AA que la distinción entre órdenes de protección nacionales no es como el legislador europeo sugiere. No todo es blanco o negro, existen órdenes de protección penales, civiles, administrativas, casi criminales, penales con medidas civiles, etc. ¹⁰⁴⁰

Tomar consciencia de esta realidad hace todavía más importante el hecho de que la legislación de ambos instrumentos se hubiese realizado en

¹⁰³⁹ Por ejemplo, la OP española regula las tres medidas que encontramos en la DEPO como medidas penales. Pero no son estas las únicas medidas que contempla una OP española. La misma orden contiene medidas civiles y es título ejecutivo para la solicitud de medidas sociales.

¹⁰⁴⁰ VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 221.

un único instrumento. Es por ello que la justificación última de la existencia de dos instrumentos diferenciados debe cifrarse en la distinta naturaleza de las medidas de protección previstas en los diferentes EEMM que requirieron de distinta base jurídica para la creación de ambas normas.¹⁰⁴¹ En este sentido, BURCHARD se cuestiona si son tan diferentes las medidas de protección penal y civil como para justificar un tratamiento diferenciado en los procedimientos de reconocimiento mutuo. Continúa el autor refiriendo que la clasificación y diferenciación de los conceptos penal, civil y administrativo resultan mucho menos doctrinales de lo que podríamos pensar a simple vista.¹⁰⁴²

En las negociaciones, así como en el pulso llevado a cabo entre la Comisión y la alianza Consejo-Parlamento se perdió de vista lo realmente importante: la protección de las víctimas. La promulgación de dos instrumentos (penal y civil) para un mismo supuesto, así como un articulado muy similar no hace sino reforzar la tesis de que en el fondo subyacía un asunto político,¹⁰⁴³ y de poder. El duelo de titanes se resolvió delegando en

¹⁰⁴¹ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 110-111.

¹⁰⁴² BURCHARD, Christoph, “Alemania y las órdenes europeas de protección: breves observaciones iniciales”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 179.

¹⁰⁴³ A favor: “As demonstrated, the rules are not very convincing as to their substance. Already, the general approach to split-up-functionally one and the same matter to two different EU instruments -a Regulation and a Directive- has to be criticized and can

dos instrumentos aparentemente distintos, pero materialmente similares. En ambos se hace referencia a las tres mismas medidas, y en ambos se indica que el país de origen deberá reconocerlas con independencia de la naturaleza de sus medidas.

Habría sido más conveniente que ambos instrumentos estuviesen regulados en un mismo instrumento, por coherencia legislativa y por seguridad y simplicidad para las víctimas. No obstante, hay que reconocer tanto a la alianza Consejo-Parlamento como a la Comisión que, en la regulación de cada uno de los instrumentos que les había permitido su parcela de poder -los artículos 81 y 82 TFUE respectivamente-, fueron conscientes de las diferencias históricas y legislativas entre los diferentes EEMM e indicaron que el fin último tanto de la DEPO como del REPM era y es la protección de las víctimas que deciden migrar o viajar a diferentes países de la UE. Y es este el único modo de explicar, por un lado, la rigidez existente en cuanto a la naturaleza jurídica de la medida de protección en el Estado de emisión y, en cambio, la flexibilidad que encontramos a la hora de regular las medidas de protección que pueden ser utilizadas para el reconocimiento mutuo.

1. Especial referencia a la desprotección de las víctimas de violencia con órdenes de protección civiles

Cuando ya parecía que las tradicionales reticencias de los EEMM a ceder soberanía en materia de derecho procesal penal y reconocimiento mutuo habían cedido en un camino imparable hacia la armonización de

probably only be explained politically". DUTTA, Anatol, "Cross-border protection measures in the European Union", *Journal of Private International Law*, *op. cit.*, p. 184.

OOJJ, estos resquemores recuperaron toda su crudeza con la DEPO. Tales son las trabas y restricciones de ésta, que realmente podríamos hablar de un auténtico procedimiento de *exequátur*. En palabras de RODRÍGUEZ LAINZ, “sería la constatación de las extraordinarias limitaciones con las que naciera la orden europea de protección, la razón última que llevara al legislador europeo a cambiar el rumbo de su estrategia armonizadora, abriéndose a las mayores posibilidades de regulación que ofrecía el campo de la cooperación judicial a través de los mecanismos más eficaces de los instrumentos normativos definidos en el artículo 81 TFUE”.¹⁰⁴⁴ Además, el hecho de que la mayoría de EEMM cuenten con sistemas de protección de carácter civil “augura el éxito de este instrumento”.¹⁰⁴⁵

Instada por el programa de Estocolmo, el 18 de mayo de 2011, la Comisión Europea presentó un Plan de Acción cuyo objetivo era asegurar un nivel mínimo de derechos, apoyo y protección de las víctimas de los actos delictivos, prestando, no obstante, especial atención a las víctimas de violencia de género. Se estableció un cuadro de acciones concretas que incluían la regulación de la EPO. Ésta, restringida a tres medidas del ámbito penal, quedó muy corta respecto de sus objetivos iniciales. Es en cumplimiento de estas previsiones que la Comisión, en su comunicación relativa al refuerzo de derechos de víctimas en la UE,¹⁰⁴⁶ concretó los objetivos normativos presentando un paquete de propuestas legislativas

¹⁰⁴⁴ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰⁴⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁴⁶ COM (2011) 274 final.

dirigidas a la protección de las víctimas. Y finalmente se aprobaron la DEPO y la DV.

La EPO constituye sin margen de dudas el elemento más importante en materia de protección de víctimas de violencia de género. Ésta se aplica a las medidas destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, integridad -física, psicológica o sexual-, dignidad o libertad, revictimización -reduce las consecuencias de los actos cometidos anteriormente- así como a la prevención -evitar nuevos actos delictivos-. Sin embargo, se trata de un instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal, que deja sin cubrir las medidas del mismo tipo adoptadas en un proceso no penal. Es precisamente por esto que, en la senda previamente marcada por la DEPO, el DOUE publicó el 29 de junio de 2013 el Reglamento 606/2013 (REPM), del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil y que resulta aplicable en los diferentes EEMM desde el 11 de enero de 2015.¹⁰⁴⁷ El objetivo de este instrumento es doble: garantizar¹⁰⁴⁸ el reconocimiento y la ejecución en un EM de las medidas de protección de carácter civil dictadas en otro EM; y complementar la DEPO para que todas las víctimas

¹⁰⁴⁷ Coincidiendo con la fecha límite que se fijó para la transposición de la DEPO. ETXEBARRÍA ESTANKONA interpreta este hecho como una muestra de la íntima vinculación existente entre la DEPO y el REPM. ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, p. 387.

¹⁰⁴⁸ “*De manera rápida y sencilla*” (artículo 1 REPM).

¹⁰⁴⁹ puedan disponer del mismo nivel de protección en el ELSJ garantizando una protección equivalente a las personas que se encuentren en riesgo.

Frente a la presión que se imprimía tanto a nivel comunitario como en el Consejo de Europa para avanzar en materia protección de víctimas, era evidente que el instrumento de reconocimiento mutuo diseñado por la DEPO se mostraba excesivamente restrictivo. El legislador comunitario se decantó por dar un impulso a la necesaria expansión territorial de la vigencia de medidas de protección de víctimas más allá de las fronteras geográficas del Estado de emisión. Y lo hizo con una técnica que ya contaba con precedentes en otros supuestos en los que se trata de vencer el obstáculo que representa la mayor autonomía de los EEMM en el ámbito de la cooperación judicial penal. En este caso la solución fue sencilla. Prácticamente todos los EEMM regulaban instituciones procesales o administrativas que podían equiparar o asimilar a la OP civil, teniendo especialmente en cuenta el reforzamiento de la cooperación judicial en materia civil que impone el artículo 81 TFUE. En un tiempo realmente récord, con punto de arranque un acuerdo informal entre el Consejo y el PE fechado a 20 de febrero de 2013, tras la aprobación de la Posición del PE de 22 de mayo de 2013 y de la Decisión del Consejo de 6 de junio de 2013 se dio un fuerte impulso a la idea de regular sobre la materia como forma de reforzamiento de los derechos de las víctimas. El REPM vio la luz el 12

¹⁰⁴⁹ Países como Alemania, Austria, Italia, Francia, Bulgaria o Rumanía cuentan con medidas de protección de víctimas de naturaleza civil. Puede leerse los informes EPOGENDER y POEMS.

de junio de 2013, extendiendo su ámbito a todo el territorio UE, salvo Dinamarca.¹⁰⁵⁰

2. Contenido. España como Estado de emisión y de ejecución

La EPO tiene una validez limitada al país o los países para los que el juez la haya emitido, esto es, una comunicación entre órganos judiciales. En cambio, el certificado civil es un documento emitido por el juez pero que se presenta por la víctima. Y como título civil, éste queda a la voluntad de la víctima. Así, algo que a priori podría parecer una ventaja también puede convertirse en un peligro para aquellos casos en los que la víctima no quiera protegerse.¹⁰⁵¹ El título penal, al ser una comunicación entre jueces, evita que la víctima pueda echarse atrás desde el momento en que solicita la emisión de la EPO pues, como ya se ha visto, solo podrá declararse a instancia de parte. Es decir, la víctima puede decidir si solicita o no una EPO, pero una vez haberla solicitado serán las autoridades competentes las que se encargarán de su tramitación. En cambio, si solicita un certificado civil, puede cambiar de parecer al llegar al lugar de destino y no presentar la medida de protección. También la duración es más restringida en el

¹⁰⁵⁰ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 28.

¹⁰⁵¹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 353.

REPM, 12 meses,¹⁰⁵² en cambio, las causas de denegación son más amplias en penal.

Alude BLANCO-MORALES LIMONES a la diversidad existente de medidas de protección en virtud de los distintos ordenamientos de los EEMM, especialmente por lo que se refiere a su duración. Teniendo en cuenta el hecho de que el Reglamento generalmente va a aplicarse a situaciones de urgencia, los efectos del reconocimiento en virtud del REPM deben limitarse excepcionalmente a un periodo de 12 meses desde la expedición del certificado que el REPM contempla, con independencia de que la propia medida de protección sea de mayor duración. En aquellos casos en los que la duración de la medida supere los 12 meses, la limitación de los efectos del reconocimiento debe entenderse sin perjuicio del derecho de la persona protegida a invocar la medida de protección en el marco de

¹⁰⁵² VEGAS AGUILAR apunta a que el REPM salva la limitación temporal de los 12 meses al indicar que, si la medida a aplicar tiene una duración mayor a 12 meses, la persona protegida tiene derecho a invocar la medida de protección en el marco de cualquier otro acto jurídico de la UE que prevea el reconocimiento o a solicitar una medida de protección nacional en el EM requerido. En cambio, no se prevé cuando puede invocar tal derecho ni si ha de esperar a que transcurran esos primeros 12 meses o si la persona perderá la protección hasta que se dicte una nueva medida o, por el contrario, cabe dictar una prórroga hasta que sea adoptada la nueva medida. VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “A propósito del Reglamento (UE) N° 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, p. 816.

cualquier otro acto jurídico de la UE que prevea el reconocimiento o a solicitar una medida de protección nacional ¹⁰⁵³ en el EM requerido. ¹⁰⁵⁴

Al igual que sucede en la DEPO, este Reglamento se aplica a todas las víctimas, pero, por los motivos expuestos a lo largo del trabajo, las víctimas de violencia de género ¹⁰⁵⁵ van a ser las principales beneficiarias de las medidas contenidas en el REPM.

2.1. Naturaleza jurídica

Es éste un Reglamento de carácter civil. Sobre qué debe entenderse por materia civil, precisa el considerando (10) REPM que el concepto debe interpretarse de forma autónoma, de acuerdo con los principios del derecho de la UE, sin acudir a las diversas legislaciones nacionales. La naturaleza civil, administrativa o penal de la autoridad que dicte la medida de protección no debe ser determinante para evaluar el carácter civil de la misma. ETXEBARRÍA ESTANKONA afirma que “la solución, por tanto,

¹⁰⁵³ En el mismo sentido, “if the cross-border enforcement of the measure shall be extended beyond this expiry date, the protected person either has to apply for a new certificate in the Member State of origin or to rely on other EU instruments or -more obviously, because probably it is less complicated – the protected person has to apply for a new protection measure in the Member State addressed”. DUTTA, Anatol, “Cross-border protection measures in the European Union”, *Journal of Private International Law*, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁵⁴ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁵⁵ Con el término “género” estamos haciendo referencia al concepto de la LO 1/2004, esto es, mujeres y, desde 2015, menores que tengan relación con el autor.

pasaría por determinar que se trata de medidas de protección de carácter civil aquellas que han sido acordadas fuera del proceso penal”.¹⁰⁵⁶

SERRANO MASIP¹⁰⁵⁷ refiere que contestar “qué es materia civil” no puede ser resuelto únicamente con las dos directrices que ofrece el considerando (10). Las afirmaciones efectuadas por las instituciones europeas, el TJUE y la doctrina le otorgan diversos sentidos al concepto, que no siempre son claros y concluyentes, dificultando a las víctimas que han obtenido una medida de protección y han de trasladarse a otro EM seleccionar, con la suficiente seguridad jurídica, la norma en que ha de fundar la solicitud de eficacia transnacional de la medida. El Reglamento atribuye ex considerando (9) al concepto “materia civil” un eminente sentido procesal,¹⁰⁵⁸ circunscribiendo que su ámbito de aplicación será “*las medidas de protección dictadas en procesos civiles*”. Parte de la doctrina, en cambio, ha afirmado que no pueden incardinarse en la categoría de medidas de protección civil aquellas que, o bien se originan en una conducta

¹⁰⁵⁶ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, pp. 393-394.

¹⁰⁵⁷ SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp.415- 416.

¹⁰⁵⁸ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, *op. cit.*, p. 123.

tipificada penalmente, o bien son decretadas de oficio, o en el procedimiento en el que se acuerdan debe intervenir un órgano público.¹⁰⁵⁹

Matiza SERRANO MASIP dicha afirmación basándose en la Sentencia del TJCE de 21 de abril de 1993 dictada en el asunto C-172/1991, *Sonntag*.¹⁰⁶⁰ Así, afirma que la acción civil ejercida en un proceso penal para obtener la reparación de un daño causado por un particular reviste carácter civil, entre otros motivos, porque ni el Convenio de Bruselas de 1968 ni los Reglamentos (CE) 44/2001 y (UE) 1215/2012¹⁰⁶¹ vinculan necesariamente el resultado de una demanda accesoria al de la principal. Por consiguiente, no ha de negarse la posibilidad de que en el marco de un proceso penal pueda negarse una medida de protección de carácter civil.

Además, el derecho civil de familia engloba instituciones jurídicas informadas por un interés público que en la práctica trae consigo la práctica de actos de oficio y la obligada intervención del MF. De manera que no cabe descartar que, pese a ser una medida de protección civil, trascienda las relaciones entre las personas físicas. Este interés público no ha pasado inadvertido para el REPM puesto que las medidas que deben tener una

¹⁰⁵⁹ Entre otros: REQUEJO ISIDRO, Marta, “El Reglamento (UE) núm. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 5, núm.1, 2015, p. 57.

¹⁰⁶⁰ STJCE, C-172/91, *Sonntag/Waidmann*, de 21 de abril de 1993 (ECLI:EU:C:1993:144).

¹⁰⁶¹ La continuidad entre el Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento (CE) 44/2001 y el Reglamento (UE) 1215/2012 se garantiza estimando aplicable al último instrumento normativo la jurisprudencia del TJUE vertida sobre las normas del Convenio si las normas implicadas pueden estimarse equivalentes. SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 415- 416.

repercusión transfronteriza pretenden alejar a la persona protegida de una probable agresión contra bienes jurídicos como la vida y la integridad física. En vista de lo afirmado, intenta conjugar la urgencia en la actuación con la protección de la persona que lo requiere y con la restricción en el ejercicio de DDF de la persona causante del peligro. Esto da lugar, de un lado, a la limitación temporal de los efectos del reconocimiento y, de otro, al empleo de métodos simples y rápidos para notificar el certificado a la persona causante del peligro. Y estas características específicas obedecen a una especialidad en la materia que “*en ningún caso sienta precedente para otros instrumentos en asuntos civiles y mercantiles*”.¹⁰⁶²

En relación a las personas protegidas, resulta preciso añadir que, a pesar de que desde el punto de vista de nuestro OJ una persona objeto de protección de una medida civil no es considerada estrictamente como víctima, si lo es a efectos del REPM. De hecho, puede ser considerada víctima por el Reglamento, con independencia de que sea víctima también a efectos de la DV.¹⁰⁶³ Se da la circunstancia de que en el OJ español el catálogo de medidas civiles que encontramos en el artículo 3.1 del Reglamento son medidas que se acuerdan por el JVSM o por el juez de instrucción en el marco de un proceso penal. No son las clásicas medidas que podemos encontrar enmarcadas en el derecho privado, y más concretamente en el derecho de familia como lo son el régimen de alimentos, guarda y custodia, de visitas, o la atribución del disfrute y uso de

¹⁰⁶² De acuerdo con los artículos 4.4, 8.2 y los considerandos (17), (26) REPM.

¹⁰⁶³ En este sentido, el considerando (8) REPM: “*El presente reglamento constituye un complemento de la Directiva 2012/29/UE. El hecho de que una persona sea objeto de una medida de protección dictada en materia civil no necesariamente excluye que esa persona sea definida como víctima a efectos de la Directiva*”.

la vivienda familiar... Estas medidas de protección se incardinan en el ámbito del proceso penal ¹⁰⁶⁴ y, con carácter general, suelen ser las primeras diligencias que se adoptan en su proceso y van dirigidas a la protección de las personas ofendidas y perjudicadas por el delito y sus familiares por la vía de los artículos 544 bis y 544 ter LECrim. ¹⁰⁶⁵

2.2. Medidas contempladas

Al igual que la EPO, el EPM ha cumplido uno de los objetivos fijados por el Consejo Europeo en el programa de Estocolmo: el fomento de la ciudadanía europea y los DDFE, configurando el ELSJ, y la creación de una Europa de la ley y la justicia para que las personas puedan hacer valer sus derechos en toda la Unión. ¹⁰⁶⁶

El artículo 3 REPM establece que tendrá la consideración de medida de protección “*cualquier decisión, cualquiera que sea su denominación,*

¹⁰⁶⁴ En el mismo sentido, SERRANO MASIP indica que la incertidumbre -en el momento de promulgación del REPM- acerca de si España sería o no autoridad de emisión obedece a la circunstancia de que tradicionalmente la respuesta de nuestro sistema jurídico frente a cualquier tipo de violencia se ha enmarcado dentro del ámbito penal siendo así que la protección a través de medidas cautelares y sanciones se llevaba a cabo por medio del proceso penal. SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 410.

¹⁰⁶⁵ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, p. 394.

¹⁰⁶⁶ ALCAIDE GONZÁLEZ, Diana, “El Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 224.

dictada por la autoridad de expedición del Estado miembro de origen, de conformidad con su Derecho nacional y que imponga una o varias de las siguientes obligaciones a una persona causante de un riesgo, con el fin de proteger a otra persona cuando la integridad física o psíquica de esta última puedan estar en peligro: a) la prohibición o regulación de la entrada en el lugar en el que la persona protegida reside o trabaja o que frecuenta o en el que permanece de manera habitual; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; c) la prohibición o regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita". De la lectura de dicho artículo se desprende que las medidas son idénticas a las que podemos encontrar en la DEPO. Este artículo debe leerse en relación con el considerando (6) que indica que dichas medidas podrán adoptarse para impedir cualquier violencia de género o violencia en el marco de relaciones con personas de un entorno próximo, subrayando que se aplica "a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de violencia de género".

2.3. *Ámbito de aplicación y motivos de no reconocimiento*

El ámbito de aplicación del REPM es distinto del de la DEPO y así lo indica expresamente su considerando (9) en el que se establece que aquél queda circunscrito al ámbito de la cooperación judicial en materia civil en el sentido del artículo 81 TFUE aplicándose únicamente para las medidas

de protección dictadas en materia civil y remitiéndose a la DEPO para las dictadas en materia penal.¹⁰⁶⁷

De acuerdo con el artículo 13.3 REPM, se impone el reconocimiento en el EM requerido de la medida de protección que previamente fue dictada por el EM de origen, la cual “no podrá denegarse alegando que el derecho del Estado miembro requerido no permite una medida de este tipo fundada en los mismos hechos”.¹⁰⁶⁸ Por lo que respecta a la denegación del reconocimiento o de la ejecución de este tipo de medidas será de aplicación lo dispuesto en el artículo 13.1 REPM en el que puede leerse se denegará el reconocimiento y, en su caso, la ejecución de una medida de protección, a petición del causante del riesgo. Esta petición deberá ser cursada ante la autoridad del EM requerido, siempre que dicho reconocimiento:

- a) *“Sea manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”;*

En este mismo sentido, el considerando (32) REPM añade que solo *“en circunstancias excepcionales, podrá justificarse por consideraciones de interés público que el órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido deniegue el reconocimiento o la ejecución de una medida de protección cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público de dicho Estado miembro. No obstante, no debe autorizarse a los*

¹⁰⁶⁷ CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 255.

¹⁰⁶⁸ BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, p. 13.

órganos jurisdiccionales a aplicar la excepción de orden público para denegar el reconocimiento o la ejecución de una medida de protección cuando esta denegación sea contraria a los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en especial a su artículo 21”.

Nos encontramos frente a un motivo de denegación del reconocimiento de tipo obligatorio para el OJ requerido con base en un concepto jurídico indeterminado,¹⁰⁶⁹ elástico como pocos, susceptible de innumerables interpretaciones, y más si tienen que darle contenido y aplicarlo autoridades jurisdiccionales de distintos Estados de ejecución a los que puede tener que desplazarse la víctima. Por otro lado, no se comprende muy bien que tratándose de “orden público” solo puede denegarse el reconocimiento del certificado relativo a la medida de protección si es pedido a instancia del causante del riesgo para la víctima. Si el legislador europeo efectivamente se decidió por la incorporación de dicho motivo de denegación, debería poderse apreciar de oficio por la autoridad competente. Se plantea DE HOYOS SANCHO¹⁰⁷⁰ “¿qué pasaría si esa cuestión que el Estado de ejecución considera contraria a “su” orden público estuviera armonizada en el ámbito del ELSJ y, conforme a esa armonización, no fuera esa medida de protección contraria a las reglas esenciales del ELSJ? ¿También sería en esos casos motivo obligatorio de denegación del reconocimiento?” La autora recurre a la doctrina

¹⁰⁶⁹ Sobre esta cuestión puede leerse: DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Euro-orden y causas de denegación de la entrega” en: ARANGÜENA FANEGO, Coral (coord.) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea*, Lex Nova, España, 2005, pp. 207-312.

¹⁰⁷⁰ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española”, *op. cit.*, pp. 20-22.

jurisprudencial del TJUE en el “Caso Melloni”¹⁰⁷¹ para concluir que, si una determinada materia esta armonizada en el ámbito de la UE en virtud del principio de primacía del derecho de la Unión, no cabría invocar o exigir a las autoridades de un EM en sus relaciones con los otros EEMM garantías, condiciones o requisitos más allá de ese nivel armonizado. Al fin y al cabo, dicha regulación refleja el consenso alcanzado por los EEMM en su conjunto.¹⁰⁷²

A la vista de lo antedicho, y argumentando a la inversa, como de momento la materia que nos ocupa no está armonizada, podemos afirmar que los Estados que han de reconocer medidas de protección civiles provenientes de otros Estados del ELSJ tienen un mayor margen de decisión a la hora de reconocer o no esas medidas cuya ejecución se solicita, así como para acomodarlas a lo dispuesto en su propio ordenamiento. El alcance que en la práctica podrá llegar a tener esta posibilidad de no

¹⁰⁷¹ STJUE, Asunto C-399/11, Caso Melloni, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:107); petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional español mediante resolución de 9 de junio de 2011 sobre la ejecución de una OEDE en los supuestos de enjuiciamiento en ausencia.

¹⁰⁷² En el “caso Melloni” -STJUE, Asunto C-399/11, Caso Melloni, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:107)- existía sobre el sector del ordenamiento una aproximación o armonización en la normativa UE. Dicha regulación, en palabras del Tribunal, “*refleja el consenso alcanzado por los EEMM en su conjunto sobre el alcance que debe darse, en virtud del Derecho de la Unión*”, en este caso en relación con una serie de derechos procesales. Esto hacía imposible invocar el artículo 53 CDFUE con el fin de que un Estado imponga a los demás EEMM condiciones para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales o para la cooperación judicial y policial en general que no se encuentren previstas en la norma UE de armonización. Por tanto, tal y como recogió el pleno de nuestro TC en la sentencia de amparo relativa al “caso Melloni” – STC núm. 26/1014, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014 - el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, el que puede exigirse por los tribunales y autoridades españolas, en el supuesto de que exista norma de armonización en el ámbito UE, es el contenido de dicha regulación.

reconocimiento pleno resulta difícil de prever pues todavía no disponemos de registros para conocer cómo se están emitiendo y ejecutando certificados civiles de acuerdo con el EPM.¹⁰⁷³ En cualquier caso, estas referencias a la vulneración del orden público son, en palabras de la autora, un claro retroceso en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ELSJ.

b) *“Sea incompatible con una sentencia dictada o reconocida en el Estado miembro requerido”;*

DE HOYOS SANCHO reitera la pertinencia de que este motivo, la incompatibilidad de la sentencia con otra que pudiera surtir efectos en nuestro país, se pudiera apreciar de oficio y no solo a instancia del causante del riesgo. En todo caso, concluye el apartado tercero del artículo 13, *“el reconocimiento de una medida de protección no podrá denegarse alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no permite una medida de este tipo fundada en los mismos hechos”*.¹⁰⁷⁴ En cualquier caso, los motivos de reconocimiento son más limitados que los existentes en la DEPO. Así, mientras el principio de doble incriminación ha sido identificado como uno de los factores que puede disminuir el impacto de la DEPO, el REPM solo

¹⁰⁷³ En el congreso “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género” celebrado los días 28 de febrero y 1 de marzo Doña Sara CHRZANOWSKA, en calidad de representante de la Comisión Europea, indicó que tenía conocimiento personal de la existencia de 12 Certificados. No obstante, el REPM no impone la obligación de llevar a cabo registros. Nuevamente, desconocemos las cifras exactas.

¹⁰⁷⁴ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española”, *op. cit.*, p. 22.

incluye dos motivos, que, además, deben ser interpretados con carácter restrictivo.¹⁰⁷⁵

Constar de un sistema de protección civil puede generar dudas en torno a su aplicación. En concreto, las dudas pueden darse en relación al Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y de responsabilidad parental. A pesar de que el considerando (11) y el artículo 2.3 REPM recuerdan que éste no se aplicará a las medidas de protección en el ámbito del Reglamento (CE) 2201/2003, la pregunta a plantearse es si una medida de protección del menor que consista en una orden de alejamiento puede dar lugar a la aplicación del REPM o, por el contrario, procede la aplicación del Reglamento (CE) 2210/2003. En principio, pudiera entenderse que resultaría aplicable el Reglamento (CE) 2201/2003 debido a su relación con la responsabilidad parental. Sin embargo, habríamos de reparar -y este debería ser el criterio determinante- en el objetivo del REPM, que está previsto para la protección de cualquier persona, pudiendo ser un menor cuya vida, integridad física o psíquica, libertad personal, seguridad o integridad sexual se encuentra en peligro y sus padres sean los responsables de dicho peligro.¹⁰⁷⁶

Una parte de la doctrina especializada en derecho internacional privado sostiene que las medidas de protección adoptadas respecto de

¹⁰⁷⁵ VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁷⁶ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, p. 392.

menores, como pueden serlo las órdenes de alejamiento impuestas a los progenitores, están directamente relacionadas con la institución de la responsabilidad parental por la que resulta aplicable el Reglamento (CE) 2201/2003. Motivan su posición con la flexibilidad con la que el TJUE interpreta este último reglamento con base en el interés superior del menor.¹⁰⁷⁷ No obstante, cabe hallar argumentos que cuestionan la anterior opción. En primer lugar, debe repararse en los distintos objetivos de ambos Reglamentos. El REPM tiene como meta proteger a cualquier persona, y, por tanto, también a un menor cuando su vida, su integridad -física o psíquica-, su libertad personal, su seguridad y su integridad sexual están en peligro. En cambio, las medidas de protección del Reglamento (CE) 2201/2003 son las referentes, por un lado, a la designación de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, encargadas de representar y asistir a los menores y, de otro, a la administración, conservación y disposición de sus bienes de acuerdo con sus considerandos (5) y (9). Este último Reglamento no busca proteger a los menores contra actos violentos que menoscaben su integridad física o psíquica, sino que pretende proteger su normal desarrollo físico, emocional e intelectual.¹⁰⁷⁸

3. Presupuestos

El artículo 2.2 REPM refiere que, para poder emitir un certificado, deberá existir previamente una medida de protección dictada en un EM. En cuanto a qué debe entenderse por medida de protección, acudiremos a las medidas recogidas en el artículo 2.1, las cuales concuerdan con las

¹⁰⁷⁷ Parece ser esta también la opción de la Comisión Europea.

¹⁰⁷⁸ SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 418.

expresadas en la DEPO. El artículo 6 REPM reitera que “*solamente podrá expedirse el certificado si la medida de protección se ha puesto en conocimiento de la persona causante del riesgo de conformidad con el Derecho del Estado miembro de origen*”.

Por tanto, 1) previa existencia de una OP, bien con carácter cautelar bien con carácter punitivo, 2) que sea la víctima la que tiene intención de desplazarse pues en caso contrario se utilizarán las medidas recogidas en los títulos IV y V de la LRMRP -medida de libertad vigilada o medidas alternativas a la prisión-, 3) que el certificado sea solicitado a instancia de la víctima ya sea en España o en el país al que se ha desplazado y 4) la existencia de un riesgo subjetivo: *fumus boni iuris* y un *periculum in mora* derivado del traslado de la víctima a otro Estado al que tiene un probable acceso el agresor.

4. Órgano competente

Tal y como indica ETXEBARRÍA ESTANKONA, a juzgar por los cambios en la información facilitada desde el año 2015 “da la impresión que España no tiene demasiado claro si sus órganos jurisdiccionales pueden ser autoridades de expedición del certificado”. Debido al carácter civil de las medidas de protección del REPM en un principio España tenía dudas sobre si los órganos jurisdiccionales españoles, además de recibir certificados también podrían emitirlos. Es por ello que, en un primer momento optó por no comunicar autoridad de expedición. Posteriormente, y coincidiendo con las reformas de 2015, modificó la información al

interpretar que si era posible. “No obstante, España se lo ha vuelto a pensar y, al parecer, no es Estado de expedición”.¹⁰⁷⁹

4.1. Para la emisión de certificados. ¿España como Estado emisor?

Lo expuesto hasta ahora nos inclina a pensar, en un principio, que los órganos jurisdiccionales españoles no serían autoridades de expedición del certificado. No obstante, tras las modificaciones acontecidas en el año 2015 por la LO 8/2015, de 22 de julio, que supuso la reforma de los artículos 1.2, 61, 65 y 66 LOVG; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, que trajo consigo la reforma del artículo 158 CC, así como la ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la Víctima del Delito, que modificó el apartado 7 del artículo 544 ter e introdujo el 544 quinquies LECrim,¹⁰⁸⁰ abren un nuevo panorama que hace difícilmente aceptable la anterior afirmación.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁹ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁸⁰ En el congreso “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género” celebrado los días 28 de febrero y 1 de marzo en Valencia y en el marco de su ponencia indicaba ETXEBARRÍA ESTANKONA que el artículo 544 ter.7 y quinquies trae consigo “pinceladas” que remiten al proceso civil. Citaba como ejemplo el hecho de que se acabe el proceso penal por un archivo de la causa fruto del acogimiento de la mujer víctima de violencia de género a su derecho a no declarar. En este supuesto, si el fiscal se queda sin prueba está obligado a archivar. No obstante, es muy probable que siga existiendo un riesgo para los menores y es aquí donde cabría abrir un juicio civil que ratifique o modifique las medidas expuestas en el apartado uno del artículo.

¹⁰⁸¹ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, pp. 395-396; ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El

Entre los mencionados, el supuesto que más claro avala la idea de que cabe encontrar medidas de protección por un juez civil en el OJ español -y dentro del ámbito de aplicación del Reglamento- son las medidas en interés del menor adoptadas en virtud del artículo 158.4, 5 y 6 CC. Este artículo regula un conjunto de medidas con el objetivo de garantizar la protección de los menores,¹⁰⁸² otorgando al juez la posibilidad de instar una serie de medidas que recuerdan a las enunciadas en el REPM -de oficio o a instancia del propio menor, cualquier pariente o el MF-.¹⁰⁸³

Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, *op. cit.*, pp. 126-129.

¹⁰⁸² Resulta muy ilustrativa la reflexión acerca del derecho de familia que realiza SERRANO MASIP, el derecho civil de familia engloba instituciones jurídicas que se encuentran informadas por un interés público que trae consigo la práctica de actos de oficio y la obligada intervención del MF. De este modo, no cabe descartar que, pese a tratarse de medidas de protección civiles, éstas trasciendan las relaciones entre personas físicas. Este interés público no pasa inadvertido para el REPM pues las medidas que han de tener una repercusión transfronteriza pretenden alejar a la persona protegida de una probable agresión contra bienes jurídicos como lo son la vida y la integridad física. Es en vista de ello que intenta conjugar la urgencia en la actuación con la protección de la persona que lo requiere y con la restricción en el ejercicio de Derechos Fundamentales de la persona causante del riesgo. Esto da lugar, de un lado, a la limitación temporal que tienen los efectos del reconocimiento y, de otro, al empleo de métodos simples y rápidos para notificar el certificado a la persona causante del riesgo. Estas características, tal y como los considerandos (17) y (20) REPM nos indican, obedecen a la especialidad concreta de la materia y en ningún caso sientan precedente para otros instrumentos de asuntos civiles y mercantiles. SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 416.

¹⁰⁸³ Estas medidas son: “4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad; 5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.; 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro

Por lo que respecta a los artículos 61, 65 y 66 LOVG,¹⁰⁸⁴ en tanto en cuanto los menores también son reconocidos como víctimas de violencia de género, se prevé la necesidad de que el juez se pronuncie de oficio o a instancia de parte o del MF sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento. Entiende ETXEBARRÍA ESTANKONA¹⁰⁸⁵ que, en este caso, también alguna de las medidas podría incardinarse en los supuestos del REPM.¹⁰⁸⁶ La autora nos indica que podría considerarse medida de naturaleza civil siempre y cuando se adoptase en un proceso civil, al desgajarse del penal llevado por el JVSM o Juzgado de Instrucción y ser asumida la competencia por el Juzgado de Primera Instancia (téngase en cuenta lo indicado en el artículo 49 bis LEC).

Así, los artículos 544 ter y 544 quinquies LECrim, modificado e introducido respectivamente por la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, prevén referencias a la posible competencia de un juez civil. El artículo 544 ter prevé como posibles medidas a adoptar en el caso de menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, además de otras medidas de carácter civil, aquellas que supongan “*apartarles de un*

o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

¹⁰⁸⁴ Reformados por medio de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

¹⁰⁸⁵ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, p. 397.

¹⁰⁸⁶ Se pronuncia en el mismo sentido: SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 424-425.

peligro o de evitarles perjuicios e incluso sobre medidas complementarias a ellas". Dichas medidas tendrán una vigencia temporal de 30 días, pero, si dentro de dicho plazo se inicia ante el orden jurisdiccional civil un proceso de familia, estas medidas pueden mantenerse los 30 días posteriores a la presentación de la demanda. Estas medidas deben ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez civil.

Por su parte, el artículo 544 quinquies establece que, en los casos de los delitos mencionados en el artículo 57 CP, cuando resulte necesario proteger a la víctima menor de edad o con capacidad judicialmente modificada en su caso, el juez deberá pronunciarse sobre la suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, la tutela, curatela, guarda o acogimiento, el establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad o de cualquier otra función tutelar o de protección de apoyo, o suspender el régimen de comunicación con el conviviente o con otro familiar. Este mismo precepto en su apartado tercero añade que, en caso de que concluya el procedimiento, el juez o tribunal, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, ratificará o alzará las medidas de protección. Además, el MF y las partes podrán solicitar al juez su modificación o alzamiento conforme a lo previsto en el artículo 770 LEC.¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁷ A pesar de que el precepto no es nada claro, su análisis excedería del objeto de este trabajo. Esta referencia final que la LECrim hace a la LEC puede interpretarse como una remisión directa al proceso civil, donde el MF o las partes podrían solicitar el alzamiento o modificación de las medidas, algo que, no obstante, deberían hacer a través de demanda y por el cauce del juicio verbal ex art 770 LEC ante un juez civil. A pesar de no coincidir con el elenco de medidas descritas en el REPM, nada obsta a que, como medida complementaria a otra de las que sí esté prevista, se haya podido acordar una prohibición de acercamiento o de comunicación, lo que sí sería objeto del REPM. ETXEBARRÍA

Si se consultaba en los años 2015 y 2016 el Portal Europeo de e-Justicia ¹⁰⁸⁸ para comprobar el contenido de la información que España enviaba a la Comisión en cumplimiento del artículo 18 REPM, se constataba que no había indicación de ningún tipo respecto de las autoridades competentes para dictar medidas de protección y expedir certificados. Sin embargo, en la actualización de la información proporcionada por España a la Comisión, de 14 de febrero de 2017, figura que “cualquier juez o magistrado, no solo de la jurisdicción civil sino también de otras jurisdicciones (penal, social, contencioso administrativa) pueden ordenar medidas de protección con un contenido en materia civil”. Es en el momento en el que España transmite dicha información que cobra sentido la pregunta de si, conforme a nuestro OJ, cabe dictar medidas civiles con la finalidad de proteger a personas, víctimas o potenciales víctimas, de actos violentos que ponen en peligro su integridad física y psíquica y que puedan estimarse incluidas en el ámbito del REPM. ¹⁰⁸⁹

En cambio, en la última actualización, parece que vuelve a cambiar de idea e indica: “*Estas medidas solo se pueden adoptar en España en el marco del proceso penal*”. ¹⁰⁹⁰ Este cambio de idea puede deberse al hecho

ESTANKONA, Katixa, “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, pp. 397-398.

¹⁰⁸⁸ Portal Europeo de e-Justicia: <https://e-justice.europa.eu/home.do> (última consulta: 02-07-2019).

¹⁰⁸⁹ SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 410

¹⁰⁹⁰ Consulta a 5 de marzo de 2019: https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures_in_civil_matters-352-es-es.do?member=1#a_10. A fecha 3 de junio de 2019 refiere: “*En España no hay órdenes de protección como las descritas en el Reglamento 606/2013 y por lo tanto no hay*

de que considere que las medidas del 158 CC encuentran su cauce no en el REPM, sino en el Reglamento (CE) 2210/2003. Pero si acudimos al Prontuario,¹⁰⁹¹ cuya última modificación ha sido el 17 de octubre de 2017, sí que indica órganos emisores y receptores de certificados. Por lo que a los órganos emisores respecta, *“en España normalmente serían dictadas por los juzgados de instrucción al no existir por el momento en la jurisdicción civil provisiones de medidas de protección fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental”*. Consecuentemente, el Estado español deberá actualizar las páginas de e-Justicia y Prontuario para que sus informaciones no sean contradictorias.

4.2. Para la ejecución de certificados. Una experiencia práctica de reconocimiento de certificado

En cuanto a los órganos receptores, *“para reconocer, ejecutar o adaptar la medida son competentes los Juzgados de Primera Instancia o, cuando existen, los Juzgados de Familia. Deben ejecutar las medidas dictadas aunque los órganos que las hayan dictado sean penales o autoridades administrativas en los términos del concepto autónomo europeo de materia civil antes señalado”*.

autoridades judiciales competentes para la emisión de esta orden y sus certificados en los términos del art 5 del reglamento”. (Última consulta: 03-07-2019).

¹⁰⁹¹ <http://www.prontuario.org/prontuario/es/Civil/Consulta/Medidas-de-proteccion-en-el-Reglamento--UE--n--606-2013-del-Parlamento-Europeo-y-del-Consejo--de-12-de-junio-de-2013--relativo-al-reconocimiento-mutuo-de-medidas-de-proteccion-en-materia-civil?pais=España&materia=7b9268fe3b25f510VgnVCM1000006f48ac0a> (última consulta: 03-07-2019).

Con respecto a los órganos receptores RODRÍGUEZ LLAMAS,¹⁰⁹² ETXEBARRÍA ESTANKONA¹⁰⁹³ y HERNÁNDEZ RUEDA¹⁰⁹⁴ nos muestran mediante un ejemplo práctico las enormes dificultades que surgen de las diferencias entre OOJJ para otorgar eficacia extraterritorial a las medidas civiles de protección de víctimas.

La representación procesal de una mujer víctima de violencia de género de nacionalidad británica presentó el 12 de junio de 2017 solicitud de reconocimiento y ejecución de dos órdenes de protección que fueron dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Londres (División de Conflictos de Familia) siendo que su contenido, a efectos de ejecución, eran las tres medidas que encontramos tanto en la DEPO como en el REPM. Y al ser dictado por un órgano jurisdiccional civil inglés, el instrumento aplicable es el REPM.

En un primer momento este asunto fue repartido al JVSM núm. 2 de Barcelona, declarándose incompetente por razón de la materia, al considerar el certificado un asunto civil. Decanato asigna entonces el conocimiento del asunto al Juzgado de Familia núm. 17 de Barcelona.

¹⁰⁹² RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, *La aplicación práctica en España del Reglamento 606/2013 de 12 de junio relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil*, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 139-144.

¹⁰⁹³ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, *op. cit.*, pp. 132-134.

¹⁰⁹⁴ HERNÁNDEZ RUEDA, M. Dolores, “Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea”, *op. cit.*, pp. 38-40.

Nuevamente, vuelve a declararse incompetente con auto de fecha a 6 de septiembre de 2017. Paralelamente, la representación procesal de la mujer interpuso recurso de apelación ante la AP de Barcelona frente al auto de fecha de 11 de julio de 2017 del JVSM núm. 2. El 1 de marzo de 2018, la AP de Barcelona emite un auto ¹⁰⁹⁵ indicando:

- a) Los JVSM se configuran en la planta judicial española como juzgados con competencia mixta, tanto penal como civil.
- b) En el ámbito del derecho internacional no prevalece la nomenclatura utilizada por nuestras instituciones. Así, el concepto de “primera instancia” ¹⁰⁹⁶ se identifica con el primer grado jurisdiccional en todas las materias y ámbitos jurídicos, tanto civiles como penales.
- c) Se ha de estar a la “*equivalencia de instituciones*”. En el caso de Reino Unido las competencias se atribuyen al Tribunal Superior de Londres División de Familia, en cambio, en España estas funciones tradicionalmente son atribuidas al orden penal y, en este caso concreto, al JVSM.
- d) Indica también la AP de Barcelona que la decisión judicial no puede descansar en el Prontuario porque ni es fuente de derecho ni vincula a los tribunales.

¹⁰⁹⁵ AAP Barcelona, Sección doceava, núm. 2017 interpuesto contra el auto de fecha 11 de julio de 2017, de 1 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:435A).

¹⁰⁹⁶ De acuerdo con la referencia previamente citada sobre los órganos competentes para la ejecución de certificados de acuerdo con el Prontuario.

- e) Tampoco un comunicado del Gobierno español, que sería un mero acto administrativo, puede ser vinculante para la aplicación del REPM si éste fuera impreciso o erróneo.
- f) Las disquisiciones competenciales no son admisibles si obstaculizan el cumplimiento de un mandato legal incuestionable, especialmente para los JVSM, que es garantizar la protección de las personas recogidas en la LOVG.

Una medida que debió tener un procedimiento rápido y sencillo de reconocimiento automático tardó casi nueve meses en, solamente, decidir quién era el tribunal competente. Para el momento de su adopción, ésta habría perdido cualquier tipo de utilidad pues no respondería al fin para el que fue creada. Este hecho confirma uno de los peores presagios de los informes POEMS, a falta de una mayor confianza mutua, en determinados casos, resulta más rápido solicitar una nueva medida de protección en el país al que la víctima se desplaza.

5. Procedimiento

Pasamos a tratar el procedimiento de emisión de los certificados civiles estudiando el REPM y sin referir órganos españoles pues, actualmente, de acuerdo con la última información del portal e-Justicia, los órganos jurisdiccionales españoles no pueden emitir certificados civiles. En cambio, si acudimos al Prontuario sí que existe la posibilidad de que los juzgados de instrucción españoles emitan certificados civiles. Es esta una cuestión que deberá aclarar el Estado español actualizando las páginas de e-Justicia y Prontuario para que sus informaciones no sean contradictorias.

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

El REPM desprende que dicho modelo resulta más similar al reconocimiento automático. La víctima pedirá al Estado de origen un certificado que contenga los detalles de la medida de protección en cuestión. Tras la petición, la autoridad del Estado de origen emite un certificado usando el formato estándar y lo traduce si es necesario -en la práctica, al igual que sucede con la EPO, casi siempre será necesaria esa traducción-. Este certificado se reconocerá sin ningún proceso adicional requerido (artículo 4.1 REPM) siendo que esto lo diferencia de la EPO, pues el EM requerido no tiene que proveer sus propias medidas de protección nacionales, las obligaciones del EPM son automáticamente reconocidas y resulta indiferente si el Estado dispone de una protección civil o penal de sus víctimas.¹⁰⁹⁷

Por lo que respecta al Estado español, si consultamos el Portal Europeo de e-Justicia, comprobaremos que España no ha comunicado procedimiento alguno para la aplicación del REPM. No obstante, la web de Prontuario de Auxilio Judicial Internacional civil publicó la siguiente información: *“Formas de transmisión: Ninguna en particular. Habrá que acomodar el procedimiento a las normas generales de ejecución de la ley de enjuiciamiento civil”*. Ello implica que tiene en cuenta el carácter civil de las medidas, siendo que podríamos plantearnos para el reconocimiento o

¹⁰⁹⁷ VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 210.

ejecución la validez del procedimiento previsto para la ejecución de títulos judiciales con fuerza ejecutiva, como sería el certificado.¹⁰⁹⁸

5.1. Sujetos legitimados

Dividiremos los sujetos legitimados en causante del peligro y beneficiado por la medida.

5.1.1. Causante del peligro

El sujeto pasivo de la medida, o persona causante del riesgo, es aquella persona a la que se le imputa responsabilidad de la acusación de actos concretos o generación de una situación o escenario del que se deduce existe una situación de riesgo para la persona protegida. El considerando (6) REPM advierte que no resultará indispensable la existencia de vínculos familiares o sentimentales para definir la medida de protección susceptible de beneficiarse del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución.

5.1.2. Beneficiado por la medida de protección

En cambio, la concepción de quién es el sujeto beneficiado por la medida es más sutil. El sujeto activo, ex artículo 2.3 REPM, es una persona física que sea objeto de la protección ofrecida por una medida de protección. El considerando (7) REPM reconoce que puede tener cabida en el concepto de víctima del artículo 2.1.a), i) de la DV, aunque se enuncie de manera negativa. La diferencia puede encontrarse en dos matices: 1) la finalidad esencialmente preventiva y anticipativa de las medidas de protección civil

¹⁰⁹⁸ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, *op. cit.*, p. 129.

manejada por la normativa comunitaria, donde no existe la lesión concreta de los bienes jurídicos que se describen en la definición, basta con su puesta en peligro o riesgo y 2) no se hace precisa la constatación de la comisión de una concreta infracción criminal como sustento o presupuesto habilitante para la restricción de los derechos de la persona causante del peligro. Por tanto, la finalidad preventiva de la medida de protección civil permite “soslayar la existencia de una concreta infracción criminal como presupuesto para su adopción”.¹⁰⁹⁹

5.2. Solicitud y reconocimiento

De acuerdo con el artículo 4 del Reglamento, la medida de protección dictada por el EM de emisión será reconocida en el resto de EEMM sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva sin necesidad de una declaración de ejecutoriedad, siendo que las únicas causas de denegación del reconocimiento -instadas solamente a petición de la persona causante del riesgo- son el hecho de que sean manifiestamente contrarios al orden público del Estado requerido o incompatibles con una sentencia dictada o reconocida en el Estado requerido.¹¹⁰⁰ El reglamento instaura el reconocimiento automático de medidas civiles,¹¹⁰¹ eliminando

¹⁰⁹⁹ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁰⁰ El artículo 13 ya ha sido explicado *ad supra*, al tratar los motivos de no reconocimiento del REPM.

¹¹⁰¹ ERVO, Laura, “La orden europea de protección: ¿eficacia europea o un simple diálogo de besugos?”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 196-197.

el *exequátur* (la medida de protección será reconocida sin necesidad de procedimiento alguno).¹¹⁰² El mecanismo¹¹⁰³ utilizado para ello será un formulario multilingüe que se encuentra previsto por el Reglamento de ejecución número 939/2013 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2014.¹¹⁰⁴

5.3. *Derecho de audiencia al causante del peligro*

El artículo 5.2 indica que, en el caso de que la medida de protección nacional previa a la expedición del certificado se haya dictado en rebeldía, solamente podrá expedirse el certificado si se hubiera notificado a la persona causante del riesgo el documento que haya iniciado el procedimiento o un documento equivalente o se le hubiese informado de otra forma de la iniciación del procedimiento de conformidad con el

¹¹⁰² Este mecanismo es el mismo que se utiliza en otros reglamentos, entre otros, Reglamento (CE) 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, Reglamento (UE) 2015/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Para más información sobre el principio del reconocimiento mutuo en el ámbito civil puede leerse: ORTIZ VIDAL, M. Dolores, “El principio de mutuo reconocimiento en el ámbito de la UE y los límites de la libre circulación, ¿mecanismo conciliador en tiempos revueltos?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 2015, pp. 177-179.

¹¹⁰³ En atención al mecanismo utilizado, refiere SERRANO MASIP que, aun siendo un reglamento de carácter civil, el REPM varía sustancialmente respecto de otros reglamentos civiles. En este caso, el REPM contiene una serie de medidas de protección cuya justificación y proporcionalidad se hallan en la existencia -o no- de un peligro para la integridad -física o psíquica- de una persona a raíz de un riesgo probable de realización de actos violentos, pues dichas medidas consisten precisamente en prohibir la conducta. SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 412.

¹¹⁰⁴ Este Reglamento establece los certificados previstos en los artículos 14 y 15 REPM. Es éste un certificado elaborado por la Comisión consistente en un formulario normalizado multilingüe donde se resume la medida de protección y que debe ser traducido a una lengua oficial.

derecho del EM de origen, con tiempo suficiente y de manera que le permita preparar su defensa.

El apartado 3 de este mismo artículo refiere que en el caso de que la medida de protección se haya dictado en el marco de un procedimiento que no disponga la notificación previa al causante del riesgo, el certificado solo podrá expedirse si dicha persona tuvo derecho a impugnar la medida de protección de acuerdo con el derecho del EM de origen. El artículo 8.1 apunta que la autoridad de expedición de origen notificará al causante del riesgo el certificado y el hecho de que la expedición de éste da lugar a un reconocimiento automático y, en su caso, a la fuerza ejecutiva de la medida de protección. Encuentra, por tanto, con este instrumento, el causante del riesgo sus medios de defensa limitados en pos de la seguridad de la víctima o potencial víctima.

5.4. Recursos

El artículo 5.2 del Reglamento establece que la expedición del certificado no podrá ser objeto de recurso. Comenta EXTEBARRÍA ESTANKONA que, tratándose de medidas que deben ejecutarse en un contexto de urgencia, es lógico que se excluya la posibilidad de recurrir la emisión del certificado. No obstante, se trata de medidas limitativas del derecho a la libertad ambulatoria y de comunicación de la persona causante del riesgo. En este sentido, indica la autora que el derecho de defensa quedaría reforzado si se reconociese la posibilidad de recurrir. Si bien es cierto, continúa la autora, el Reglamento parece paliar la situación al reconocer a la persona causante del riesgo la posibilidad de solicitar la rectificación del certificado en caso de error material, discrepancia entre la

medida de protección y el certificado o la revocación del que se hubiese expedido de manera incorrecta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 REPM. Así, aunque no exista posibilidad de recurso contra la decisión de expedir el certificado, sí que sería posible solicitar una rectificación en los supuestos de error material o revocación. Por lo tanto, cabe afirmar que la revocación, en la práctica, constituye una vía equivalente al recurso por motivos tasados.¹¹⁰⁵

A propósito del derecho de defensa, un dato relevante es el hecho de que la expedición del certificado solamente será posible si la persona contra la que se dicta la medida ha podido defenderse tal y como se prevé en el artículo 9 REPM. Por tanto, el control de este extremo reside en la autoridad de origen. Esta previsión resulta especialmente relevante en los supuestos en los que se hubiera producido la rebeldía de la persona causante del riesgo. El artículo 6.2 REPM se ocupa precisamente de establecer como presupuesto para la expedición del certificado la comunicación de la iniciación del procedimiento de conformidad con el derecho nacional del EM de origen con el tiempo suficiente y de manera de que se le permita preparar su defensa.

5.5. *Forma y contenido*

A diferencia de la EPO, que implica una comunicación entre autoridades de dos EEMM, en el caso del certificado civil nos encontramos ante un documento emitido por una autoridad judicial pero que presenta la

¹¹⁰⁵ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, pp. 403-404.

víctima. Pero para que esto no suponga una causa de desprotección, el propio Reglamento prevé en su artículo 10 la asistencia a la víctima de la autoridad del EM de origen, siendo que ésta deberá informarla de la autoridad del EM de recepción ante la que debe invocar la medida o instar su ejecución.¹¹⁰⁶

5.6. Derecho aplicable

Igual que sucede en la DEPO, el Reglamento remite al derecho nacional del EM requerido en cuanto al procedimiento a aplicar en el reconocimiento y ejecución del certificado.¹¹⁰⁷ Esto implica que los EEMM deben contar con los mecanismos adecuados para su expedición, rectificación o revocación, así como para su reconocimiento y ejecución. El artículo 17 del propio Reglamento recoge la obligación de los EEMM de proporcionar, en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil establecida mediante la Decisión 2001/470/CE, las normas y procedimientos, así como la información sobre las autoridades competentes.¹¹⁰⁸

La normativa hace posible, si fuera preciso para su efectividad, la adaptación de la medida original, de acuerdo a la ley del EM requerido. Sin embargo, esta posibilidad se encuentra limitada, en la medida en que existe

¹¹⁰⁶ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, p. 399.

¹¹⁰⁷ vid. los artículos 5, 9 y 13 REPM.

¹¹⁰⁸ ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, *op. cit.*, pp. 401-402.

una prohibición de revisión en cuanto al fondo -artículo 13 REPM- y porque se alude únicamente la ubicación general o la distancia mínima a guardar por la persona causante del riesgo, pudiendo ambos ser modificados para que la medida pueda ser adaptada a la nueva ubicación geográfica (considerandos (14) y (20) REPM).¹¹⁰⁹

5.7. Gastos

Solo el considerando (23) hace escueta referencia a los gastos. Apunta que los eventuales gastos para una traducción necesaria que vayan más allá del formulario normalizado deberán asignarse de acuerdo con lo establecido en el EM de origen. Llama la atención que, mientras la DEPO sí tiene un artículo que refiere expresamente cómo deberán sufragarse los gastos, el REPM guarda silencio. Una posible explicación es que, el considerando (8) refiere el REPM es un complemento de la DV, recurriendo, por tanto, a ésta en todo aquello que no esté recogido en el REPM.

6. Requisitos e incidencias en ejecución

La finalidad esencialmente preventiva de las medidas de protección civiles explica el desinterés mostrado por el legislador europeo en regular de forma específica la ejecución, como si hace en cambio en los Reglamentos Bruselas I y Bruselas II bis. El REPM solamente se dedica a la cuestión sobre la ejecutividad de la medida de protección cuando en su artículo 4.1 nos advierte que la medida tendrá fuerza ejecutiva sin que se

¹¹⁰⁹ Podría ocurrir en el caso de que la persona protegida cambiase su lugar de domicilio o de trabajo.

requiera una declaración de ejecutoriedad. La fuerza ejecutiva de una medida de protección civil no puede ir más allá de lo establecido en ella, es el tributo que debe pagarse al principio de reconocimiento mutuo.¹¹¹⁰

6.1. Ejecución

Siguiendo lo indicado en el artículo 9 REPM, recibida la solicitud de reconocimiento por el órgano competente del Estado de ejecución, surge la obligación de homologación de la orden conforme a la legislación interna del Estado de ejecución. Partiendo del principio de equiparación, la autoridad de ejecución gozará de amplia libertad para adaptar lo interesado a su derecho interno tanto a nivel de la forma o contenido de las medidas que pudieran acordarse para un caso análogo como de la naturaleza civil, penal o administrativa de éstas. El reconocimiento supone la aceptación del hecho causante y la presunción, en base al principio de confianza mutua, de la existencia y validez de la medida dictada. La homologabilidad corresponderá a la autoridad competente del EM de ejecución y la vigencia dependerá de la permanencia de la víctima, sin que ésta pueda exceder de los 12 meses -artículos 13 y 14 REPM-.¹¹¹¹

6.2. Quebrantamiento y consecuencias

El REPM guarda silencio, siendo que la única referencia tangencial a éstos la encontramos en “*el procedimiento de ejecución de las medidas de*

¹¹¹⁰ RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 31.

¹¹¹¹ *Ibidem*, p. 28.

protección se regirá por el Derecho del Estado miembro requerido”
(artículo 4.5 REPM).

6.3. Inscripción de medidas de protección en materia civil

El considerando (32) DEPO establecía la creación de unos registros a nivel europeo para poder conocer cuántas EPOs se emiten y ejecutan. No encuentra artículo análogo en el REPM. Consideramos este hecho criticable pues para la correcta investigación y evaluación del uso del instrumento se requieren registros oficiales que nos permitan palpar su viabilidad práctica.

7. Reflexiones

Indica VAN DE WATERING que, mientras el derecho civil lo que busca es resolver disputas entre dos o más sujetos con capacidad legal con la intención de solucionar los futuros problemas, las órdenes de protección civiles pueden imponer obligaciones o restricciones a una persona por la petición de otra para protegerla de futuras actuaciones. Normalmente se considera una ventaja la posibilidad de obtener una orden relativamente rápido, porque los procedimientos civiles no dependen de la cooperación policial y tienen menores estándares “*evidentiary*” que los procedimientos penales.¹¹¹²

En cambio, el derecho penal tiene un carácter diferente. Normalmente los procedimientos no son iniciados por las personas sino por el Estado, básicamente con la intención de condenar y castigar

¹¹¹² VAN DE WATERING, E.J.E. “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, p. 9.

comportamientos pasados criminales y tratar de prevenir que sucedan en el futuro. Así, el derecho penal sirve a un propósito adicional, que es definir como moralmente inaceptable ¹¹¹³ una conducta e intenta que la gente deje de realizar dicho comportamiento mediante el castigo, el tratamiento y los programas de rehabilitación. Las órdenes de protección penales pueden ser emitidas discrecionalmente por el juez, el fiscal y en algunos casos incluso por la policía. Hay un tercer grupo de órdenes de protección, donde la intervención frente a un comportamiento no deseado es posible mediante el derecho administrativo. Para luchar contra los problemas de la violencia doméstica ¹¹¹⁴ en algunos EEMM se introdujeron estas previsiones legales basadas en la temporalidad administrativa de las “*restraining orders*”. La violación de una OP administrativa será considerada normalmente un “crimen” o delito. ¹¹¹⁵

El hecho de ser un instrumento de carácter civil también ofrece una serie de ventajas. El no requerir de la doble incriminación le otorga un reconocimiento mucho más automático. Con la EPO el legislador europeo tuvo en cuenta que quizá el Estado de ejecución no dispone de una protección similar para el caso concreto y ofrece discrecionalidad al Estado

¹¹¹³ El uso de las órdenes de protección penales manda un mensaje más contundente a la sociedad: el acto reprochable es un crimen y el Estado lo castiga. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 148.

¹¹¹⁴ Traducción literal del término “*domestic violence*” utilizado por la autora en: VAN DE WATERING, E.J.E., “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, p. 10.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 9-10.

para que, de acuerdo con su ley nacional, adopte una medida que se corresponda lo máximo posible a la del Estado de emisión. En el caso del EPM, el EM está obligado a reconocer la medida extranjera sin procedimientos intermedios. En otras palabras, no se espera ninguna acción por parte del EM que no sea el reconocimiento automático. Es más, aun en la situación de que dicho Estado no ofrezca una medida de protección a sus propios ciudadanos basada en los mismos hechos, éste seguirá necesitando reconocer las prohibiciones incluidas en la OP del otro EM de acuerdo con el artículo 13.3 ¹¹¹⁶ y el considerando (18) ¹¹¹⁷ REPM. ¹¹¹⁸

Otro de los puntos fuertes que encontramos en el REPM que, en cambio, no vemos en la DEPO es su eficacia, al adelantar un paso la prevención. La DEPO se restringe al ámbito de lo penal siendo que sus estándares de la prueba son más elevados (para otorgar una DEPO tendremos que asumir que existe un riesgo “más allá de cualquier duda razonable”). En cambio, el REPM se encuentra en el ámbito de lo civil, así

¹¹¹⁶ “El reconocimiento de una medida de protección no podrá denegarse alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no permite una medida de este tipo fundada en los mismos hechos”.

¹¹¹⁷ “El presente Reglamento debe tratar exclusivamente del reconocimiento de la obligación impuesta mediante una medida de protección. No debe regular los procedimientos de aplicación o ejecución de la medida de protección ni tratar de las posibles sanciones que cabría imponer en caso de que en el Estado miembro requerido se infrinja la obligación dictada por la medida de protección. Dichas cuestiones se reservan al Derecho de dicho Estado miembro. No obstante, de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión y en particular con el principio de reconocimiento mutuo, el Estado miembro debe garantizar que las medidas de protección reconocidas en virtud del presente Reglamento puedan surtir efecto en el Estado miembro requerido”.

¹¹¹⁸ VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, pp. 211-212.

que únicamente se deberá probar que es más probable que un hecho suceda a que no suceda (esto es, 51% de probabilidad). El ejemplo gráfico lo encontramos en Alemania y España. Alemania ha optado por la practicidad, otorgando las órdenes de protección en juzgados de familia. Para que Alemania dicte una OP no es necesaria la existencia previa de un delito, solo una situación de riesgo para la víctima. El delito vendrá aparejado con el futuro quebrantamiento de la orden. En cambio, el mensaje político que quiso lanzar el Estado Español es la tolerancia cero contra este tipo de violencia. Esto hizo que las OPN españolas se encuentren en el ámbito de lo penal y que, muchas veces, sea más complicada su concesión.

Tal y como apunta RODRÍGUEZ LLAMAS, el Reglamento 606/2013 (REPM) convive necesariamente con el Reglamento (CE) 2201/2003 (Bruselas II bis) y es previsible pensar que ambos instrumentos chocarán en algún momento, quedando por delante una importante labor en la interpretación y aplicación de éstos, lo que sin duda nos permitirá detectar las carencias y defectos que, con la finalidad de ofrecer una adecuada protección a las víctimas de violencia de género y a sus hijos menores, este complejo sistema diseña.¹¹¹⁹

Por último, compartir las reflexiones de CUETO MORENO: la naturaleza jurídica de una institución, en un momento histórico determinado y en un OJ específico, no se configura ni por su denominación ni por el tribunal que las acuerda. Su naturaleza jurídica queda determinada por su esencia, esto es, su contenido y finalidad. En el caso de la protección

¹¹¹⁹ RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, “La aplicación práctica en España del Reglamento 606/2013 de 12 de junio relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *op. cit.*, p. 138.

transnacional de víctimas, las medidas tanto de la EPO como del EPM son restricciones de la libertad de un presunto agresor para proteger a una presunta víctima, algo que, de acuerdo con nuestros principios generales, en la mayoría de los casos tendrá un carácter penal en nuestro país. Y es precisamente por ello que los términos materia civil y materia penal que vemos utilizados en ambos instrumentos son sumamente inexactos dentro de nuestra realidad jurídica.¹¹²⁰

II. La posible colisión con instrumentos de reconocimiento mutuo de carácter penal: las decisiones marco de libertad vigilada y de medidas alternativas a la prisión provisional

El artículo 20 DEPO hace referencia a la relación con otros instrumentos. En su apartado primero indica que la Directiva no afectará al Reglamento (CE) 44/2001¹¹²¹ –actualmente derogado por el Reglamento 1215/2015-, ni al Reglamento CE 2201/2003, ni a los Convenios de la Haya

¹¹²⁰ CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 256.

¹¹²¹ Este Reglamento inició “el camino que expuso el Consejo en el Programa de 2000, de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que como etapa final contempla la supresión general del exequátur”. GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario”, *InDret*, 2003, p. 9.

de 1996 y 1980 ¹¹²² respectivamente. Mientras que en el primer apartado del artículo nos estamos refiriendo a instrumentos civiles, el segundo apartado hace referencia a dos Decisiones Marco: la DM 2008/947/JAI de libertad vigilada y la DM 2009/829/JAI de medidas alternativas a la prisión provisional. Previo al estudio de las Decisiones Marco, conviene recordar que el nombre de ambas no se corresponde con el sentido que tiene en la legislación interna. ¹¹²³

Las Decisiones Marco son de carácter penal y tienen zonas grises en las que resulta dudoso si hacer uso de una EPO o de una de las medidas recogidas en éstas. Refiere EPOGENDER II que, en determinados supuestos, no resulta claro cuándo será más apropiado hacer uso de la DEPO para proteger a las víctimas y cuando lo será hacer uso de las Decisiones Marco. ¹¹²⁴ Con carácter general, haremos uso de la DEPO

¹¹²² La necesidad de hacer uso de una EPO quedó patente a propósito del caso “Juana Rivas”. En este caso, la mujer refiere ser víctima de violencia de género –utilizando el concepto de género de la LO 1/2004- así como que está sometida a malos tratos continuados en el ámbito del hogar. Es por ello que decide venirse desde Italia con sus hijos a España. Pero cuando vino a España y decidió no devolver a sus hijos cometió un secuestro de menores. En el caso de que hubiese solicitado una EPO -y que le hubiese sido efectivamente concedida al poder acreditar el maltrato- tanto para ella como para sus hijos, no nos estaríamos moviendo por el campo de la ilicitud. Actualmente, ha sido condenada por sustracción de menores. La sentencia se encuentra recurrida.

¹¹²³ SANZ ÁLVAREZ, Ana Cristina, “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género: La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 85.

¹¹²⁴ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 19.

cuando la víctima se desplace y de las Decisiones Marco cuando sea el victimario el que vaya a desplazarse. En caso de haberse desplazado la víctima y más tarde el victimario, se suspenderá la EPO para aplicar una de las dos Decisiones Marco. También cabe que, tras el quebrantamiento de una EPO, se opte por hacer uso de las Decisiones Marco pues, como nos indica SANZ ÁLVAREZ, estos tres instrumentos coinciden en el ámbito de la protección de víctimas, pero se refieren a distintas fases procesales y distintos requisitos.¹¹²⁵

Ejemplo 5. Uso de Decisiones Marco en lugar de DEPO

Factual scenario	Notes
<p data-bbox="224 766 558 797"> HUNGARY →  POLAND</p> <p data-bbox="159 811 623 933"><i>A couple from Poland goes on holiday to Hungary for one week, where he beats her. She receives protection measures in Hungary and requests for the issuing of an EPO in order to extend her protection to Poland when they both go back to Poland.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"><li data-bbox="649 784 1101 857">• If both go back to Poland, the Framework Decisions have preference over the provisions of the Directive, and no EPO would be issued.<li data-bbox="649 860 1101 933">• If the aggressor decides to stay in Hungary while the victim returns to Poland, then an EPO should be requested.

Fuente: EPOGENDER II (2017)

¹¹²⁵ SANZ ÁLVAREZ, Ana Cristina, “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género: La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal”, *op. cit.*, p. 85.

El considerando (24)¹¹²⁶ indica que la DEPO es una directiva de víctimas, que se activa conforme se mueve o desplaza la víctima.¹¹²⁷ Esto significa que no se va a hacer transferencia al Estado de ejecución de las competencias sobre las penas ni medidas de seguridad impuestas al causante del peligro. Es una directiva para la protección de víctimas, que aplicaremos cuando sea la víctima quién se desplaza. Es una llamada de atención al agresor, para indicarle que va a tener restringido su derecho a la libre circulación en un punto concreto de Europa a donde la víctima ha decidido desplazarse. En caso de que sea el agresor el que se desplace, no vamos a hacer uso de este instrumento, utilizaremos la DM de libertad vigilada o la DM de medidas alternativas a la prisión provisional.

¹¹²⁶ En este mismo sentido, el legislador español, consciente de la posible colisión frontal de los tres instrumentos de reconocimiento mutuo, en los artículos 131.2 in fine y 132 LRMRP establece las normas para determinar el órgano competente para conocer y ejecutar dichas medidas de reconocimiento mutuo.

¹¹²⁷ Encontramos un ejemplo de lo intrincado que puede ser el ámbito de aplicación de estos instrumentos con la DEPO: “This was the case of a judicial resolution adopted by Court for Violence against Women in Spain in 2016, where a victim of gender violence, the former spouse of the aggressor, regarding whom criminal protection measures had already been adopted, requested an EPO. The judge, knowing that both the protected person and the aggressor were to travel to Germany to spend the Christmas holidays, decided to issue a decision imposing the same three protection measures, but based on supervision measures as alternative measures to provisional detention instead of an EPO. Therefore, one of the objectives of the Directive on the EPO is to allow these protection measures to be recognized and executed in a third State to which the victim moves or has moved, i.e. neither the State where the criminal proceedings were held, nor the State where the accused or convicted person finds him or herself (the State of supervision). In such cases, the protection order exclusively focuses on the victim and only indirectly concerns the offender, except when there is a breach of the protection measures imposed to the aggressor”. SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 30.

1. Mismo objetivo, diversas perspectivas

Señala ARANGÜENA FANEGO que, aunque estas medidas puedan tener contenido idéntico, la perspectiva es diversa. Las resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión o sobre libertad vigilada están enfocadas en el imputado o condenado y la medida que se adopta, y a la que se le otorga eficacia transnacional, “se traslada con él” tutelando de manera inmediata los fines del proceso -posibilitar su disponibilidad- pero también los del propio procesado o condenado -por medio de esta medida elude la prisión-. Estos instrumentos también tutelan a la víctima, aunque de manera mediata, porque al vigilar al victimario se protege a ésta. En cambio, en la EPO, la perspectiva es diametralmente opuesta pues se proyecta directa e inmediatamente sobre la víctima, a la que “se acompaña y protege” cuando se trasladada a otro Estado.¹¹²⁸ La clave está en que mientras la DEPO pone el acento en el lugar de residencia de la víctima, el *leitmotiv* de las Decisiones Marco es el lugar de residencia del investigado o condenado.¹¹²⁹

Por lo que respecta a la principal diferencia entre ambas Decisiones Marco estriba en que la DM de libertad vigilada es una medida que se decreta a través de una resolución judicial firme en la que se impone una sanción penal tal y como queda recogido en los artículos 93 y ss LRMRP. En cambio, la DM de medidas alternativas a la prisión provisional refiere medidas cautelares cuyos objetivos, de acuerdo con el artículo 109.2

¹¹²⁸ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 498.

¹¹²⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, *op.cit.*, p. 143.

LRMRP, son garantizar la debida acción de la justicia, especialmente la comparecencia en juicio del sujeto procesado, mejorar la protección de las víctimas, la seguridad ciudadana y promover la adopción de resoluciones de libertad provisional para imputados que no son residentes del EM donde se sigue el proceso en su contra.¹¹³⁰

Dado que las tres normas confluyen,¹¹³¹ de alguna manera, en el objetivo común (mediato e inmediato) de proteger a la víctima del delito,¹¹³² su mutua conexión exige comprobar si en la LRMRP se ha llevado a cabo una transposición concorde a tales instrumentos. Sin duda, este objetivo viene facilitado por la novedosa técnica legislativa empleada por la LRMRP que, dejando de lado la habitual dispersión en la transposición de legislación europea, ha apostado por un único texto para garantizar la mejor y concordada transposición de instrumentos diversos y así reducir la complejidad y facilitar su empleo a los operadores jurídicos. Constata ARANGÜENA FANEGO, una vez más, el tradicional error en que suele incurrir el legislador español en la transposición de normas europeas: su

¹¹³⁰ VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “Algunos aspectos conflictivos sobre la ejecución de la Orden Europea de Protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*. Tirant lo Blanch, núm. 22, 2017, p. 144.

¹¹³¹ A propósito de la convergencia, puede leerse: VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?” *op. cit.*, pp. 273-278.

¹¹³² Así lo indica la propia LRMRP en su artículo 109.2.

excesivo apego a la literalidad ¹¹³³ de las normas que incorpora ignorando a veces que incorporar no es traducir ¹¹³⁴ y olvidando que, por más que transponga una legislación europea, se trata de una norma española que debe ser aplicada por jueces, fiscales, letrados de la administración de justicia, abogados y oficinas de víctimas españolas, razón por la cual hubiera sido deseable una mayor precisión desde el punto de vista procesal, indicando en cada momento “quién, cómo y mediante qué tipo de resolución se debe actuar”. ¹¹³⁵

1.1. La Decisión Marco 2008/947/JAI de libertad vigilada

La DM 2008/947/JAI ¹¹³⁶ sobre resoluciones de libertad vigilada, apuesta por una mejor reinserción social en el país de origen y permite el

¹¹³³ A pesar de la literalidad que se desprende de la transposición de la Directiva 2011/99/UE, ARANGÜENA FANEGO achaca al legislador “algunos errores imperdonables detectados bien en el propio texto de la LRM RP (v. gr. Omisión de varios apartados en el certificado del Anexo VIII) bien en la complementaria Ley Orgánica 6/2014 (falta de reflejo en la LOPJ de las nuevas competencias de los órganos colegiados que se indican en la LRM RP que hubieran exigido una inmediata corrección de errores)”. ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, p. 535.

¹¹³⁴ Esta misma idea queda reflejada en: BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 4-5.

¹¹³⁵ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *op. cit.*, pp. 498-499.

¹¹³⁶ Aunque excede del objeto de estudio de esta tesis doctoral, ofrece una visión panorámica de este instrumento. Esta obra se encuentra dividida en tres partes. En la primera parte hace referencia a 26 legislaciones nacionales. La parte segunda refiere la implementación práctica del instrumento. Por último, una parte tercera se refiere a recomendaciones para la mejora de éste: FLORE, Daniel, STÉPHANIE, Bosly,

traslado al EM de residencia habitual de las personas condenadas a las que se ha concedido la libertad vigilada o se les ha impuesto pena sustitutiva en un EM distinto del suyo, de manera que el EM de residencia habitual del condenado supervisará el cumplimiento de la condena que fue impuesta por otro EM.

1.1.1. Medidas contempladas

La DM 2008/947 recoge dos medidas que coinciden con las recogidas en el artículo 5 DEPO. En concreto, 1) la obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas y 2) la obligación de evitar todo el contacto con personas específicas en su artículo 4.1 b) y f). Por lo que respecta a la legislación española, este instrumento está implementado en el Título IV LRMRP, artículos 93 y ss. Su ámbito de aplicación queda establecido en los artículos 93 y 94 LRMRP que, aunque “habla de libertad vigilada, poco o nada tiene que ver con la libertad vigilada prevista en nuestra legislación”.¹¹³⁷

Las sentencias cuyo régimen de reconocimiento y ejecución queda regulado en el Título IV “Resolución de libertad vigilada” son resoluciones firmes dictadas por la autoridad competente de un EM siempre y cuando en su cumplimiento se acuerde una de las siguientes situaciones (artículo 93):

HONHON, Amandine, MAGGIO, Jacqueline (eds.), *Probation Measures and Alternatives Sanctions in the European Union*, Intersentia, Cambridge - Antwerp – Portland, 2012.

¹¹³⁷ SANZ ÁLVAREZ, Ana Cristina, “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género: La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal”, *op. cit.*, pp. 87-88.

1. La libertad condicional
2. La suspensión de condena, total o parcial, que imponga una o varias medidas que puedan comprenderse bien en la propia sentencia, bien en una resolución independiente
3. La sustitución de una pena por otra que imponga 1) la privación de un derecho, 2) una obligación o 3) una prohibición que no constituya ni pena ni medida privativa de libertad ni sanción pecuniaria
4. De acuerdo con el Derecho del Estado de emisión, una medida de libertad vigilada tras una condena condicional

Las posibles medidas de libertad vigilada para las situaciones previamente descritas las encontramos en el artículo 94 del mismo cuerpo legal:

1. La obligación de la persona condenada de comunicar su cambio de domicilio o de lugar de trabajo
2. La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas
3. La imposición de limitaciones respecto de la salida del territorio
4. Requerimientos relativos a la conducta, residencia, educación, formación, etc.
5. Obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica
6. Prohibición de contacto con determinadas personas o con los objetos utilizados para la realización del hecho delictivo
7. Reparación económica del daño

8. Realización de trabajos en beneficio de la comunidad
9. Asistencia a tratamiento terapéutico o de deshabitación

Éstas pueden haber sido impuestas con carácter principal en la sentencia, sin necesidad a que respondan a la sustitución de otras penas impuestas. Observamos que las medidas coinciden con las previstas en el artículo 48 CP (que se pueden imponer en sentencia) y las previstas en el artículo 93 CP (que contempla medidas en casos de suspensión de condena). Será requisito para la transmisión de estas medidas una previa resolución judicial firme que las imponga. Esta resolución podrá ser una sentencia o un auto posterior en el que se impongan como medidas en los casos de sustitución de pena o suspensión de condena. Hay que tener en cuenta que, en el caso de que para la suspensión se supedite el pago de la indemnización a la víctima, la obligación de pago también será transmisible de acuerdo con el artículo 94.h. En cambio, no es transmisible por medio de este instrumento una resolución de impago, regulada en el Título IX “Resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias” de la misma LRM RP.¹¹³⁸

1.1.2. Requisitos en la emisión

La emisión de un formulario para transmitir a otra autoridad del EM receptor debe acordarse por el órgano judicial encargado de la ejecución de la sentencia firme de acuerdo con los requisitos especificados en el artículo 96 LRM RP. La transmisión se realizará al EM donde el condenado tenga

¹¹³⁸ SANZ ÁLVAREZ, Ana Cristina, “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género: La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal”, *op. cit.*, pp. 87-88.

su residencia habitual, siempre y cuando haya manifestado su voluntad de trasladarse a dicho Estado. También se podrá transmitir a un tercer EM si el condenado ha manifestado su voluntad de trasladarse y el EM lo autoriza. Para la transmisión hay que enviar, junto al formulario, la sentencia y, en su caso, la resolución de libertad vigilada cuya ejecución se solicita a la autoridad judicial del EM que va a ejecutar la medida.

1.1.3. Control de la doble incriminación y causas de denegación

A diferencia de la DEPO, que reconoce como causa de denegación en su artículo 10.1 c) el hecho de que la medida de protección sea un hecho que no constituya infracción penal en el EM de ejecución, la DM 2008/947/JAI contiene dentro del catálogo de delitos excluidos de doble tipificación las lesiones graves y el homicidio doloso (artículo 20 LRMRP). Compartimos con SANZ ÁLVAREZ que, en los casos tipificados como violencia de género en nuestra legislación que no constituyen lesiones graves (amenazas, malos tratos continuados, etc.) pueden darse problemas en el reconocimiento.¹¹³⁹

No obstante, usando este instrumento resultará más sencillo el reconocimiento mutuo porque además se da la circunstancia de que el control de doble incriminación requerido para la DEPO, de acuerdo con el artículo 20.3 LRMRP, es obligatorio y, en cambio, para la DM facultativo.

¹¹³⁹ Ibidem, p. 93.

1.2. La Decisión Marco 2009/829/JAI de medidas alternativas a la prisión provisional

La DM 2009/829/JAI relativa a resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional, también conocida como “orden europea de vigilancia”, está pensada para posibilitar que las personas que estén pendientes de juicio en un EM distinto puedan regresar al EM de su residencia habitual, sujetos a una medida de vigilancia alternativa a la prisión provisional.

Esta orden europea de vigilancia permite supervisar a las autoridades competentes de un EM las resoluciones adoptadas en un proceso penal celebrado en otro EM por las que se imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia de la libertad provisional. Siendo, por tanto, su ámbito de aplicación y competencial la fase de instrucción en los casos de adopción de medidas cautelares de protección de la víctima.

1.2.1. Medidas contempladas

En cuanto a las medidas que coinciden con las recogidas en el artículo 5 DEPO, la DM 2009/829/JAI recoge 1) la obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas y 2) la prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos en su artículo 8.1 b) y f).

El artículo 110 LRMRP especifica en once apartados las medidas de vigilancia susceptibles de transmisión a otro EM. Entre ellas, hemos seleccionado las que se aplican a la protección de la víctima:

1. Comunicar el cambio de domicilio a la autoridad competente del Estado de ejecución
2. Prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas en el Estado de emisión o de ejecución
3. Obligación de permanecer en un lugar determinado un periodo de tiempo determinado
4. Obligación de respetar las limitaciones impuestas respecto de la salida del territorio del Estado de ejecución
5. Obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica
6. Prohibición de acercamiento a determinadas personas

Además, la ley prevé en el artículo 114 LRM RP la posibilidad de que el investigado tenga abiertas varias causas. En ese caso, se exige que cada órgano judicial competente adopte la resolución oportuna y, si alguno decidiese no emitir resolución de orden europea de vigilancia, lo debe comunicar al resto de autoridades para que suspendan su tramitación.

1.2.2. Requisitos en la emisión

El juez de instrucción, de oficio o a instancia de parte, deberá dictar una resolución en la que acuerde motivadamente la emisión del formulario indicando las razones de protección de la víctima y la necesidad de la medida a la vista de las circunstancias previamente expuestas con el máximo detalle.¹¹⁴⁰

¹¹⁴⁰ Ibidem, p. 92.

1.2.3. Control de la doble incriminación y causas de denegación

Quedan excluidos del control de doble incriminación los delitos contemplados en el artículo 20 LRMRP. Nuevamente, encontramos el problema de que la violencia de género no aparece como causa de exclusión de la doble incriminación. Además, de acuerdo con el apartado tercero de ese mismo artículo, el reconocimiento y ejecución de una EPO es taxativo (no como en la DEPO que resultaba potestativo). En cambio, en la DM la ausencia de doble incriminación es una causa de denegación facultativa.

2. La designación del órgano competente

Dependiendo del instrumento que utilicemos el órgano competente será diferente. Dado que estas medidas cautelares pueden afectar a diversos estadios del procedimiento, hemos preferido tratar la designación del órgano competente para la ejecución y emisión de la DEPO y las Decisiones Marco de manera conjunta en lugar de en compartimentos separados. La DEPO, consciente del posible choque entre los tres instrumentos normativos -un mismo hecho delictivo podría ser fundamento de resoluciones de libertad vigilada, de medidas alternativas a la prisión provisional y de EPOs- indica que los regímenes de las Decisiones Marco son incompatibles con el régimen de la DEPO. La ejecución de una EPO quedará sin efecto en el caso de que se haya transmitido posteriormente al Estado de ejecución una resolución de libertad vigilada o de medidas

alternativas a la prisión provisional de acuerdo con el artículo 14.1.b) DEPO.¹¹⁴¹

La Directiva reguladora de la EPO trata de conciliar los ámbitos reguladores de los tres instrumentos¹¹⁴² a través de mecanismos de coordinación o exceptuando la aplicación del régimen establecido en la Directiva a favor de los otros dos instrumentos, evitando en todo caso que la ejecución de medidas de protección y supervisión de medidas de vigilancia (o *de probation*) puedan coincidir en un mismo EM. En otras palabras, establece la incompatibilidad de una doble tutela a cargo del Estado destinatario de las medidas. Esto no impide que pudiera adoptarse una EPO para ser reconocida en un EM al que se traslada la víctima con independencia de que ya exista una de vigilancia en el Estado donde el imputado se encuentra -Estado de supervisión-¹¹⁴³ siempre y cuando éste sea distinto del Estado de emisión y del Estado de ejecución de la EPO. Ambos instrumentos han sido transpuestos al OJ español, igual que la DEPO, por la LRM RP y la LO 6/2014, complementaria de ésta y que modifica la LOPJ.

¹¹⁴¹ GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹¹⁴² Prueba de ello son los artículos 2, 7, 12, 13.1.b), 13.3, 13.4, 14.1.d), 20 y los considerandos (16) y (33)

¹¹⁴³ El artículo 2.7 DEPO define el estado de supervisión como “*el Estado miembro al que se haya transmitido una sentencia según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI*”.

2.1. Ejecución

Los órganos competentes para ejecutar las resoluciones de libertad vigilada serán los Juzgados Centrales de lo Penal (artículo 95 LRM RP).¹¹⁴⁴ Para la ejecución de las medidas alternativas a la prisión provisional serán los jueces de instrucción o los de violencia sobre la mujer del lugar donde el imputado decida establecer su residencia (artículo 111 LRM RP).¹¹⁴⁵ En cambio, como ya se ha dicho anteriormente, los competentes para la ejecución de las EPOs son los Juzgados de Instrucción o los JVSM donde la víctima reside o tenga intención de hacerlo (artículo 131.1 LRM RP). No obstante, si previamente se transmitió una resolución de libertad vigilada o de medida alternativa a la prisión provisional, mantendrá la competencia el mismo juez que previamente conoció y ejecutó dichas sentencias (artículo 131 *in fine* LRM RP).¹¹⁴⁶ Y precisamente esta subsidiariedad que la DEPO

¹¹⁴⁴ “Autoridades judiciales competentes en España para transmitir y ejecutar una resolución de libertad vigilada 1. Son autoridades de emisión de una resolución de libertad vigilada los Jueces o Tribunales que conozcan de la ejecución de la sentencia o resolución de libertad vigilada. 2. Es autoridad competente para reconocer y acordar la ejecución de una resolución de libertad vigilada transmitida por la autoridad competente de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Juez Central de lo Penal. Cuando la resolución de libertad vigilada transmitida se refiera a un menor será competente el Juez Central de Menores”.

¹¹⁴⁵ “Autoridades competentes en España para emitir y ejecutar una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional 1. Son autoridades de emisión de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional los Jueces o Tribunales que hayan dictado la resolución de libertad provisional del imputado en el procedimiento penal. 2. Son autoridades competentes para reconocer y ejecutar una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde el imputado tenga establecida su residencia, respecto a los delitos que sean de su competencia”.

¹¹⁴⁶ “Autoridades competentes en España para emitir y recibir una orden europea de protección 1. Son autoridades competentes para emitir y transmitir una orden europea de protección, los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha

propugna con respecto a la libertad vigilada y las medidas alternativas a la prisión provisional, es un punto que VEGAS AGUILAR considera criticable. Las Decisiones Marco fijan la competencia en juzgados que se alejan del domicilio de la víctima ¹¹⁴⁷ y, en el caso de víctimas que no residen en nuestro país, la cercanía entre éstas y el órgano jurisdiccional competente, harán que puedan ejercer su derecho de manera más eficaz e inmediata. ¹¹⁴⁸

2.2. Transmisión

En el caso de que sea el juez nacional aquél que transmita la medida, el competente para la emisión siempre será el que conoce del procedimiento y, en el marco de éste, dictó la medida de reconocimiento mutuo. Por lo que respecta al juez que deberá conocer en el Estado de ejecución, nuevamente

emitido la resolución adoptando la medida de protección. 2. Son autoridades competentes para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima reside o tenga intención de hacerlo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. No obstante, cuando se hubieran emitido resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección, el mismo Juez o Tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones".

¹¹⁴⁷ La atribución de la competencia territorial al juzgado del domicilio de la víctima no deviene una solución nueva en nuestro derecho. La LOVG en su artículo 59 incorporó un nuevo artículo 15 bis a la LECrim para establecer que la competencia territorial para el conocimiento de aquellos asuntos que fuesen competencia de los JVSM vendría determinada por el lugar del domicilio de la víctima.

¹¹⁴⁸ El autor hace especial énfasis al hecho de que víctima y victimario pueden tener domicilios en partidos judiciales diferentes. VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, "Algunos aspectos conflictivos sobre la ejecución de la Orden Europea de Protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo", *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*. Tirant lo Blanch, núm. 22, 2017, p. 153.

la DEPO muestra su relación de subsidiariedad con respecto de las otras dos medidas (artículo 132 LRMRP).¹¹⁴⁹

III. La previsible interacción con la Directiva 2014/41/CE sobre la orden europea de investigación en materia penal

Aunque en el momento de suscribir estas líneas no tenemos constancia de la interacción de ambos instrumentos en la práctica, consideramos que, en algún momento, lo harán. El aumento de las relaciones con componente de extranjería, la reducción del coste y mejora de los medios de transporte, la facilidad de movimiento dentro de la UE y los flujos migratorios por trabajo y/o estudios van a hacer que cada vez sea más tangible y necesario un verdadero derecho europeo. Conforme se comiencen a utilizar ambos instrumentos de un modo más “cotidiano” vemos muy probable que colisionen debido al elemento de extranjería fugaz que muchas veces caracteriza la adopción de una EPO. Además, tal y como están regulados ambos instrumentos en la LRMRP, su interacción no plantea mayores problemas que los asociados a la comunicación entre distintos EEMM con diferentes sensibilidades e historias legislativas. La LRMRP ha constituido un texto normativo que responde a la experiencia y dificultades prácticas en la cooperación judicial y la aplicación del

¹¹⁴⁹ “Relación de la orden europea de protección con otras resoluciones de reconocimiento mutuo. Cuando previamente se haya transmitido a otro Estado miembro o se transmita con posterioridad una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional o de libertad vigilada previstas en esta Ley, las medidas de protección de la víctima o posible víctima se adoptarán de acuerdo con las normas que regulan esas resoluciones y por la autoridad competente para adoptar estas resoluciones, sin perjuicio de que pueda transmitirse a otro Estado miembro distinto una orden europea de protección”.

reconocimiento mutuo,¹¹⁵⁰ facilitando así la utilización de los instrumentos en ella regulados.

1. Definición de orden europea de investigación

Si acudimos al artículo 1.1 de la Directiva podemos definir la OEI¹¹⁵¹ como “*una resolución judicial emitida o validada por una autoridad judicial de un Estado miembro («el Estado de emisión») para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro («el Estado de ejecución») con vistas a obtener pruebas*”.¹¹⁵² Por lo que respecta a la transposición al OJ español,¹¹⁵³ de acuerdo con el artículo 186.1 LRMRP “*la orden europea de investigación es una resolución penal emitida o*

¹¹⁵⁰ TINOCO PASTRANA, Ángel, “La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español”, *Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 3, 2018, p. 117.

¹¹⁵¹ Debido a cuestiones de espacio, no podemos excedernos en la explicación del instrumento de la OEI. Para más información sobre este instrumento puede leerse: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena *La orden europea de investigación. Actos de Investigación, Ilicitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza*. Tirant Lo Blanch, 2016; KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 421-460.

¹¹⁵² Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014 relativa a la orden europea de investigación en materia penal.

¹¹⁵³ Transposición que, como en la mayoría de EEMM, llegó tarde: “el peor de los escenarios posibles se ha materializado y la fecha marcada ha sido desatendida por la mayor parte de los Estados miembros. Poco ha pesado el hecho de que el incumplimiento de la obligación de transposición en plazo pueda dar lugar a un procedimiento de infracción ante el TJUE dirigido a que el Estado incumplidor acate y aplique adecuadamente el derecho UE y lo haga más rápidamente posible, incluyendo el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva por día de retraso impuesta por el TJUE dentro del límite del importe indicado por la Comisión, institución legitimada activamente para iniciar el procedimiento”. ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, p. 914.

validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal". Observamos que, al igual que sucede con la EPO, la OEI no define qué debe entenderse por "medida de investigación". Durante las negociaciones del instrumento la Comisión propuso que se diera una definición de "medida de investigación", pero no prosperó.¹¹⁵⁴

La inexistente concepción común acerca del principio de proporcionalidad en materia de diligencias de investigación a nivel europeo hace que la OEI tenga que optar por flexibilizar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. No en vano, el "test de proporcionalidad" provocó un intenso debate por la dificultad de armonización del concepto a nivel UE.¹¹⁵⁵ Refiere BACHMAIER WINTER que es éste un "instrumento híbrido formalmente basado en el principio de reconocimiento mutuo, pero intrínsecamente análogo a los instrumentos de asistencia judicial mutua. O quizá a la inversa". Al tener que incluirse motivos de denegación y excepciones a la ejecución de la OEI, se desdibujaron las diferencias entre los instrumentos basados en el reconocimiento mutuo y los de cooperación propios de la asistencia judicial mutua. Pero la autora hace una lectura optimista de este fenómeno al indicar que "unos podrán afirmar que la EIO

¹¹⁵⁴ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016 p. 308.

¹¹⁵⁵ TINOCO PASTRANA, Ángel, "La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español", *Rivista quadrimestrale on line sullo Spaziu europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 3, 2018, p. 123.

representa el fracaso del reconocimiento mutuo, mientras que otros podrán interpretarlo como la victoria del pragmatismo y un avance más hacia un espacio judicial europeo. Lo que resulta claro, es que este texto refleja que, en ausencia de una mayor armonización legislativa entre los diferentes estados miembros, no puede exigirse una confianza mutua en materias tan sensibles ¹¹⁵⁶ como las de acordar escuchas telefónicas o practicar una entrada y registro domiciliario”. ¹¹⁵⁷

2. Un posible caso práctico

Pongamos por ejemplo una pareja de franceses que reside en España. Tras una situación de violencia de género grave, ella decide regresar a Francia a casa de sus padres y él, en cambio, opta por permanecer en España. Lo óptimo sería que mediante un juicio rápido ella tuviera a disposición su medida de protección transnacional antes de abandonar el país.¹¹⁵⁸ Pero no siempre se da esta situación. Si por diversos motivos no pudo celebrarse el juicio rápido y el proceso se vio convertido en un abreviado, o si directamente no es aplicable el cauce del juicio rápido por el tipo de delito, cabe la posibilidad que el día de la vista la víctima ya no se encuentre en el país.

¹¹⁵⁶ A propósito de la prueba transfronteriza puede leerse: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena *La orden europea de investigación. Actos de Investigación, Ilícitud de la prueba y Cooperación judicial transfronteriza*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 13-50.

¹¹⁵⁷ BACHMAIER WINTER, Lorena “La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad” *op. cit.* pp. 12-13.

¹¹⁵⁸ En el mismo sentido, PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, *op. cit.*, pp. 61-74.

Este elemento de extranjería fugaz puede darse también en los testigos. Cabe imaginar que la situación suceda cuando unos familiares o amigos van a visitarlos. Estos testigos de los hechos van a abandonar el país, pero su declaración es clave para considerar la necesidad de adopción de una EPO. De la valoración que extraiga el juez/a del riesgo que tiene la mujer en Francia dependerá que le otorgue, o no, esta medida de protección. Si, por ejemplo, los testigos refieren que su (ex) pareja viaja a Francia un par de veces al mes por motivos laborales el riesgo es mayor que si ella fuera de nacionalidad francesa y él de nacionalidad española. Estas son solo dos de las múltiples hipótesis que pueden darse para requerir de ambos instrumentos en la práctica siendo que, por ejemplo, el hecho de tener hijos comunes puede incrementar también el riesgo pues existe un elemento que les une pese a haber finalizado la relación.

3. Órgano competente y requisitos para la emisión

De acuerdo con el artículo 187.1, las autoridades competentes para la emisión de una OEI son *“los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que se debe adoptar la medida de investigación o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento”*. El órgano competente designado por la OEI no plantea problemas con respecto del órgano competente para la emisión de una EPO. De acuerdo con el artículo 131 LRMRP, por norma general, emitirán y transmitirán las EPOs aquellos jueces o tribunales que conozcan del procedimiento. Por tanto, en el supuesto práctico que hemos planteado el juez/a competente tanto para emitir la OEI como la EPO será el juez de instrucción o de violencia sobre la mujer dependiendo de si existe, o no, juzgado específico o si es un juzgado de lo penal el que tiene las

competencias atribuidas. Del mismo modo, finalizada la instrucción, cabría la posibilidad de que fuese el juzgado de lo penal o la audiencia provincial quien considerase necesaria la adopción de una EPO y, para ello, una OEI.

El artículo 189.1.a LRMRP nos indica que la emisión de una OEI debe ser necesaria y proporcionada a los fines para los que se está solicitando, teniendo siempre presentes los derechos del investigado o encausado.¹¹⁵⁹ Aunque es más probable que este artículo se esté refiriendo a medidas restrictivas de derechos como pueden ser la intervención de las comunicaciones o la información de cuentas bancarias, en todo caso la autoridad española deberá ponderar la necesidad y los fines a la hora de solicitar una OEI. El apartado segundo de este mismo artículo consideramos si puede resultar de aplicación para la emisión de una EPO. En el caso de que la autoridad española competente requiera de un plazo más corto que el que, con carácter general, se prevé para la ejecución de la medida de investigación puede razonarlo en la solicitud. Así, siguiendo con el ejemplo, en el caso de que la mujer sea considerada como víctima de alto riesgo y se haya vuelto a Francia sin ningún tipo de protección, la solicitud de un plazo más corto está más que justificada por las consecuencias negativas para la víctima que podría tener no protegerla a tiempo.

¹¹⁵⁹ Esta transposición resulta coherente con los fines de la directiva que “cuida especialmente (...) en esta fase de emisión la observación por parte de la autoridad judicial o fiscal, por un lado, de los principios de necesidad y proporcionalidad a los fines del proceso y, de otro, de garantizar el respeto y preservación de los derechos del imputado o acusado (art. 6)”. DÍAZ PITA, M. Paula, “Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal. Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI): La investigación y obtención de pruebas transfronterizas en la Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 221.

Por su parte, el artículo 197.1 es el que nos habilita a hacer uso de la OEI para citar, siguiendo con el ejemplo, a los familiares franceses que vinieron a visitar a la pareja y fueron testigos de la agresión. Cuando la autoridad española que “*esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír al investigado o encausado o a un testigo o perito que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que dicha declaración se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual*”. Por último, al igual que sucede con la EPO, la solicitud de OEI ¹¹⁶⁰ se transmitirá de acuerdo con el formulario multilingüe que encontramos en el Anexo XII y que, en todo caso, debe contener los extremos recogidos en el artículo 188 LRMRP.

IV. La necesidad de estudiar la Directiva 2011/99/UE, sobre la orden europea de protección, en relación con la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

La DV ¹¹⁶¹ supuso una iniciativa pionera en la UE. Y con su incorporación a España con el nuevo Estatuto de víctimas del delito nuestro

¹¹⁶⁰ Para más información a propósito de la obtención, cesión y tratamiento de datos personales mediante la OEI puede leerse: GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Garantías del investigado y acusado en orden a la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en el proceso penal. A propósito de la Directiva (UE) 2016/680 y su impacto en materia de prueba penal”, *op. cit.*, pp. 145-146.

¹¹⁶¹ Para más información sobre este instrumento puede leerse; KAMBER, Krešimir, *Prosecuting Human Rights Offenses. Rethinking the Sword Function of Human Rights Law*, Brill Leiden, Boston, 2017, pp. 202-206.

legislador, en consonancia con la normativa comunitaria, pretende dar una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también de carácter social, a las víctimas. Esta respuesta va más allá de la reparación de los daños y perjuicios en el marco del proceso penal, persigue también la minimización de cualquier efecto traumático que pueda llegar a padecer la víctima como consecuencia del delito sufrido y con independencia de cuál sea su situación procesal.¹¹⁶²

La EPO es un instrumento de cooperación judicial que debe ser estudiado e interpretado conjuntamente con la DV para poder garantizar de manera completa los derechos procesales de las víctimas en procedimientos criminales. Así, la DEPO establece tres medidas de protección que dan lugar a un marco mínimo estándar de protección. Dado que la protección por medio de la EPO queda únicamente restringida a tres medidas, este defecto debe ser compensado con la implementación conjunta en la práctica de la DEPO y la DV.

Además, dentro de los procedimientos, el derecho de las víctimas debe ser protegido de una manera más efectiva. Esto incluye tener acceso a servicios de interpretación, elemento esencial en el caso de la EPO pues la víctima se mueve a otro EM. Esta provisión, regulada en la DV, puede complementar la DEPO. A este respecto, la DEPO debe ser complementada en materia de gastos con lo establecido en la DV, que ofrece a las víctimas el derecho a pedir una traducción, libre de cargos, de aquella información esencial para el ejercicio de sus derechos en procedimientos penales en el

¹¹⁶² GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 50.

caso de que no entiendan o hablen el lenguaje que se está utilizando. Se da la triste situación de que muchos EEMM no han establecido medidas específicas o provisiones referidas a las personas más vulnerables. El derecho de estas personas se protege, por tanto, de acuerdo con las previsiones de la DV, que se refiere explícitamente a menores y personas con discapacidad.¹¹⁶³

V. ¿Al adoptar una orden europea de protección entra el juego el principio de igualdad?

Surge la siguiente cuestión, ¿es posible que la víctima que no quiere ser protegida no se encuentre en las condiciones adecuadas para valorar su riesgo?¹¹⁶⁴ La práctica forense demuestra que en ciertos ámbitos de la criminalidad relacionada con la violencia doméstica y/o de género, debido a las circunstancias personales o a los efectos que genera este tipo de delincuencia, las víctimas no siempre estarán en condiciones de realizar una valoración de la situación del riesgo o del peligro real en el que puedan encontrarse ellas y sus familiares frente a las amenazas provenientes del imputado o condenado.

Esta cuestión se encuentra estrechamente relacionada con la disponibilidad que de la vigencia de esas medidas protectoras puede

¹¹⁶³ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, pp. 20-21.

¹¹⁶⁴ A propósito del riesgo de las víctimas de violencia de género de acuerdo con el concepto de la LOVG, nos remitimos al Bloque I.

realizarse a instancias de la propia víctima ¹¹⁶⁵ y a propósito de la cual tuvo ocasión de pronunciarse la jurisprudencia del TJUE (C-485/09 y C-1/10 - Gueye y Salmerón Sánchez) ¹¹⁶⁶ con ocasión de la interpretación de los artículos 2 y 8 de la, entonces vigente, DM 2001/220/JAI sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, “*la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal y como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad*”.

La gravedad del riesgo es una incógnita. Los contenidos establecidos en el Anexo I DEPO son muy básicos, y MARTÍNEZ GARCÍA se pregunta “¿hasta qué punto puede o debe un juez español profundizar en la valoración del riesgo y, por tanto, reinterpretar el riesgo que le ha sido dado en origen? ¿hasta qué punto debe usar nuestro programa VIOGEN para dar una protección adecuada al riesgo actual medido?” Coincido con la autora en que no es ésta la función del juez español, sino que lo que debe hacer es reconocer eficacia a aquellas medidas otorgadas por la autoridad de emisión y adoptar las correlativas en nuestro ordenamiento. Esto, en sentido contrario, cuando España sea autoridad de emisión, puede devenir problemático. La autora lo ilustra con un ejemplo que deviene muy gráfico: mujer protegida por alto riesgo en España, que,

¹¹⁶⁵ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁶⁶ STJUE Asunto C-1/10 (Asuntos acumulados C-483/09, C-1/10) Gueye y Salmerón Sánchez, de 15 de septiembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:583).

además, tiene un agente de la autoridad a tal fin. Es probable que, en el país de ejecución, en caso de no tener una sensibilidad similar como la que existe en España, a la autoridad de ejecución le pueda parecer imposible esa medida. Pues, como ya hemos indicado, de acuerdo con la Directiva, protegerá con aquellas medidas “similares” que tenga en su ordenamiento. Continúa MARTÍNEZ GARCÍA indicando que se abren los posibles interrogantes de la responsabilidad por anormal funcionamiento de la administración de justicia, siendo que la Directiva no da ninguna respuesta al respecto.¹¹⁶⁷

Pero, además del principio de igualdad tenemos que hacer referencia al de proporcionalidad. Una medida solo se considerará proporcionada cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el perjuicio de los derechos e intereses afectados sea inferior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. El requisito de la proporcionalidad viene siendo exigido con rigor por la jurisprudencia del TEDH.¹¹⁶⁸ Para la ponderación de ambos intereses en conflicto, “la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social, el bien jurídico protegido, la finalidad, el ámbito de

¹¹⁶⁷ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹¹⁶⁸ vid. SSTEDH Peers v. Greece, núm. 28524/95, de 19 de abril de 2001; Jankausas v. Lithuania, núm. 59304/00, de 24 de febrero de 2005; Valasinas v. Lithuania, núm. 44558/98, de 24 de julio de 2001.

producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”.¹¹⁶⁹

En la adopción de una EPO sucede una situación similar a la que refirió LAURENZO COPELLO para la defensa de la constitucionalidad LOVG respecto del riesgo que trae consigo ser mujer. Dependerá de que se quiera asumir, o no, una evidencia avalada por innumerables estudios y plenamente reconocida por prestigiosos organismos internacionales como uno de los grandes problemas de la sociedad actual, esto es, que el sexo femenino, la condición de ser mujer, es en sí mismo un factor específico que incrementa el riesgo de ser víctima de actos de violencia.¹¹⁷⁰

VI. La no utilización de la orden europea de protección: previsiones de utilización *versus* nula aplicación práctica

Aquello que debía ser un instrumento de protección de víctimas a nivel europeo ha terminado no siendo tan útil como esperábamos. Así pues debemos reflexionar acerca de los motivos por los que no se está haciendo uso ni de la EPO ni del EPM.

¹¹⁶⁹ Auto de Orden de Protección Europea dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vera (20 septiembre 2018) y Auto de Orden de Protección Europea dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Guadix (11 agosto 2017).

¹¹⁷⁰ LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *op. cit.*, p. 19.

1. Estimaciones de uso de la orden europea de protección

Las impulsoras de la EPO, a pesar de la falta de datos, veían una necesidad de protección de las víctimas a la que la UE debía dar una respuesta: “There are no official data either or how many victims with a protection order move from one member State to another. However, by estimating that at least 1% of these victims would move, we extrapolate an average of 1180 potential EPO users in 2008 in the EU”.¹¹⁷¹

Pero no todos los EEMM adoptaron este mantra. Los representantes de República Checa, Alemania y Reino Unido se preguntaban cuál era la verdadera necesidad de una EPO en la práctica. Los tres EEMM indicaban que los casos en los que una persona siga teniendo la necesidad de protección frente a su agresor cuando se ha desplazado a otro EM de la UE son la excepción. Y todavía resultan más raros los casos en los que esa persona que siga en riesgo no vaya a recibir una OPN si la pide de acuerdo con el sistema nacional del país de destino.¹¹⁷²

¹¹⁷¹ En estos términos se pronunciaban las “*rapporteurs of the report on the draft directive on the EPO*” Teresa Jiménez Becerril y Carmen Romero López en: JIMÉNEZ BECERRIL, Teresa, ROMERO LÓPEZ, Carmen, “The European Protection Order”, *The European Criminal Law Associations’ forum* 2011/2, 2011, p. 76.

¹¹⁷² VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, núm. 19, 2011, p. 271.

Francia ¹¹⁷³ y Reino Unido, entre otros, también plantean que dicho problema está parcialmente cubierto por las Decisiones Marco de libertad vigilada y de medidas alternativas a la prisión provisional y se preguntaban qué aporta de más el instrumento de la EPO. Además, por razones prácticas, Alemania y Reino Unido indicaban que pedir una nueva OPN en el EM al que la víctima se desplaza situaría a la víctima en mejor posición que si se reconoce la OP que ya tenía vigente. En el caso concreto de Alemania, su representante indicó que en un par de horas puede emitirse una OP basándose en la legislación alemana, y que pedir la ejecución de una EPO tardaría más. En este sentido, los representantes de Letonia, Austria y Holanda temían que las grandes diferencias entre las OP nacionales de los diversos EEMM causase problemas o, al menos, limitase el valor añadido que suponía la EPO. ¹¹⁷⁴

De entre estas, la mayor crítica era la falta de necesidad de la EPO. Se menciona la excepcionalidad de las medidas de protección en la UE, pero estos datos no reflejan el número de víctimas que han obtenido una medida de protección nacional en un EM, pero que continúan en peligro después de cruzar la frontera y tienen la necesidad de continuar manteniendo la protección de la que disponían en el EM de origen y que,

¹¹⁷³ Francia apuntó que era paradójico reconocer una medida en el país de residencia de la víctima si el agresor no se encontraba en ese mismo país. Indica que la efectividad de la medida no dependía del reconocimiento de la EPO en el lugar en el que la víctima reside, sino del reconocimiento de una medida en el lugar en el que resida el agresor. Y dicho reconocimiento se encuentra cubierto por las Decisiones Marco de libertad vigilada y medidas alternativas a la prisión provisional. VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?” *op. cit.*, núm. 19, 2011, p. 274.

¹¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 271.

por la dificultad de pedir una nueva OP en el país de destino, deciden no pedirla. Además, estos datos solo reflejarían el número de mujeres víctimas -no refleja víctimas hombres ni víctimas menores de edad- ¹¹⁷⁵ en la UE que tienen una medida de protección nacional. Los números exactos los desconocemos, pero muy probablemente sean muchas más las víctimas que las 100.000 mencionadas en el *Explanatory memorandum*. ¹¹⁷⁶ Nuevamente volvemos a encontrarnos con el problema de que no disponemos de cifras para tratar el problema. Y lo que no se nombra no existe. ¹¹⁷⁷ Además, no se utilizan los instrumentos que no se conocen. Esta cifra no indica la poca necesidad de protección, indica el desconocimiento del derecho a ser protegidas transnacionalmente.

¹¹⁷⁵ Reiteramos nuestra crítica al hecho de que no existan datos a propósito del resto de víctimas. La única forma de cuantificar correctamente la gravedad de la violencia en el hogar es que existan registros exactos y fiables tanto de víctimas mujeres como menores y hombres. Estos números servirían, además de para poder analizar la verdadera necesidad de la creación del instrumento de la EPO (las víctimas que más van a hacer uso del instrumento son aquellas que tienen una relación de afectividad o confianza con su agresor), para poder estudiar correctamente el problema de la violencia en el ámbito del hogar y arrojar luz sobre los sujetos que más la sufren.

¹¹⁷⁶ Council of the EU, Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council on the European Protection Order, Explanatory memorandum, Brussels, 6 January 2010, p. 4; VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, p. 272.

¹¹⁷⁷ Una *cansada* VARELA escribe lo siguiente: “Inexactitud. Aún hoy, en pleno boom de la informática, las redes sociales, las estadísticas, en el momento histórico en el que podemos calcular hasta la huella de carbono, la información que tenemos sobre la violencia contra las mujeres es escasa y fragmentaria. Siempre que hablamos de violencia de género lo hacemos sobre magnitudes estimadas, cifras aproximadas y números calculados nunca exactos. Los datos de los que se dispone solo reflejan una parte de la realidad. Aún hoy, la mayor parte de la violencia que sufren las mujeres permanece soterrada, escondida. A pesar de que las cifras que manejamos son escalofrantes (...) ¿No es ese desdén hacia la vida de las mujeres una forma de misoginia en sí mismo?” VARELA, Nuria, *Cansadas. Una reacción feminista frente a la nueva misoginia*, *op. cit.*, pp.113-114.

El segundo de los estudios realizados por el equipo EPOGENDER, cuyas conclusiones fueron expuestas en el PE en octubre de 2017, se pronuncia en los siguientes términos para indicar que, tras años de investigación, únicamente fueron capaces de encontrar 7 EPOs: “the research team could identify only seven EPOs issued sine the entry into force of the directive: four of the seven EPOs were issued in Spain, two in the UK and one in Italy. Given the potential number of victims that could benefit from the recognition of an EPO across the EU, this situation points to serious sub-optimal use of the instrument to date. However, the authors of the study note that in most Member States there are no central registry for systems for EPO, thus creating difficulties in data collection on the enforcement of the EPO. Such data collection is, however, an obligation of the Member States, according to Article 22 of the directive, and is also essential in view of the Commission’s obligation to submit a meaningful report on the application of this directive (article 23), expected in 2018”.

¹¹⁷⁸ Este informe vio la luz el 14 de marzo de 2018. ¹¹⁷⁹

Las conclusiones que desprende el citado informe confirman nuestras afirmaciones, y los peores presagios. Desde la entrada en vigor de la DEPO se ha recopilado muy poca información para poder evaluar el uso del instrumento a escala UE. Solo tienen conocimiento de las siete EPOs

¹¹⁷⁸ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹¹⁷⁹ Informe del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)): Puede leerse en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0065_ES.html?redirect (última consulta 03-07-2019).

que previamente indicó el grupo EPOGENDER en su informe seis meses antes.¹¹⁸⁰ Muestran su desconcierto pues “en 2010 más de 100.000 mujeres residentes en la Unión estaban amparadas por medidas de protección relacionadas con la violencia de género”.¹¹⁸¹ La DEPO no ha dado lugar a la aproximación de las medidas nacionales, siendo que el efecto de lluvia fina¹¹⁸² esperado todavía no ha comenzado. Además, la Comisión no presentó el informe al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la DEPO que debió presentar, de acuerdo con la cláusula de revisión del artículo 23 DEPO antes del 11 de enero de 2016.¹¹⁸³ Este hecho reitera nuestra crítica a la poca importancia que dan los agentes implicados al instrumento. Mantienen la necesidad del instrumento, pero la falta de información tanto a los operadores involucrados como a las víctimas hace que no tenga la visibilidad que se esperaba. Del mismo modo, refiere la importancia de disponer de registros de órdenes de protección nacionales y europeas.¹¹⁸⁴

¹¹⁸⁰ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment” *EPRS*, 2017, *op. cit.*

¹¹⁸¹ Informe del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)), p. 4.

¹¹⁸² Debido a que no fue posible el consenso respecto del concepto de medida europea de protección, se optó por el pragmatismo. El derecho procesal penal debía ser el encargado de ir acercando, poco a poco, las legislaciones a medida que el instrumento se utilizase.

¹¹⁸³ Informe del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)): p. 13.

¹¹⁸⁴ “P. Considerando que la mayoría de los Estados miembros carece de un sistema de registro para recopilar datos sobre las OEP y que tampoco existe un sistema de registro central europeo para recopilar todos los datos de la Unión pertinentes; que la falta de datos suficientes dificulta la evaluación de la aplicación de la OEP y el tratamiento de las

Por lo que respecta a nuestro país, de acuerdo con los datos del CENDOJ, España ha emitido 29 EPOs entre los años 2015-2017, un número muy reducido si lo contrastamos con las cifras de violencia de género en nuestro país. De estas 29 EPOs, 2 fueron emitidas por Audiencias Provinciales, 19 por Juzgados de Violencia sobre la Mujer, 5 por Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y 3 por Juzgados de lo Penal.¹¹⁸⁵

La DEPO, la DV y el REPM vienen a dar respuesta a una demanda de la Comisión a los EEMM para que, de acuerdo con el programa de Estocolmo, examinen como pueden mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo y protección a las víctimas. Así, la Comisión llevó a cabo una evaluación del cumplimiento de la DM 2001/220/JAI que concluyó de forma que se hacía evidente la necesidad de que ésta fuese superada mediante una Directiva que concretase de forma clara y contundente las obligaciones de los EEMM. Mediante estos instrumentos se da una definición de víctima más extensa que la antecesora, ampliándose el ámbito de aplicación personal. En su definición se incluye no solo a la víctima, también a los familiares de la misma que no se definían y apenas se mencionaban en la DM, actualmente derogada. Aunque la propuesta de la Comisión llevaba una identificación de las víctimas especialmente vulnerables, finalmente esta apreciación no se apreció en la redacción final. No obstante, establece en su articulado que pueden existir víctimas con

deficiencias en la legislación o la aplicación”. Informe del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)), p. 12.

¹¹⁸⁵ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Solicitudes-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/> (Última consulta: 03-07-2019).

necesidades especiales de protección por el hecho de ser particularmente vulnerables a la victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias.¹¹⁸⁶

2. La percepción de las órdenes de protección nacionales por parte de la población. Especial referencia al quebrantamiento

Compartimos plenamente la afirmación del informe FRA de 2019 que indica que una posible razón por la que la policía falla en la adopción de las medidas de protección es el hecho de que, tradicionalmente, tras la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito, el foco se centra en la investigación penal y no en la protección. Así, en los casos de violencia intrafamiliar, la policía se concentra no en el riesgo de la repetida victimización, sino en si pueden iniciar una investigación y si existen suficientes evidencias para condenar al agresor.¹¹⁸⁷ En este sentido, consideramos que el redescubrimiento de las víctimas en el proceso penal¹¹⁸⁸ puede ayudar a combatir esta situación. No en vano, concluye el informe que dos de cada tres mujeres entrevistadas durante el estudio no obtuvieron protección. Si una mujer acude a la policía a solicitar una medida de protección contra su (ex)pareja maltratadora y vuelve a casa sin

¹¹⁸⁶ MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, pp. 97-98.

¹¹⁸⁷ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 42.

¹¹⁸⁸ Previamente tratado en el Capítulo I.

protección, el mensaje que recibe es que sus derechos no son lo suficientemente importantes para disponer de protección policial.¹¹⁸⁹

Fijar el punto de mira en las órdenes de protección nacionales y en su quebrantamiento como posible motivo para la no petición de las medidas de protección transnacionales surgió de la lectura del trabajo de VAN DE WATERING cuyo título vendría a poner voz a una pregunta que, tras las repetidas noticias de mujeres asesinadas en España en un quebrantamiento de una medida de protección nacional, rondaba por mi cabeza: “¿son las órdenes de protección un remedio legal efectivo o falsas promesas de protección para las víctimas?”¹¹⁹⁰ La autora en las últimas páginas de su trabajo hace referencia a mujeres víctimas a las que pudo entrevistar y sus declaraciones resultan esclarecedoras. Una de las víctimas indicó que fue demasiado ingenuo por su parte pensar que un papel de OP civil iba a ser suficiente para protegerla y que no confía en que la justicia civil pueda

¹¹⁸⁹ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 83.

¹¹⁹⁰ En el mismo sentido, “even if ROs (restraining orders) are better than no ROs in deterring some of the level of abuse, they are clearly not sufficient to protect women and children from continued abuse. If the goal of intervention is to end abuse for as many women as possible who ask for help, a primary reliance on civil ROs must be seriously questioned. A new intervention strategy must be developed that is based on the reality of who male abusers really are. Clearly, they are not, for the most part, ‘civil’ men responsive to court civil orders. Not only are they, for the most part, active criminals, but they are also as high risk for repeat criminal behavior as any offenders generally allowed to be released to the community on probation. If they are allowed to remain in the community safety, they warrant the same intensity of supervision and scrutiny as the most hard-core offender currently under community-based supervision. To require such supervision, state intervention cannot be limited to the issuance of civil ROs. Whenever possible, the state must press forward with criminal prosecution against these men”. KLEIN, Andrew R. “11. Re-Abuse in Population of Court-Restrained Male Batterers. Why Restraining Orders Don’t Work”, en: BUZAWA, Eve S., BUZAGA, Carl G. (ed.), *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, *op. cit.*, p. 209.

protegerla, en cambio sí confía en la penal. Una segunda víctima indicó que también perdió la fe en el sistema penal. En cambio, una tercera víctima no considera la medida tan inefectiva pues piensa que sin ella su ex pareja la habría contactado y amenazado más. ¹¹⁹¹

VAN DER AA también se plantea si un trozo de papel puede detener a un agresor (sic. *Can a piece of paper stop a bullet?*). Esta misma autora nos indica que algunos estudios se refieren a la efectividad de las órdenes de protección civiles y penales pero que, debido a la disparidad de definiciones de efectividad de éstas dependiendo de los métodos de investigación y las diferencias legales en los distintos EEMM, los resultados de estos estudios varían significativamente. ¹¹⁹²

¹¹⁹¹ Algunas de sus declaraciones: “I did everything according to the rules, thinking that justice would prevail. Well, forget it, justice does not prevail” “criminal protection order was worth as much as a toilet paper”. VAN DE WATERING, E.J.E., “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, pp. 52-54.

¹¹⁹² La autora hace referencia a diversos estudios. Tjaden and Thoennes (1998) ofrecieron unos resultados muy descorazonadores al indicar que el 69% de las mujeres y el 81% de los hombres víctimas reportaron una violación de la OP por su agresor o agresora. Además, solo el 1% atribuía el fin de las agresiones al hecho de disponer de una OP. Unos años más tarde, Hännkänen et al. (2003) hicieron un estudio en Finlandia y de un ejemplo de 240 OP, el 35% de los agresores quebrantaron. El estudio de Logan et al (2009) arroja resultados similares, de las 227 mujeres que obtuvieron una OP civil, la mitad reportaron una violación durante los primeros seis meses. No obstante, la violencia disminuyó. En el estudio de Keilitz et al. (1998) la efectividad se entendió en un concepto más amplio, que incluía la satisfacción de la víctima y sus sentimientos de seguridad tras la concesión de una OP. En estos casos, el 72% indicaron que no tuvieron problemas durante el primer mes, cifra que bajó al 65% al repetir la pregunta tras seis meses. Puede leerse más en: VAN DER AA, “Protection orders in the European member states: Where do we stand and where do we go from here?”, *op. cit.*, pp. 187-188.

Por lo que respecta a nuestro país, el hecho de contactar con la policía y denunciar a la pareja o ex pareja por la violencia ejercida puede tener diversas consecuencias: en un 36% de los casos el hombre no cambió su comportamiento y siguió actuando de la misma manera, en un 28,3% de los casos su comportamiento empeoró. Un 14,7% de las mujeres sostiene que el agresor cambió de actitud y no volvió a maltratarla más, y un 8,6% no valora ni siquiera la reacción, dado que la relación finalizó tras la denuncia. Un 6,2% hacen referencia a que el hombre al que se le impuso una orden de alejamiento, negó dicho comportamiento, y la mujer finalmente decidió no imponer denuncia. El 6,3% restante no contestó.¹¹⁹³ Llama la atención que en más de la mitad de casos la violencia ejercida continuó. Entonces, ¿cómo vamos a pedir a las víctimas que denuncien?, ¿realmente el sistema va a ser capaz de protegerlas?

Cuando en las noticias vemos sucesos de mujeres con una OPN en vigor a las que su victimario termina por asesinar, uno no puede evitar preguntarse, ¿y realmente sirve una orden de protección?, ¿puede un papel detener al agresor?¹¹⁹⁴ En teoría sí, la OPN es una medida -cautelar o

¹¹⁹³ Figura 9.4. Reacción de la pareja/ex pareja ante la denuncia. *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer*, 2015, p. 182.

¹¹⁹⁴ “Resorting to the police does not automatically guarantee that a victim is safeguarded against future assaults by the hands of the same offender. On the contrary, some victims put their safety on the line precisely by going to the police. Certain offenders will, for instance, try to intimidate their victims into dropping their charges or their testimony in order to evade prosecution. Others will simply want to retaliate. And where filing a report can potentially be a precarious act for all victims, there are victims that show an additional need for protection against recidivism: these are the victims of crimes that are characterized by their repetitive nature, such as stalking or domestic violence”. VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?” *op. cit.*, p. 268.

asegurativa de sentencia- penal (civil o administrativa) y a la vez una llamada de atención al agresor para que no persista en su comportamiento pues, de hacerlo, podría ser condenado por quebrantamiento de medida cautelar o condena.

Pero esto que en la teoría parece tan lógico en la práctica no lo es tanto. Veamos un caso real: que una persona con una OP en vigor sea capaz de acudir a la puerta de un colegio en horario de recogida y -delante de su propio hijo- dispare hasta cinco veces a la que fue su pareja sentimental, a quién en algún momento de su vida debió querer, a la madre de su hijo, resulta incomprensible.¹¹⁹⁵ Existía un papel que le prohibía acercarse a menos de una distancia en metros prudencial y comunicarse con la víctima. Y en caso de incumplir con lo mandado en dicho papel podría incluso entrar a la cárcel. En la teoría nadie querría empeorar su situación, que un juez imponga unas medidas so pena de condena en caso de quebrantarlas parece suficiente para que el autor del hecho cese en su empeño. Pero en la práctica no siempre es así. ¿Pueden las víctimas confiar en la justicia?, ¿una OP realmente las protegerá?, ¿o solo serán falsas promesas de protección?¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁵ <http://www.laprovincia.es/sucesos/2017/11/10/mata-exnovia-cinco-tiros-salida/996188.html> (última consulta: 02-07-2019).

¹¹⁹⁶ La realidad de los informes POEMS no resulta muy alentadora: “Mostly than 69% of our example reported a breach of the order, mostly within one or two weeks after the order was issued. Still, in many of the cases in which the protection order was breached, the frequency of the violence had reduced and/or the violence had become less intrusive. An unexpected advantage of protection orders was their designative function: for the victims they meant an official acknowledgement of their victimization, which, to some of them, was valuable in itself, regardless of the effect of the PO on the behaviour of their ex partner”. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 12.

La prevención general, como norma general funcionará.¹¹⁹⁷ Pero una OP no puede dar la seguridad total de que el agresor va a dejar a “su” víctima en paz solo porque esté escrito en un papel.¹¹⁹⁸ En el caso antes comentado, tras pegar 5 tiros a su ex pareja, el agresor se suicidó. ¿qué importa ya el castigo allá a dónde va?, ¿se valoró bien el riesgo?, ¿debió optarse por la prisión provisional? Muchos interrogantes deberán ser resueltos, una mujer pidió ayuda y protección al sistema judicial, pero éste no fue capaz de protegerla. ¿Qué mensaje reciben el resto de víctimas?

La EPO no ha tenido el acogimiento en la práctica que se esperaba en la teoría, y sucesos como éste nos hacen reflexionar que quizá las expectativas teóricas difieren de la realidad diaria que viven las víctimas. Si una mujer buscando protección obtiene una OP que es vulnerada en repetidas ocasiones por su ex pareja, si ve como no respeta la prohibición de comunicarse y como la acosa, ¿qué confianza puede tener esta víctima en la justicia? La confianza de la víctima en la justicia va a verse mermada a cada quebrantamiento del agresor, al ver que su papel no funciona tanto como creía y hará que piense que, tal vez, fue demasiado ingenua al pensar

¹¹⁹⁷ La eficacia disuasiva de la sanción, que podría ser asegurada en relación a agresiones más graves, solamente haciendo uso de la amenaza de una pena. VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 460.

¹¹⁹⁸ VAN DER AA y OUKERKERK refieren que la EPO no es más que “symbolic legislation”, literalmente “legislation which may look good on paper, but has fundamental flaws in practice”. En: VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, p. 268.

que un papel podría parar a un maltratador.¹¹⁹⁹ Como brillantemente resume MARTÍNEZ GARCÍA, el maltratador es “un delincuente que agrede a su víctima y al modelo social igualitario: si no entiende este mensaje no cesará en su actuación”. Es por ello que la autora apuesta por invertir en la reinserción de esta tipología de delincuentes como modo de “contribuir en igualdad y ganar adeptos a nuestra causa, dado que el problema lo tienen ellos”.¹²⁰⁰

Hemos de ir a las causas exactas que hicieron que esa medida de protección no funcionase, pero hasta entonces será entendible, al menos en la práctica, que una víctima no quiera solicitar una medida de protección europea. Ha visto como la OPN ha sido incapaz de protegerla y ahora le indican que sería conveniente la solicitud de una EPO/EPM (dependiendo del país de origen) para asegurar su protección en el nuevo país de destino. Para la víctima, obtener esta orden únicamente significará situarse al agresor en el mapa europeo e indicarle a qué país se va a trasladar. Y esta puede ser una razón por la que las víctimas no piden una EPO o un certificado, porque si la OPN no funcionó bien, ¿por qué iba a hacerlo ésta?

Pedimos a las víctimas que denuncien, para así poder protegerlas. Pero la realidad es que a una parte de ellas no las protegemos

¹¹⁹⁹ Las víctimas refieren en los informes POEMS que en algunas ocasiones la policía no las tomó en serio, que el procedimiento devino demasiado largo, que tienen que confrontar al agresor durante el juicio y que observan una falta de empatía por parte de las autoridades. VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁰⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, *op. cit.*, p. 159.

adecuadamente. Obtener una OPN no garantiza la protección inmediata de las víctimas. Deriva la necesidad de ser protegidas en ellas, a las que -por norma general- solo entregaremos un papel para meter en el bolso, un papel que, supuestamente, hará que su victimario deje de incomodarla. Pero esto solo sucederá cuando el victimario sea capaz de conocer el desvalor de sus acciones mediante una política educativa adecuada. Hasta entonces, ningún juez puede garantizar a la persona que tiene delante que con el papel de la OPN el victimario va a cesar en su actuación.

En este sentido, el FRA en 2019 indicó que cuando una mujer sufre violencia en el hogar y acude a la policía, es lógico pensar que ella vaya a esperar de la policía dos acciones: la primera, protegerla frente a esa violencia; y la segunda, que inicien una investigación. No obstante, los resultados de su estudio muestran que la policía muchas veces falla en ambas funciones.¹²⁰¹ Es esta una situación crucial, porque como actúe la policía en los primeros estadios hará que la violencia cese o que la víctima deje de confiar en el sistema.¹²⁰² Así, desde la perspectiva de una víctima que tal vez pidió una OPN y no sirvió para que cesase la violencia sobre ella o que está cansada de ver en las noticias que algunas de las víctimas de violencia sobre la mujer en España ya disponían de una OPN que no fue suficiente para protegerlas nos planteamos, ¿cómo vamos a pedirles que denuncien y que, además, pidan una EPO (en el caso español)? Si el sistema judicial en su país de origen no supo darles una respuesta, ¿por qué iba a

¹²⁰¹ Este estudio fue llevado a cabo en siete EEMM: Austria, Francia, Alemania, Países Bajos, Polonia, Portugal y Reino Unido.

¹²⁰² FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 11.

hacerlo el del país al que vaya a desplazarse? Una posible explicación del anecdótico uso del instrumento de la EPO y de los certificados puede ser la desconfianza en la justicia y ante esto debemos preguntarnos qué podemos hacer para que las víctimas recobren la confianza ¹²⁰³ en el sistema y cómo vamos a garantizarles su protección. ¹²⁰⁴

A propósito de la respuesta que encuentran las víctimas al acudir al sistema judicial puede leerse a BODELÓN GONZÁLEZ. Esta autora habla de la impunidad como problema de violencia institucional. Para realizar dichas afirmaciones realizó un estudio empírico para mostrar prácticas de violencia institucional. Acaba el estudio indicando que hay una falta de confianza por parte de las mujeres víctimas de violencia de género en la justicia, y esto lleva a que no denuncien o retiren su denuncia. Por lo tanto, debemos reinterpretar el derecho con perspectiva de género y formar adecuadamente a los operadores jurídicos que van a atender a las víctimas que acudirán al sistema judicial buscando protección. ¹²⁰⁵

Igual que las definiciones de órdenes de protección difieren entre jurisdicciones, también los estudios sobre su efectividad. Las figuras de violación de órdenes de protección fluctúan considerablemente entre los diversos estudios empíricos pues lo que es considerado violación de una OP

¹²⁰³ AVILÉS PALACIOS, Lucía, “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, *op. cit.*, pp. 112-130.

¹²⁰⁴ Como ya hemos indicado previamente, el informe EPOGENDER II solamente pudo encontrar 7 EPOs dictadas hasta 2017. Dado que no existen registros, desconocemos cuántas más pueden existir a nivel Europeo. En España el CENDOJ contabilizó 29 EPOs en dos años.

¹²⁰⁵ BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *op. cit.*, pp. 131-155.

en un estudio o jurisdicción no tiene por qué ser considerado en otro estudio o jurisdicción.¹²⁰⁶ En España no existen datos oficiales sobre quebrantamiento de órdenes de protección, siendo que estos datos serían de suma importancia para testar el instrumento.¹²⁰⁷ Si acudimos a datos tangenciales, en el 2017 del total de 163.132 delitos que se instruyeron por JVSM,¹²⁰⁸ 15.432 (9,5%) lo fueron por quebrantamiento de medidas y 9.551 (5,9%) por quebrantamiento de penas.¹²⁰⁹ Y en 2018 del total de 172.511 delitos que se instruyeron por JVSM, 18.265 (10,6%) lo fueron por quebrantamiento de medidas y 11.691 (6,8%) por quebrantamiento de

¹²⁰⁶ VAN DE WATERING, E.J.E. “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁰⁷ En una respuesta parlamentaria con fecha del pasado 8 de abril de 2018 en el Congreso de los Diputados, el (por aquel entonces) Gobierno de la nación admite que “no dispone de datos fiables” en relación con la reincidencia por delitos de quebrantamiento de penas o medidas. El Ejecutivo de Rajoy argumenta este descontrol en el hecho de que “son datos sobre los que no se requiere actualmente su recopilación”. Disponible en: <http://diario16.com/gobierno-admite-descontrol-los-maltratadores-queiebran-ordenes-alejamiento/> (última consulta: 02-07-2019).

¹²⁰⁸ Además, estos juzgados no incluyen los datos de quebrantamiento de penas o medidas en el caso de que la quebrantadora sea la mujer sobre sus hijos o pareja, o los hijos sobre los padres.

¹²⁰⁹ Observatorio contra la violencia de género, CGPJ. Datos de denuncias, procedimientos penales y civiles registrados, órdenes de protección y medidas de protección y seguridad solicitadas en los juzgados de violencia sobre la mujer y sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en esta materia en el año 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2017> (última consulta: 24-06-2019).

penas.¹²¹⁰ Dentro de estas medidas y penas se encuentran las órdenes de protección, no obstante, no son las únicas que se pueden quebrantar.

DE HOYOS SANCHO advierte que los operadores jurídicos nos transmiten de manera reiterada la idea de que uno de los principales motivos de su escasísima utilización de la DEPO por los órganos jurisdiccionales reside en el hecho de que la norma obligue a comunicar al potencial agresor el nuevo lugar de residencia¹²¹¹ o, al menos, la distancia a la que no puede acercarse respecto de un determinado lugar localizado en el país al que se va a trasladar la víctima. Esto va a traer consigo que, en la práctica, sobre todo en casos de riesgo alto, la víctima prefiera salir de España sin una EPO, para no tener que comunicarle al causante de su riesgo el lugar al que ha decidido trasladarse en el que, por cierto, puede que no disponga de unas medidas de protección como las españolas -brazaletes o dispositivos de geolocalización conectados a servidores o teléfonos de la Policía-.¹²¹² En cuanto a los dispositivos electrónicos, su uso en la UE no está exento de problemas adicionales que, actualmente, no tienen una solución. Ninguna

¹²¹⁰

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2018> (última consulta: 24-06-2019).

¹²¹¹ En el mismo sentido las guías Jurídicas de Wolters Kluwer. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA-AEAMtMSbF1jTAAAUeLEwsDtBLUouLM_DxbIwNDE0MjAxOQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA01C98DUAAAA=WKE (última consulta: 02-07-2019).

¹²¹² DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas (1)”, *op.cit.*, p. 3.

de estas tecnologías tiene suficiente alcance para cubrir el territorio UE. De hecho, a veces ni siquiera pueden cubrir un país entero. ¹²¹³

Por lo que respecta a la perspectiva de las víctimas con respecto al uso de órdenes de protección podemos encontrar diversas opiniones. Para algunas tiene un valor simbólico porque se convierte en un símbolo de su propia fortaleza para recuperar el control de una situación que habían perdido. Esta percepción de efectividad de las órdenes está influenciada por la presencia y duración del acoso por parte del agresor. Consecuentemente, si el acoso continúa hará que la víctima perciba una menor sensación de seguridad e indique que la efectividad de la OP es baja. ¹²¹⁴

En este sentido, VAN DER WATERING advierte que denunciar un hecho ante la policía no significa que automáticamente la víctima no tenga que temer por la victimización del mismo agresor. De hecho, en algunos casos este es el detonante para aumentar el riesgo, actuando como una fuente de combustible en el fuego e incrementando el riesgo de la víctima. Continúa la autora indicando que este problema se da especialmente en crímenes con una naturaleza repetitiva, citando entre sus ejemplos

¹²¹³ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment” *op. cit.*, p. 49.

¹²¹⁴ VAN DE WATERING, E.J.E. “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, p. 23.

“*domestic violence and stalking*”¹²¹⁵ siendo que este tipo de víctimas tienen más posibilidades de ser revictimizadas por el mismo agresor.¹²¹⁶

¿Por qué no hacen uso de la DEPO las víctimas españolas que se desplazan a otros países miembros de la Unión? Debido a la gran similitud existente entre nuestra OPN y la EPO, España es de los países que más fácil tienen instar el reconocimiento y la ejecución de una EPO. Parte del problema de su no petición se encuentra en dejar a la víctima la posibilidad de decidir si instar la activación de la EPO al trasladarse de país de acuerdo con su artículo 6.2 “*una autoridad judicial o equivalente solo podrá dictar una orden europea a instancia de la persona protegida*”. Esto es un arma de doble filo. Cabe la posibilidad de que la víctima decida no instar la EPO porque no quiera que su pareja o ex pareja tenga conocimiento del lugar en el que se encuentra y mantener así su anonimato porque se siente más segura así que permitiendo que su ex pareja conozca su paradero. El problema es que, debido a las redes sociales, a día de hoy puede devenir en un falso anonimato que le ofrezca una ilusoria sensación de seguridad cuando en realidad éste si conoce su paradero. Y no olvidemos que, si no insta la EPO, el EM al que se ha trasladado no conoce de la historia de la víctima ni tiene medidas para protegerla. No obstante, de acuerdo con la DEPO, esta es una cuestión que el derecho no debería entrar a regular y será la propia víctima la que conscientemente valore la necesidad o no de protección.

¹²¹⁵ Aunque utilice el término “*domestic violence*”, a lo largo del trabajo la autora se refiere a mujeres víctimas de violencia en el ámbito de una relación de afectividad. De nuevo nos encontramos con el problema de la inexistente armonización de conceptos en la materia.

¹²¹⁶ VAN DE WATERING, E.J.E., “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, *op. cit.*, p. 7.

3. El desconocimiento de la orden europea de protección por parte de los operadores jurídicos

El considerando (31) hace referencia a la necesidad de ofrecer una formación adecuada ¹²¹⁷ a los operadores encargados de la emisión y reconocimiento de las EPOs. Este considerando es de suma importancia, pues una de las mayores debilidades de la EPO es el desconocimiento de ésta por parte de los operadores jurídicos. Así, se dan situaciones en las que la víctima sería susceptible de obtener una EPO, pero al no ser ésta informada sobre su derecho no la solicita. Ha habido un “incumplimiento sistemático y extendido del deber promocional de información sobre la Orden Europea de Protección”. ¹²¹⁸

GARCÍA RODRÍGUEZ recalca la importancia que debiera ser otorgada a la formación de todos los profesionales que, en el ámbito de la administración de justicia, están llamados a intervenir en los procedimientos de reconocimiento y ejecución de EPOs para así poder

¹²¹⁷ Con respecto a la necesidad de formación, SALES se pronunció en los siguientes términos en el año en que finalizó el plazo de transposición de la EPO: “En relación a la OEP, ningún Estado, excepto Eslovaquia, ha realizado cursos, acciones formativas o campañas de información sobre este instrumento, ni para los profesionales implicados, ni para la población en general. No obstante, algunos Estados como Francia prevén informar a las autoridades implicadas en el desarrollo de la OEP; y Estonia quiere realizar algún tipo de campaña de información tanto para los profesionales implicados como para el conocimiento del público en general”. Deviniendo sintomático de lo poco que iba a importar a los Estados el uso de este instrumento de protección de víctimas. SALES, Mercé, “La formación de los profesionales y los protocolos y planes de acción”, en: FREIXES, Teresa y ROMÁN, Laura (Dir.) OLIVERAS, Neus; VAÑO, Raquel (Coords.), *La Orden Europea de Protección: Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, 2015, p. 158.

¹²¹⁸ HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “Notas sobre la Directiva 2011/99, reguladora de la orden europea de protección”, *op. cit.*, p. 44.

garantizar el éxito de su aplicación en la práctica en una materia tan novedosa y compleja como lo es la protección transnacional de las víctimas. Extremo sobre el que, en opinión del autor, ni la DEPO ni la LRMRP se pronuncian, pero que sería necesario desarrollar. Es por ello que el Reglamento (UE) 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013,¹²¹⁹ por el que se establece el programa de Justicia para el periodo 2014 a 2020 podría ser el llamado a desarrollar dicha formación.¹²²⁰ Al fin y al cabo, éste fue precisamente creado con el objetivo general de “*contribuir a seguir desarrollando el Espacio Europeo de Justicia, basado en el reconocimiento y la confianza mutuos, en particular mediante el fomento de la cooperación judicial en materia civil y penal*” (artículo 3).

El citado Reglamento parte de la premisa de que “*la formación judicial es fundamental para impulsar la confianza mutua y la cooperación entre las autoridades judiciales y los profesionales del ámbito de la justicia en los diferentes Estados miembros*”.¹²²¹ Y para ello opta por un concepto amplio de “formación judicial” reconociendo “*que en ésta puede haber distintos participantes, como las autoridades jurídicas, judiciales y administrativas de los Estados miembros, las instituciones universitarias, los organismos nacionales competentes para la formación judicial, las*

¹²¹⁹Reglamento (UE) núm. 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establece el programa Justicia para el período de 2014 a 2020.

¹²²⁰ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”, *op. cit.*, p. 12.

¹²²¹ Considerando (5).

*organizaciones o redes de formación de nivel europeo o las redes de coordinadores de órganos jurisdiccionales del Derecho de la Unión. Los organismos y entidades que persiguen un objetivo de interés general europeo en el ámbito de la formación judicial, como la Red Europea de Formación Judicial (REFJ), la Academia de Derecho Europeo (ERA), la Red Europea de Consejos del Poder Judicial (RECPJ), la Asociación de Consejos de Estado y Tribunales Supremos Administrativos de la Unión Europea (ACA-Europe), la Red de Presidentes de Tribunales Supremos de la Unión Europea (RPTSUE) y el Instituto Europeo de Administración Pública (IEAP), deben seguir desempeñando su papel en la promoción de los programas de formación con una genuina dimensión europea destinada a los jueces y a profesionales o personal al servicio de la administración de justicia, y por tanto podrían recibir apoyo financiero adecuado con arreglo a los procedimientos y criterios establecidos en los programas anuales de trabajo adoptados por la Comisión con arreglo al presente Reglamento”.*¹²²²

En el mismo sentido, el informe del FRA de 2019 indica que los profesionales tienen que ser preparados para reconocer la violencia en la pareja que sufren las mujeres y responder adecuadamente. Este tipo de violencia va a continuar e intensificarse hasta que la policía cierre el círculo. Esta obligación se desprende del artículo 18 DV, que indica que todos los EEMM deben asegurarse de que, en cualquier situación en la que sus autoridades tengan conocimiento de que una mujer está expuesta a un riesgo real de violencia por parte de su pareja, exista un sistema de protección adecuado. El artículo 22 de la citada directiva indica que los EEMM deben

¹²²² Considerando (6).

prestar especial atención al riesgo de revictimización de las víctimas de “gender based violence” y de “violence in a close relationship”. Los EEMM estamos obligados por el Convenio de Estambul a cumplir con nuestras obligaciones de protección de acuerdo con su artículo 52. Los agentes que tengan conocimiento de una situación de violencia deben reaccionar inmediatamente frente a esta situación haciendo uso de medidas de protección adecuadas. Igualmente, sus quebrantamientos deben ser sancionados con el desvalor que merecen.¹²²³ Esta falta general de conocimiento por parte de los operadores jurídicos deviene en el desconocimiento por parte de las víctimas que podrían beneficiarse de las medidas de protección transnacionales de la existencia de instrumentos al efecto.¹²²⁴

4. La dificultad inherente al uso del derecho procesal penal sin previa armonización del derecho penal sustantivo

En el seno del Consejo de Europa, NNUU, o de la OCDE se generan convenios internacionales en materia penal. La ratificación de éstos por los Estados parte les obliga a ajustar sus legislaciones internas a las previsiones del convenio. Si la organización tiene potestad normativa propia, como es el caso de la UE, los EEMM quedarán sujetos a sus disposiciones sin que sea necesario ningún acto de ratificación o aceptación. Y esto, en cierto modo, choca con aquellos principios generales del derecho penal y su

¹²²³ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 12.

¹²²⁴ SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *op. cit.*, p. 6.

soberanía nacional que estudiábamos en los manuales al uso en las clases de Derecho Penal I.¹²²⁵ Podemos llegar a afirmar que, a día de hoy, en determinados actos, el legislador nacional deviene un legislador subordinado o, al menos condicionado. Es palpable que, al menos en Europa, algo ha cambiado en las dos últimas décadas.¹²²⁶ Junto al legislador nacional encontramos una pluralidad de fuentes legislativas penales de orden internacional dando lugar al fenómeno de la internacionalización del derecho penal. Y esta internacionalización no es una reflexión teórica, es una evolución del derecho positivo que puede fácilmente comprobarse mirando la agenda política de las últimas legislaturas.¹²²⁷

La complejidad normativa actual para la protección de víctimas tiene su origen en la batalla institucional librada en uno de esos pocos ámbitos en los que los EEMM todavía tienen un reducto de iniciativa

¹²²⁵ Refiere muy acertadamente BECK que “el antiguo juego ya no es posible” en esta nueva partida de ajedrez. BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Paidós, 2004, pp. 27-30; A propósito de la posible colisión en la práctica entre el derecho nacional y el europeo, puede leerse: JÄHNKE, Burkhard SCHRAMM, Edward, *Europäisches Strafrecht*, De Gruyter, Deutschland, 2017, pp. 20-23; PERRON, Walter, “¿Son superables las fronteras nacionales del derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de derecho penal”, *op. cit.*, pp. 209-232.

¹²²⁶ Observamos como existe una voluntad de crear Europa y comprender los diversos ordenamientos de nuestro entorno. Aunque referido a las causas de justificación y exclusión de culpabilidad, tras realizar un estudio comparado con juristas de diversos países, refiere PERRON: “Por muy variado que parezca el panorama a primera vista, (...) todos los ordenamientos jurídicos examinados contienen eximentes que, al menos en su configuración, son muy similares a las causas de justificación y exclusión de la culpabilidad del Derecho alemán”. PERRON, Walter, “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz de Derecho comparado”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988, p. 155.

¹²²⁷ VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., “La Legislación Penal Europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer pilar, Directivas y Decisiones Marco”, *op. cit.*, pp. 19-20.

legislativa. En un tema tan sensible como es la protección de las víctimas, ni la Comisión ni los EEMM quisieron ceder y abandonar sus propias iniciativas para así haber podido encontrar una solución conjunta que permitiese tratar de manera global el reconocimiento mutuo de las órdenes de protección emitidas en los distintos EEMM. La solución de compromiso ha pasado por la multiplicación de instrumentos normativos para así compartir la iniciativa legislativa entre los distintos actores institucionales europeos.¹²²⁸

El principal problema que encontramos con este instrumento es la definición de medida de protección. En los distintos sistemas nacionales el concepto de OP es definido e interpretado de maneras muy diferentes pues, tal y como afirma KLIMEK, la armonización nunca ha sido un objetivo de la UE.¹²²⁹ En el mismo sentido, reflexionan brillantemente VAN DER AA y OUWERKERK acerca de qué hubiera pasado si se hubiese dado una armonización previa¹²³⁰ a la creación de la EPO concluyendo que todas las víctimas se habrían beneficiado del hecho de que sus distintos sistemas de protección nacionales se equiparasen con el resto de los europeos.¹²³¹

¹²²⁸ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, pp. 17-18.

¹²²⁹ KLIMEK, Libor, “European Protection Order in Criminal Matters versus European Protection Order in Civil Matters”, *op. cit.*, p. 176.

¹²³⁰ En cuanto a la gestión de la diversidad, LEHMANN afirma: “La UE podría seguir viviendo con su diversidad de normas, aun cuando sus ciudadanos se vuelvan cada vez más móviles. El reconocimiento es una alternativa viable a la armonización”, en: LEHMANN, Matthias, “El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, p. 245.

¹²³¹ VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *op. cit.*, pp. 283-285.

A propósito de la creación de una orden europea para la protección de todas las víctimas, la realidad es que los instrumentos de la EPO y el EPM no han solucionado los problemas que tienen las víctimas con las fronteras. Debido a que la UE no tiene intención de armonizar las distintas legislaciones nacionales, las distintas órdenes de protección nacionales seguirán siendo dispares. Esto tiene como resultado que viajar a un EM con menos protección que la existente en el país de origen de la víctima pueda dañar seriamente su seguridad o afectar a su libertad de movimiento.¹²³² El legislador europeo es consciente de dicha situación, y parece haberla aceptado.¹²³³ Pero los problemas no se encuentran únicamente a nivel nacional. También a nivel europeo, pues ni siquiera ambos instrumentos de reconocimiento mutuo han armonizado sus ambiciones y, por tanto, no garantizan el mismo nivel de protección a sus víctimas.¹²³⁴

Para concluir este apartado, resta preguntarnos si es misión de los EEMM tratar de aproximar las leyes nacionales o si, por el contrario, la UE debería revisar sus instrumentos jurídicos para lograr una mayor congruencia. Si dejamos esto en manos de los EEMM, éstos deberán

¹²³² Es posible que cuando la víctima conozca cuál es el grado de protección que se le va a ofrecer en el EM al que tiene intención de trasladarse, prefiera no hacerlo pues no están valorando su riesgo como en el estado en el que reside en el momento. Dado que España tiene una regulación muy proteccionista con respecto a las víctimas de violencia de género, es ésta la situación que muchas de las víctimas españolas que quieran desplazarse se van a encontrar.

¹²³³ A idéntica conclusión llega BACHMAIER WINTER en el estudio de la orden europea de investigación. BACHMAIER WINTER, Lorena, “La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad”, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹²³⁴ VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *op. cit.*, pp. 227-228 y pp. 240-241.

invertir mucha energía en la hábil transposición de la Directiva y el Reglamento, y deberían considerar la modificación de sus leyes nacionales de órdenes de protección para proporcionar también mayores niveles de protección a las víctimas nacionales. El proceso legislativo europeo es arduo y ambos instrumentos de reconocimiento fueron el resultado de complicadas negociaciones. Sin embargo, creemos que es necesario un mayor desarrollo por ambas partes si se quiere una buena implementación de los instrumentos.¹²³⁵

Apunta VILLAMERIEL PRESENCIO que, en diversos países europeos, entre ellos España, parte de la doctrina científica analiza de forma pesimista la posibilidad de conseguir un auténtico derecho penal europeo. Nos encontramos muy lejos de poder contar con un código penal sustantivo y procesal común para todos los EEMM de la UE. En el momento actual resulta inviable pretender que todos los Estados renuncien a sus sistemas jurídico-penales nacionales por unas categorías dogmáticas y unas definiciones de infracciones y sanciones comunes.¹²³⁶ Desde esta

¹²³⁵ Ibidem., p. 243.

¹²³⁶ A propósito del “caso Puigdemont”, NIETO MARTÍN: “La razón que se aporta es que los hechos descritos en la orden de detención **no resultan típicos conforme al delito de alta traición** del Código penal alemán. La discusión se ha centrado en torno al elemento típico **violencia**, que forma parte tanto del delito de rebelión del Código Penal español como del de alta traición del alemán. Según el tribunal alemán la violencia que requiere este delito ha de ser **especialmente cualificada**. Solo existe violencia cuando ésta tiene **entidad suficiente como para doblegar la voluntad de un órgano constitucional**. Aunque no se niega que los hechos descritos resultan violentos, la decisión considera que no son idóneos para ejercer la presión necesaria sobre un gobierno, hasta el punto de hacerlo claudicar. Conviene prestar atención al **fuerte contenido valorativo que implica esta afirmación** y tener en cuenta que una valoración realizada por un juez situado a más de 2000 kilómetros de distancia que apenas ha tenido contacto con los hechos, puede **impedir al juez que le ha pedido auxilio continuar con su tarea**, cerrándole totalmente el paso a sus posibilidades de investigar y juzgar los hechos. (...) La segunda

perspectiva, puede parecernos insuficiente el camino recorrido hasta ahora por el derecho penal dirigido hacia la armonización de las legislaciones penales nacionales en materia de delitos graves transfronterizos y el principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales de los tribunales de los EEMM, siendo este último la piedra angular del sistema. Pero, y reconociendo la dificultad de la tarea, consideramos que la consolidación de un derecho penal europeo es un “objetivo político ineludible” y es ésta la exigencia material que encontramos en la base del impulso político hacia un derecho penal sustantivo y procesal europeo.¹²³⁷

VII. Luces y sombras

Todavía es pronto para predecir la efectividad práctica de la EPO, pero ya podemos vislumbrar luces y sombras de ésta.¹²³⁸

característica del reconocimiento mutuo es que **respete la autonomía de los ordenamientos** que participan en él. Los jueces intervienen en este sistema de cooperación conociendo que existen reglas materiales y procesales diferentes. Están dispuestos a ayudarse, aunque saben que pueden existir divergencias importantes entre sus sistemas. El mayor efecto que el reconocimiento de la autonomía ha traído consigo es la remodelación profunda del principio de doble incriminación, otro de los pilares de la cooperación clásica, donde sólo se cooperaba cuando se aseguraba que el otro estado en un caso similar cooperaría también”. NIETO MARTÍN, Adán, *Reconocimiento mutuo y doble incriminación*, disponible en: <http://almacenederecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/> (última consulta: 02-07-2019).

¹²³⁷ VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., “La Legislación Penal Europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer pilar, Directivas y Decisiones Marco”, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹²³⁸ Por todos: MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *op. cit.*, p. 107; CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, “Orden Europea de Protección: Un paso adelante en la protección de las víctimas”, *op. cit.*, pp. 105-113; SÁNCHEZ MARTÍN, Paula, “La

Bloque II: La orden de protección europea como instrumento...

Por lo que respecta a los flancos débiles de la orden, en todos los instrumentos de reconocimiento mutuo existe un sistema de información encargado de la recolección de datos de diferentes EEMM para testar la efectividad práctica del instrumento en cuestión. Sería muy útil que se crease un sistema tanto a nivel nacional como europeo en el que estas órdenes quedasen registradas. Encontramos otro punto débil en el artículo 2 DEPO al referir que la persona causante del peligro únicamente puede ser persona física. Esto hace que la EPO sea inoperante cuando el riesgo proceda de entes colectivos. La restricción a persona física causante del peligro deviene una clara debilidad de la EPO pues las mafias y organizaciones tienen gran facilidad para actuar en distintos Estados y atentar contra bienes jurídicos protegidos de la víctima.

La adopción de la orden ha devenido complicada dado que partía de una idea muy ambiciosa: la creación de una orden europea que garantizase que las medidas de protección (civiles y penales) acompañasen a la víctima en cualquier lugar del territorio de la unión al que se desplazase. Esto generó muchas reticencias en los EEMM. En primer lugar, sobre la inadecuación de la base jurídica, y, en segundo lugar, sobre la dificultad de aplicación debido a la evidente disparidad de legislaciones nacionales. En cuanto a la base jurídica, fue objeto de numerosas críticas por parte de Reino Unido y Alemania. Fruto de éstas, terminó por ser modificada disminuyéndose el

Orden de Protección Europea”, *op. cit.*, pp. 481-506; RUBIO ENCIMAS, Ana María “Parte V: La Orden Europea de Protección (Título VI LRM) Capítulo II: Cuestiones prácticas relativas a la Orden Europea de Protección” en: ARANGÜEÑA FANEGO, Coral, DE HOYOS SANCHO, Montserrat, RODRIGUEZ MENDEL-NIETO, Carmen (dir. y coord.) *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de Noviembre*. Aranzadi, España, 2015, pp. 303-319.

ámbito de aplicación a medidas dictadas en un proceso penal. Y se aumentaron los sujetos pasivos a cualquier clase de víctima de hechos violentos.

Pero el mayor escollo con el que la EPO se encuentra, es el hecho de que las órdenes de protección no son contempladas en los mismos términos por los distintos ordenamientos jurídicos de la Unión. Mientras que en España tienen naturaleza penal, en países como Alemania y Reino Unido son instrumentos civiles. Y en Luxemburgo, Bulgaria y República Checa la justicia penal solo ofrece órdenes de protección tras una sentencia condenatoria. Y es esta situación la que países como el Reino Unido aducían para argumentar la imposibilidad de adoptar un mecanismo de protección de víctimas sin antes haber armonizado las diferentes legislaciones de los EEMM. Esta complejidad normativa trae origen en la ya mencionada batalla institucional librada entre la Comisión y el PE-Consejo. En un tema tan sensible como lo es la protección de las víctimas, ni la Comisión ni los EEMM quisieron ceder y abandonar sus propias iniciativas en búsqueda de una solución conjunta que abordase de manera global el reconocimiento mutuo de las órdenes emitidas en los EEMM. La solución de compromiso fue la multiplicación de instrumentos normativos que permitió “repartir” la iniciativa legislativa entre los distintos actores institucionales.¹²³⁹

Frente a las dificultades que conlleva la solicitud de una EPO, DUTTA refiere que tal vez sería mejor aconsejar a las víctimas que soliciten

¹²³⁹ PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *op. cit.*, pp. 17-18.

una OP en el país al que van a desplazarse.¹²⁴⁰ No obstante, si bien es cierto que la armonización en materia de víctimas sería lo ideal, es éste un proceso complejo en el que la Unión va avanzando poco a poco. Y mientras esto ocurre, la EPO permite ofrecer un mínimo de protección a las víctimas para que puedan moverse por el ELSJ.

Por lo que respecta a las fortalezas, la EPO permite proteger a escala europea a cualquier persona que corra el riesgo de ser víctima haciendo que medidas de protección dictadas con arreglo al derecho del Estado de emisión puedan ser ampliadas al Estado de ejecución. Además, supone evitar el reinicio de un nuevo procedimiento para la solicitud de protección. Se está dispensando a la persona agraviada la necesidad de incoar nuevos procedimientos o de presentar las pruebas nuevamente en el Estado en el que pide su ejecución.

El reconocimiento de la EPO supone que la autoridad competente del Estado de ejecución acepta la existencia y validez de la medida de protección que fue dispensada en el Estado de emisión. Así no solo simplificamos el acceso a la justicia, evitamos la victimización secundaria ya que mediante la adopción de la orden la víctima podría trasladarse a otro país de la Unión inmersa en una “burbuja” de seguridad sin necesidad de trámites excesivamente gravosos. Por último, mediante este instrumento se cumplen las prioridades fijadas por el Programa de Estocolmo y su plan de

¹²⁴⁰ “Against this background, one is tempted to advise protected persons -instead of using the rather complicated cross-border enforcement procedures under the Regulation or the Directive to apply directly in other Member States for protection measures. It appears that the aphorism of the German satirist and writer Kurt Tucholsky (1890-1935) has found another example: *the opposite of good is good intentions*”. DUTTA, Anatol, “Cross-border protection measures in the European Union”, *op. cit.*, p. 184.

acción en materia de víctimas en el ELSJ. Esto es, la lucha contra la violencia y la necesidad de simplificar el acceso a la justicia en el espacio judicial europeo, particularmente mediante el uso de mecanismos de reconocimiento mutuo en materia de cooperación transnacional.

FINDINGS AND PROPOSALS

Siempre se ha dicho que los autores han de tener vocación de eternidad, que debemos desear que nuestras palabras nos pervivan cuando no estemos aquí. No es mi caso, y nunca lo ha sido.

Deseo con todas mis fuerzas que este trabajo con el paso del tiempo deje de significar. Que alguien un día, no sé cuándo, lo lea y piense que carece de sentido. Que no exista diferencia entre géneros, que las noticias ya no hablen de mujeres asesinadas. Y que esa misma persona se pregunte qué es el maltrato infantil y cómo pudo llegar a existir.

Espero que mis palabras caduquen, que dejen de significar, que pierdan toda razón de ser. Porque el día que mis palabras dejen de tener sentido será aquél que hayan servido para algo. Ese día la sociedad habrá cambiado.¹²⁴¹

¹²⁴¹ Texto propio inspirado en el discurso de Ana Morgades en los XX Premios Max, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=sXP5ILYXQjM> (última consulta: 03-07-2019).

I. FINDINGS

FIRST. - The change in paradigm of the gender violence phenomenon treatment. Contextualizing is giving concepts power.

We observe a change in how several States treat violence against women and children within the home. After having performed a study involving Spanish judicial and social reality as well as the treatment received by the gender factor in the EU, we can say that gender violence has become a public and State matter. Aggressions within the home are no longer treated as private matters. A turn back or a minimization of the disvalue related to these conducts is currently not possible in the European ambit. The ECtHR (European Court of Human Rights) recognizes Criminal Law as an instrument required for the protection of some Human Rights. The Spanish Organic Act 1/2004 pronounced itself in the same way 15 years ago.

The issue is that changes are slow and it is naive to think that society is going to change at the stroke of OSG (Official State Gazette) or OJEU (Official Journal of the European Union). What we need to change is not the legislation but the society. It has been necessary to invest in education and in sensitization campaigns in order to make European society, and Spanish society in particular, be aware of the problem. Only by fully comprehending the systematic violation of Human Rights of certain collectives (women and children within them) that has been committed during centuries by the heteropatriarcal system we can understand the judicial measures that have been adopted for the fight against this scourge.

General Recommendation num. 19 CEDAW states that *"Under general international law and specific human rights covenants, States may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation"*. The Istanbul Convention positions itself in the same way. Both rules establish that the State could incur in responsibility for the criminal actions committed inside its territory in the case of not fulfilling due diligence obligations. Jurisprudence is little by little including gender perspective and State responsibility for not fulfilling the obligation to protect. ECtHR and CJEU (Court of Justice European Union) are correcting slopes between the conviction and actuation of the EU and the internal lack of commitment from the EU States.

We are optimistic due to the fact that the ECtHR is each time showing itself to be more favorable towards judging with gender perspective and referring to the need of using Criminal Law to sanction severe attacks against fundamental character rights as well as to the obligation that States have to investigate what happens inside the home when the door is shut and there is violence (public matter). The Cases Rumor (2014) and Talpis (2017) provide good account for the change in paradigm that we are living in the diverse European societies during the past few years in this sense.

The Strasbourg Court went from considering gender violence within the couple as 1) a private matter between parts if the violence does not reach the point in which the State is obliged to investigate -especially if the victim resumes a cordial relationship with the aggressor voluntarily by exchanging emails or if the victim takes back what was alleged in the declaration in

order to not incriminate the (ex) partner- to 2) treating it like a Human Rights violation. The Court advised that these cases can never be treated as an issue between parts but instead they must involve the State's obligation to investigate what is happening inside the homes if there is a presumption of a Criminal offence. This change happened with only a three-year difference in between. In the case the State failed to investigate it is its responsibility for not having acted diligently. We observe that the ECtHR is showing a greater sensibility towards the high number of women that are gender violence victims in the hands of their partners. Moreover, it situates immigrant women precisely as a vulnerable collective.

In Spain, our Supreme Court is also showing a recent sensibility towards gender violence within the home victims. It recognizes that they possess several characteristics which prevent Procedural Law from always working accordingly due to the “atypical” procedural behavior of gender violence victims. Furthermore, it makes specific reference to underage victims of this kind of violence which are in many cases witnesses and “invisible” victims of the aggressions. If we take a look to the data from the Macroencuesta 2015, which is the last one published up to date, we can observe that the main reasons why women are not registering complaints are that they minimize the severity of the situation (44.6 %), fear to the possible retaliation or reprisal of the aggressor (26.6 %) and due to shame or embarrassment. Regarding complaint withdrawal, the main reasons are that the aggressor promised that he would change (29.3 %), fear (28.7 %), the victim thought she could change him (28.6 %) and because the aggressor was the father of the victim's children (24.9 %). We need to end the fear that the victims have and guarantee the full effectiveness of their right to live free of violence like we will see in the second Finding.

SECOND. - The (ab)use of Criminal Law for the education and awareness of the society.

We are seeing how Criminal Law has been expanding slowly but in an unstoppable way in order to assume functions that do not belong to it. The preventive and communicative effect that Criminal Law has, which is useful and required, does not have the ability to solve the problem of gender violence neither was it created to do so. We can understand the decision of the Spanish legislator which is stated in the Organic Act 1/2004 due to the fact that in the moment the Law was created it considered that the social transformation involving habits and values should be closed with and from the judicial system. This was probably one of the greatest achievements of the Organic Act 1/2004. Criminal Law is the most overwhelming gesture that can be shown towards society. The State sends a message implying that these violations of Human Rights are inadmissible within its boundaries which is opposite to the continuous inaction previous to the creation of the Organic Act 1/2004 which neglected to pay the required attention to the systematic violation of women and children's rights.

On the same way, since the X and Y Case, the ECtHR has affirmed in an unequivocal way that ECHR member States must protect some Human Rights through the use of Criminal Law. The lack of use of the *ius puniendi* would bring with itself the violation of the obligation of the States to respect Human Rights inside their territory. Even though Human Rights are susceptible to being protected by Criminal Law (Substantive and Procedural) they cannot lose sight of their essential purpose which is serving as a limit to the *ius puniendi* of the State. It is true that victims have had very few rights during the Criminal procedure having been considered

during a long time as "stone guests". However, giving more voice and rights to the victims cannot imply giving up on the essence of the Criminal procedure (presumption of innocence), or on the objective of penalties (social reintegration). In this sense, even though we show ourselves favorable to the use of Criminal Law for the punishment of certain attacks on Fundamental Rights which had been not punished previously due to the fact that they were not given the disvalue that they deserved (for example: rape during marriage), we have to insist one more time in the fact that society will change through education and that the Organic Act 1/2004 was created with the hope of it disappearing one day when no discrimination for the reason of being a woman exists. The day in which gender equality becomes real and effective will not require the imposition of more burdensome sanctions towards aggressions committed by men rather than by women due to the fact that it will be unconstitutional for frontally attacking the principle of equality of article 14 Spanish Constitution.

Having to resort to Criminal Law should be evaluated with resistances, without losing sight of Criminal Law having to be the *ultima ratio* and that we cannot deposit on it the obligation to educate and make society more aware of the issue. During the last few years we have been living through a "wave of fascination" for Criminal Law which is being used to please the citizens. Even though it might seem like gender violence victims (in a broad sense) are not part of this punitive populism of the last few years an in-depth analysis proves otherwise. Society does not give the gender violence problem the importance it requires but it wakes up when it faces atrocious acts and demands exemplary sentences for the aggressors. It does not stop to think that the aggressor is part of a system that discriminates women and that measures such as permanent reviewable

prison are not going to guarantee the gender violence victims' safety due to the fact that when the judicial machinery of the Criminal procedure starts up it will already be too late. The aim is not to focus and generalize fear to the enemy but to end with the fear to become a victim. In order to do this, we need to guarantee in a real and effective manner the victims' rights. Only by doing this we can end with the fear policy that seems to have established itself during the past few years amongst our society.

THIRD. - The will to create a transnational protection and obstacles during its parliamentary process.

Throughout this Doctoral Thesis it has been patent that legislative protection measures restricted to a national level are not enough in an increasingly globalized world and it is for this reason that the creation of the European Protection Order implies an advance in the protection of all kinds of victims in the Area of Freedom, Security and Justice. The DEPO was created after a proposal made when Spain assumed the Council Presidency of the EU by using the mechanism of ordinary legislative procedure regulated in article 289 EUFT (European Union Fundamental Treaty). This being introduced as an advance might have been the cause for the own instrument's loss of essence. The creation of this instrument was a political issue which led to the Commission and the alliance Council - European Parliament measuring their strengths. The Commission, which is guardian of the treaties, indicated that the DEPO could only have Criminal measures and that the Criminal and Civil natures of the different national protection orders of the member States would make it short in comparison to its ambitious original objectives. The Council - European Parliament wanted to move on forward. This led to the protection of victims ending as

the double regulation we have nowadays. On the one hand, a criminal instrument created by the Council-European Parliament is very distant to what the Spanish Presidency pretended it to be. On the other hand, a civil instrument created by the Commission. The Commission stated since the beginning the convenience of it being the regulator of both civil and criminal instruments as independent instruments due to the fact that it stated that they have a different legal basis and that in order for them both to be a single instrument the treaties would have had to be modified. The Parliament and the Council did not see it in this way and they defended that there was enough judicial basis for the creation of the DEPO.

The reality is that during this titanic fight they lost sight of the really important matter: the integral protection of victims. Finally, the European Parliament promulgated the DEPO with just three criminal measures and it was supposedly based on mutual recognition but there are so many problems for its adoption that the victim might prefer to start a new procedure in the destination State. It was here when the DEPO lost all of its essence. In reality it is not an automatic instrument of mutual recognition. Moreover, the Act 23/2014 has reduced even further, if possible, the automatic recognition by establishing imperatively the judicial hearing of the person causing the danger in order to issue an EPO and the possibility to appeal. The REPM opts instead for a more direct recognition based on civil judicial cooperation. This in addition to the Framework Decision 2008/947/JAI and Framework Decision 2009/829/JAI make the situation even more complex for the victims and for judicial actors. The moment the instruments of the DEPO and the REPM start to be used we will observe that there is not only the possibility of getting confused between them but the possibility of confusing them with other pieces of European legislation.

In conclusion, an amalgam of rules that exceedingly complicate the protection of the victims and that in first stance were supposedly meant to be "fast and simple".

We observe that the political will exists and that the member States had the necessary sensitivity to propose the creation of a European Order for the protection of victims at a European level. What failed was the lack of previous harmonization which exceedingly complicates mutual recognition and the refusal from the member States to let go of their last redoubt of national sovereignty. The difficulties during the creation process of the EPO show us how much European Union needs to be built still. There is not any Criminal European Law and we are too far away from achieving it. During a long period of time the EU has only had monetary interests. The necessity of creating a Criminal European Law emerged after Globalization, when we realized that crime has no borders. However, we observe that there are still misgivings from the States that involve accepting that their legislator is a subordinate legislator to the European legislator in some matters. As a result, we have a model in crisis where the measures to adopt end being very different to what they were supposed to be. The EPO is only one of lots of examples of how lack of harmonization and trust complicate the effective application of mutual recognition principle.

FOURTH. - The pragmatism of the transnational civil protection.

Spanish legislator placed well protection orders as criminal measures in 2003. The aim was to send a clear message of social reprobation to the citizens. Times have changed in comparison with sixteen years ago and nowadays, at least on paper or in theory, we cannot imagine

a turn back or minimization of the disvalue related to these conducts. That is the reason why we could open the debate about the possibility of civil protection measures.

The comparative studio between EU member States show us that almost all EU member States use civil protection measures. The fact that REMP does not ask for double incrimination gives it a much more automatic mutual recognition than the DEPO recognition. Regarding the EPO, European legislator considered that, maybe, the executing State does not have a similar protection measure for the specific case. Therefore, the EPO provides a margin of discretion to the State: according to their national law they can adopt a measure as similar as possible to the original one in the issuing State. The civil certificate works different. The member State is obliged to recognized the measure without intermediary procedures. In other words, the only action that the executing member State can do is the automatic recognition. Even in the case that the executing member State does not offer that protection measure based in the same facts, it is still obliged to recognize the prohibitions included in the protection order from the other member State according to article 13.3 REMP and Recital (18) REPM.

Moreover, proof standards are different between criminal and civil procedures. In criminal procedure the fact must be proved “beyond any reasonable doubt”. However, in civil procedure it has to be more likely than unlikely. The reason of using a civil protection measure is a practical one. States as Germany or Austria opted by a civil system. Therefore, they can protect gender and domestic violence victims in a fast and immediate way. However, in Spain we rather prefer the political message implying that the

fight against gender and domestic violence is a criminal issue and must to be prosecuted in a criminal procedure.

Even though we do not have notice of EPO being refused due to double incrimination, reality is that it can neither be claimed as a ground of refusal within the REPM. Consequently, even though as a jurist I could prefer the use of criminal protection orders due to the fact that they typify acts with the disvalue that they deserved, pragmatism makes the civil way more effective. This situation makes that gender violence victims in Europe have an easier achievement of the recognition of a civil protection measure rather than a criminal protection measure.

II. PROPOSALS

FIRST. - The creation of a European register of protection measures.

Recital (32) DEPO indicates that, *“in order to facilitate the evaluation of the application of this Directive, Member States should communicate to the Commission relevant data related to the application of national procedures on the European protection order, at least with regard to the number of European protection orders requested, issued and/or recognised. In this respect, other types of data, such as, for example, the types of crimes concerned, would also be useful”*.

Member States ought to have transposed the DEPO 11 of January of 2015. Four years later of this transposition we still do not have any databases. Furthermore, the REPM does not even refer the convenience of

the creation of these databases. Being able to fully understand the utility of these instruments without databases has been complicated. It also complicates the correct evaluation of the problem scope and prevent an effective response from being done. We do not know the exact number of EPO issued. Even though we presume that there are few due to the lack of knowledge of the instrument.

We propose the mandatory creation of State databases of protection orders issued and recognized. All these data should be also registered in a European Database. These databases must be updated frequently for the information to be useful. As an example of good practice, we have the Spanish State: using CENDOJ (Center of Judicial Documentation from the CGPJ) we can know the number of protection orders issued by Spanish courts. However, we believe that this measure is not enough and that the Ministry of Justice should create a database in order to account the EPO executed and issued by Spanish courts.

SECOND. - The training of legal practitioners in order to fight against ignorance and fear to use mutual recognition instruments.

Our starting point is a simple premise: we do not use the instruments that we do not know. The biggest problem that we find when we study the instrument of EPO is the generalized ignorance from the legal practitioners. We cannot assess the wisdom or error of the DEPO due to the fact that it is an unknown instrument. We must commit to training and informing our practitioners about European mutual recognition instruments in general and the EPO in particular. The University of Valencia, in collaboration with CGPJ and the Rovira i Virgili University, prepared a training course on the

EPO for Judges. This training is part of the state positive obligations from the States (article 15 Istanbul Convention). Within this course, successful experiences were explained. One Judge who had issued several EPO said that he knew the instrument due to the fact that he had learned about it at the Judicial School. This anecdote allows us to be optimistic regarding the increase in use of EPO in the future. The moment the legal practitioners know this instrument, the moment they realize how useful it is and start to use it. Nevertheless, we would like to state that it is not an easy instrument to use, due to the fact that it does not exclude the possibility of confusion with Framework Decision 2008/947/JAI, Framework Decision 2009/829/JAI and Regulation (EU) 606/2013.

Even though in theory the different mutual recognition instruments are delimited, it is foreseeable that, in practice, these instruments will collide at some point. The moment they collide we will have an important task of interpretation and application. This will allow us to detect the lacks and failures that this complex system have design. The reality is that we have at least 5 different instruments that can interact or collide. Nowadays we are, the different member States, the ones called to cooperate for the application to be real and effective. We need a real will to continue building EU.

National Judges must also feel European judges and lose the fear to use mutual recognition instruments. We observe that the Judicial School is making an effort to include matters related with mutual recognition in the training of the future judges. Moreover, we acknowledge that the new generations of Judges are building the EU using instruments as the EPO. These small gestures will approach the different legislations little by little.

There is always margin for improvement and the different European member States can learn one from one another in order to improve our different legislations and offer a more real and effective protection to our victims in general and gender violence victims in particular. All these projects show us how much European Union needs to be built, still even we are on the right track.

THIRD. - By way of a proposal *lege ferenda*. A civil provisional protective measure.

We could raise the possibility of using civil protection orders to fight against the least severe cases in order to create a more real ASJF through the use of harmonization of the different legislations. Civil protection orders could be used for less severe unlawful acts, those which do not require the use of Criminal law but if we do not stop them on time they will end being criminal offences in the future. For instance, in a contentious divorce we observe behaviors that, even though in that moment are not considered a criminal offense, will probably end up being considered as such if we do not stop them on time. In other words, forestall the unlawful act and prevent it from happening instead of protect the victim when it has already occurred. In this example there is no gender violence, just problems due to the separation. These problems are not crimes, but we can see some behaviors that will turn into toxic ones and later into crimes.

We should bear in mind that the most serious acts must be investigated in a criminal procedure and punished if they can be proved further than a reasonable doubt. Using this measure we are not advancing Criminal Law to one step before but preventing it from appearing. This civil

advice not only benefits the victim, but also the possible future aggressor due to the fact that none of them will have to suffer the consequences of the commission of a criminal offence. The three measures that we can find in DEPO and REPM do exist in our civil legislation (article 158 Civil Code).

We are aware that this proposal raises new questions that will have to be solved by future investigation. For instance, who would be the competent court to adopt a provisional civil measure or the kind of procedure. Nevertheless, we think that harmonization of legislations regarding protection orders would facilitate mutual recognition between different EU member States.

Even more, the essence of the EU is to give up to our particularities in order to create, little by little, a supranational European law to facilitate European citizens to move around the AFSJ with the guarantee that the protection from a member State will still be effective in the member State where the person is going to move. We propose a comparative study with foreign civil protection systems such as the German or the Austrian in order to approach ourselves towards other legal systems and make the mutual recognition and cooperation easier. We would try to assess the effectivity of civil and criminal protection measures using five variables: 1) grounds for issuing a protection measure, 2) proportion of protection orders issued, 3) proportion of protection orders violated, 4) consequences of the violation of protection orders, 5) victim satisfaction with the protection measure and sense of security. After performing this study, we consider that we could evaluate the effectivity and convenience of using or not civil protection measures.

FOURTH. - Continue creating a real European Union in judicial cooperation issues.

The *leitmotiv* during this Thesis has been the necessity of keeping to build an EU where the judicial cooperation is real and effective. We are aware that nowadays it is naive think about the creation of a European Criminal Code. The creation of a European Criminal Code does not present technical problems. The problems are political due to the complication that involves all the States to give up their different legislative histories in order to create common juridical categories. Procedural law is harmonizing legislations little by little. As long as we keep using the different mutual recognition instruments we will approach the different systems to each other keeping the best of each one. We firmly believe that EU member States we can learn from each other in order to improve our different legislations and offer a more real and effective protection to our victims.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA Y CITADA

ABRIL STOFFELS, Ruth, “The ‘effectiveness’ of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreño v. Spain”, *Spanish Yearbook International Law*, 2015, pp. 365-372.

- España ante los ojos de la comunidad internacional: Violencia contra las mujeres y participación política femenina”, en: ABRIL STOFFELS, Ruth; URIBE OTALORA, Ainhoa (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-52.

ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Cometa S.A., Zaragoza, 2006.

ADAMS, David, *Why Do They Kill? Men Who Murder Their Intimate Partners*, Vanderbilt University Press, 2007.

AGUDO ZAMORA, Miguel, *La ciudadanía de la Unión Europea (Del artículo 8 TUE al artículo 1-8 TCE)*, Disponible en: [http://www.uco.es/derechoconstitucional/recursos/constitucion-economica/documents/La ciudadanía de la Union Europea.pdf](http://www.uco.es/derechoconstitucional/recursos/constitucion-economica/documents/La%20ciudadania%20de%20la%20Union%20Europea.pdf)

AHIJADO QUINTILLÁN, M., *Historia de la Unidad Europea*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2010.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François, “Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights”, *Human rights handbooks*, núm. 7, 2007.

ALBERDI, Inés, “Cómo reconocer y cómo erradicar la violencia contra las mujeres”, en: ALBERDI, Inés; ROJAS MARCOS, Luis, *Violencia: tolerancia cero*, Programa de prevención de la Obra Social “la Caixa”, 2005, pp. 10-89.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín; CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011.

ALCAIDE GONZÁLEZ, Diana, “El Reglamento (UE) nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 221-236.

ALCANTARA, María Vicenta; LÓPEZ SOLER, Concepción; CASTRO, Maravillas; LÓPEZ, Juan J., “Alteraciones psicológicas en menores expuestos a violencia de género: prevalencia y diferencias de género y edad”, *Anales de Psicología*, vol. 29, núm. 3, 2013, pp. 741-747.

ALONSO MORERA, Nicolás, *Cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea: La “Euro-Orden”, instrumento privilegiado de cooperación*, Aranzadi, España, 2016.

ÁLVAREZ BEZOS, Sabina, *Violencia contra las mujeres en la Castilla del final de la Edad Media*, Ediciones Universidad de Valladolid, 2015.

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, “El tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 15, 2008, pp. 1-33.

AMBOS, Kai, “Brexit y Derecho Penal Europeo”, *InDret*, núm. 4, 2017.

- *Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, 2017.
- *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo. Derecho Procesal Europeo: ¿reconocimiento mutuo versus garantías procesales?*, Grijley, Lima, 2011.

AMOR, Pedro J.; ECHEBURÚA, Enrique, “Claves Psicosociales para la Permanencia de la Víctima en una Relación de Maltrato”, *Clínica Contemporánea*, vol. 1 núm. 2, 2012, pp. 97-104.

ANDEREZ BELATEGI, Mikel, “La reinserción como principio de la política penitenciaria Europea”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco, OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales*

controvertidas Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 807-828.

ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA, Paz, “El largo camino hacia la Constitución Europea: el mejor plan B es cumplir los compromisos adquiridos”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 10, 2006.

ANTENCIANO JIMÉNEZ, Beatriz, “Menores expuestos a violencia contra la pareja: notas para una práctica clínica basada en la evidencia”, *Clínica y Salud*, vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 261-272.

AÑÓN ROIG, María José, “Violencia de género: un concepto jurídico intrincado”, en: MARTÍNEZ GARCIA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, Valencia, 2012, pp. 31-53.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección. (Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la unión europea y transposición de la directiva 2011/99/UE)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 51, 2015, pp. 491-535.

- “Garantías procesales para investigados y acusados en los procesos penales del espacio LSJ. Balance del año 2017 (1)”, *La Ley*, núm. 2885, 2018.
- “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: la orden europea de protección” en: MARTÍN OSOS, José (coord.)

El derecho procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43-66.

- “Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 58, pp. 905-939.

ARCOS VARGAS, Marycruz, “Lección 7ª. Consideraciones Generales”, en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 179-198.

ARROYO ZAPATERO, Luis, “La violencia de género en la pareja en el Derecho Penal Español”, *cienciaspenales.net*, 2007. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/9violenciadgenero.pdf>

ARRUABARRENA MADARIAGA, María Ignacia; DE PAÚL OCHOTORENA, Joaquín, “Violencia y maltrato sobre menores” en: AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón (dir.), *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Edisofer, España, 2010, pp. 165-196.

AVILÉS PALACIOS, Lucia, “La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 279-318.

- Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 71-137.

BACHMAIER WINTER, Lorena, “La Orden Europea de Investigación y el principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011.

BAR CENDÓN, Antonio, “La Unión Europea como unión de valores y derechos: teoría y realidad”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014, pp. 99-140.

BARONA VILAR, Silvia, “Justicia penal líquida (desde la mirada de Bauman)” *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*. Tirant lo Blanch, núm. 22, 2017, pp. 64-90.

- “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de justicia”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 29-70.
- “Lección Décimo primera. Las medidas cautelares”, en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki; ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 Edición, 2018, pp. 272-289.
- “Lección Décimo segunda. Medidas cautelares específicas” en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis;

- BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki; ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 Edición, 2018, pp.292-319.
- “Lección Trigésimo Tercera. La tutela cautelar. Elementos personales y medidas cautelares”, en: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 26 Edición, 2018, pp. 704-725.
 - *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017
 - “Justicia penal desde la globalización y la postmodernidad hasta la neomodernidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019, pp. 20-53.
 - *Medidas cautelares en el proceso penal*, Prontuario de Derecho Procesal 3, Honduras, 2015.
 - “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?”, *Revista del Poder Judicial*, núm. Especial 19, 2006, pp. 237-264.

- “Prisión provisional: ‘solo’ una medida cautelar (Reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero)”, *Actualidad Penal*, núm. 42, 2000, pp. 891-911.

BECK, Ulrich, “Retorno a al teoría de la sociedad del riesgo”, *Boletín de la A.G.E.*, núm. 30, 2000, pp. 9-20.

- *Hijos de la libertad*, Fondo de Cultura Económica. México, 1999.
- *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, Paidós, 2004.
- “La teoría de la sociedad del riesgo reformulada” *POLIS. México*, vol.15, num.1, 2019, pp. 171-196.

BENEYTO, José María, “La nueva forma política de Europa”, *Cumbre de Niza. Nueva Revista* núm. 073, 2011, pp. 40-55.

BERENGUENAS SANCHEZ, María Elena, “Capítulo 9: Tratamiento y efectos de la violencia familiar en niños y adolescentes”, en: SORIA VERDE, Miguel Ángel (coord.), *Violencia doméstica. Manual para la prevención, detección y tratamiento*, Editorial MAD S.L., España, 1 Edición, 2006, pp. 267-304.

BERGALLI, Roberto; BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1992, pp. 43-74.

BLANCO GARCÍA, Ana Isabel, “Estatuto de la Víctima del Delito. Trascendencia de una Ley”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 765-774.

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 8427, 2014.

BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional y violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 48, 2014, pp. 131-155.

BOEREFIJN, Ineke, “Domestic violence against women in international human rights law”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, pp. 35-58.

BROWNE, Kevin; HERBERT, Martin, *Predicting Family Violence*, Wiley, 1996.

BURCHARD, Christoph, “Confiscation as criminal law (or what?) On how the ill-advised discussion about “the” legal “nature” of confiscation obfuscates what really needs to be discussed, *Latin American Legal Studies*, vol. 4, 2019, pp. 211-242.

- “Interlinking the Domestic with the International: Carl Schmitt on Democracy and International Relations”, *Leiden Journal of International Law*, num. 19, 2006, pp. 9-40.

- “Alemania y las órdenes europeas de protección: breves observaciones iniciales”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015 pp. 173-181.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La nueva orden europea de protección en España”, *La Ley Penal*, núm. 117, 2015.

- La Orden Europea de Investigación Penal en España: aplicación y contenido. Posible relación con la Orden Europea de Protección (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8660, 2015.
- “La orden europea de protección: analogías y diferencias con la orden de protección del proceso penal español”, *Diario La Ley*, núm. 8022, 2013.

BUSTELO, María; LOPEZ, Silvia; PLATERO, Raquel, “Capítulo 3: la representación de la violencia contra las mujeres como un asunto de género y un problema público en España”, en: BUSTELO, María; LOMBARDO Emanuela (eds.) *Políticas de igualdad en España y en Europa. Afinando la mirada*. Ediciones Cátedra UV-instituto de la mujer, Valencia, 2007, pp. 67-96.

CALVO, Dolores, *What is the Problem of Gender? Mainstreaming Gender in Migration and Development Policies in the European Union*, University of Gothenburg, 2013.

CAMALDO, Lucio, “The European Investigation Order”, en: RUGGIERI, Francesca (ed.) *Criminal Proceedings, Languages and the European Union. Linguistic and Legal Issues*, Springer, 2014, pp. 203-214.

CAMPOS CRISTÓBAL, Raquel, “Reflexión personal crítica sobre la aplicación de la LOM-PIVG por parte de los operadores jurídicos”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género: un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, Valencia, 2012, pp. 285-313.

CANTU, Melinda, “Chapter 2: The Effects of Family Violence on Children”, en: K.J. Wilson (ed.) *When Violence Begins at Home. A Comprehensive Guide to Understanding and Ending Domestic Abuse*, Hunter House Publishers, 1997.

CARRASQUERO CEPEDA, Maoly, “Orden Europea de Protección: Un paso adelante en la protección de las víctimas”, *CEJJ*, núm. 2, 2014, pp. 91-114.

CARRERA HERNANDEZ, F. Jesús, “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007.

CASTRO-RIAL GARRONE, Fani, “El sistema competencial de la Unión Europea”, en: ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 61-76.

CEREZO GARCÍA-VERDUGO, Pablo, “La Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, ISSN 0213-988-X vol. XXII, 2004, pp. 371-381.

CEREZO, María Ángeles; TRENADO, Rosa María; PONS-SALVADOR, Gemma, “Capítulo 3: Prevención del maltrato infantil. El apoyo a los padres y sus relaciones con los hijos y el fomento de las buenas prácticas”, en: GÓMEZ-BENGOECHEA, Blanca (coord.) *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia Comillas, 2009 pp. 61-90.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, “La orden europea de protección”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 14, 2012.

CHARVET, John; KACZYNSKA-NAY, Elisa, *The Liberal Project and Human Rights. The Theory and Practice of a New World Order*, Cambridge, 2008.

CLOOTS, Elke, *National Identity in the EU Law*, Oxford University Press, 2015.

COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, Montserrat, “La aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

Disponible

en:

<http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/circunstancia/ano-v---numero-12---enero-2007/ensayos/la-aplicacion-de-la-ley-organica-de-medidas-de-proteccion-integral-contr-la-violencia-de-genero>

- “La ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 4, 2004, pp. 43-78.

CORRAL GUERRERO, Luis, “La Unión Europea: Sus principios y naturaleza”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, núm. 10 2000, pp. 61-81.

CUADRADO SALINAS, Carmen; FERNANDEZ LOPEZ, Mercedes, “Algunos aspectos procesales de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Feminismo/s*, 2006.

CUETO MORENO, Cristina; GÓMEZ VILLORA, José María, *Curso virtual de formación sobre violencia de género. Ied. Tema 6. La Orden de Protección Europea*, Conceptos básicos, emisión y ejecución. CGPJ.

CUETO MORENO, Cristina, “La Orden Europea de Protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *ReDCE*, núm. 21, 2014, pp. 221-260.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar”, *La Ley*, 2002.

- “Euro-orden y causas de denegación de la entrega” en: ARANGÜENA FANEGO, Coral (coord.) *Cooperación judicial penal en la Unión Europea*, Lex Nova, España, 2005, pp. 207-312.
- “Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8955, 2017.

- “La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española”, Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sra.Hoyos.pdf?idFile=5eb8c561-061f-45ef-8871-c22bfa1b66a3

DE LA PRIETA GOBANTES, Ignacio, “Ponencia: La Orden de Protección”, *Revista Baylo* (Edición electrónica).

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, 2015.

DE LUIS GARCÍA, Elena, “El Derecho a una investigación efectiva en la jurisprudencia del TEDH”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27, 2019, pp. 494-515.

- *El derecho al Medio Ambiente. De su tutela penal a la respuesta procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DE MIGUEL, Ana, “La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación”, *Filosofía Mora y Política*, enero-junio 2008, pp. 129-137.

DE URBANO CASTILLO, Eduardo, “El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *La Ley*, núm. 5248, 2001.

- “La prisión provisional del maltratador”, *Diario Jurídico Aranzadi*, 2003, pp. 1-6.

DEL POZO PÉREZ, Marta, “La orden europea de protección. Especial referencia a las víctimas de violencia de género”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 19, 2012, pp. 157-183.

DELGADO MARTÍN, Joaquín, “La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *Revista Xurídica Galega. Colaboracións*, núm. 39, 2013, pp. 77-132.

DÍAZ PITA, M. Paula, “A propósito de la adopción de la orden europea de protección en España en el ámbito de la violencia doméstica y de género”, *Derecho y Proceso Penal*, núm. 32, 2013, pp. 77-94.

- “La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 2011 sobre la Orden europea de Protección: Su aplicación en España a las víctimas de Violencia doméstica y de género”, *Ciencia Jurídica. Universidad de Guanajuato. División de Derecho, política y gobierno. Departamento de Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 13-29.
- “Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal. Orden Europea de Investigación en materia penal (OEI): La investigación y obtención de pruebas transfronterizas en la Unión Europea”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pp. 215-222

DONAIRE VILLA, Francisco Javier, “Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal

Constitucional y el Tribunal de justicia de la UE en el asunto Melloni”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 637-654.

DONINI, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010.

DUTTA, Anatol, “Cross-border protection measures in the European Union”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, núm. 1, 2016, pp. 169-184.

ECHEBURÚA, Enrique; DEL CORRAL, Paz, “Violencia en las relaciones de pareja. Un análisis psicológico”, en: AGUSTINA SANLLEHÍ, José Ramón (dir.), *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*, Edisofer, 2010, pp. 135-164.

ECHEBURÚA, Enrique; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, vol. 22, núm. 3, 2010, pp. 403-409.

ELLIS, Evelyn; WATSON, Philippa, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford EU Law Library, 2 Edition, 2012.

ERVO, Laura, “La orden europea de protección: ¿eficacia europea o un simple diálogo de besugos?”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 195-210.

- en: ERVO, Laura; GRÄNS, Minna; JOKELA, Antti, (eds.), “Chapter 2: Party Autonomy an Access to Justice”, en: *Europeization of Procedural Law*, Europa Law Publishing, 2009, pp. 21-42.

ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique, “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, núm. 2, 2003, pp. 45-64.

ESCRIBÁ AGUIR, Vicenta; ROYO MARQUÉS, Manuela; MAS PONS, Rosa; FULLANA MONTORO, Ana; MORENO ALONSO, María Piedad, *Protocolo para la atención sanitaria de la violencia de género (PDA)*, Generalitat. Consellería de Sanitat, Valencia, 2009.

ESCRIBANO MARTÍNEZ, Ángela, *Violencia de género y sanidad. La detección como factor de visibilidad*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Valencia, 2018.

ESQUEMBRE VALDÉS, M. del Mar, “Género y ciudadanía, mujeres y constitución”, *Feminismo/s*, 2006.

ESSER, Robert, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, C.H. Beck, 2. Auflage, Deutschland, 2018.

ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, “El reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Algunas cuestiones sobre su aplicación”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA

ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 385-408.

- “El Reglamento (UE) relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. ¿España como Estado expedidor de certificados?”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 107-136.

FAGGIANI, Valentina, “I. Derechos y garantías procesales ante el reto del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en: GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, FAGGIANI, Valentina. La armonización de los derechos procesales en la UE. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, pp. 2-7.

FANTUZZO, John W.; MOHR, Wanda K. NOONE, Megan J., “Making the Invisible Victims of Violence Against Women Visible Through University/Community Partnerships”, en: GEFFNER, Robert A.; JAFFE, Peter G.; SUDERMANN, Marlies (eds.) *Children exposed to domestic violence. Current Issues in Research, Intervention, Prevention and Policy Development*, HMTP, 2000.

FELDMAN, Angelica, “Cross-Border Domestic Violence: The Global Pandemic and the Call for Uniform Enforcement of Civil Protection Orders”, *40 Suffolk Transnat'l L. Rev.* 35, 2017, pp. 35-72.

FERNANDEZ OGALLAR, Beatriz, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Dykinson S.L., Madrid, 2014.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, Manuela, “Cooperación judicial penal comunitaria. La orden de detención europea, primer instrumento de reconocimiento mutuo de decisiones”, Universidad Rey Juan Carlos, 2013
Disponible en: <https://eciencia.urjc.es/handle/10115/12574>

FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro, “Las víctimas y la perspectiva social de la violencia en la familia”, en: RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (coord.), *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson S.L., 2010, pp. 35-68.

FERRAJOLI, Luigi, “Garantías”, *Parolechiave*, núm. 19, 1999, pp. 39-46.

- “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2006, pp.15-31.
- *La ley del más débil*, Editorial Trotta, 7 Edición, 2010.

FICHERA, Massimo, *The status of the Victim in European Union Criminal Law*, Eucrium The European Criminal Law Associations’ forum, 2011.

FLORE, Daniel, STÉPHANIE, Bosly, HONHON, Amandine, MAGGIO, Jacqueline (eds.), *Probation Measures and Alternatives Sanctions in the European Union*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Mapping the legislation and assessing the impact of protection orders in the European member states*, POEMS National Report Spain.

- “Prólogo”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pp. 13-20.

GAETA, Piero, “A ‘Neglected Appendage’: Reflections on the Difficulties of Victim Protection in EU Law”, en: RUGGIERI, Francesca (ed.) *Criminal Proceedings, Languages and the European Union. Linguistic and Legal Issues*, Springer, 2014, pp. 193-202.

GALAIN PALERMO, Pablo, “Prevención del delito en una sociedad con miedo”, Disponible en: <https://ladiaria.com.uy/articulo/2018/5/prevencion-del-delito-en-una-sociedad-con-miedo/>

GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma, “La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: La Orden Europea de Protección”, *El Derecho.com*, 2012 Disponible en: https://www.elderecho.com/tribuna/penal/Union-Europea-Directiva-Orden-Proteccion_11_380680006.html

GARCÍA MORETÓ, Estanislao, “Control ejecutivo de penas y medidas cautelares”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS

AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, 2012, pp. 315-322.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, “Aplicación de la Orden Europea de Protección a las víctimas en el sistema de justicia penal español a través de la ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 37, 2015.

- “Evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección y asistencia en el marco del proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017.
- “La orden europea de protección a la luz de la Ley 23/2014, sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: emisión y ejecución en España”, *La Ley Unión Europea*, núm. 41, 2016.
- “Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo” *Wolters Kluwer CISS*, 2014, pp. 47-58.

GARCÍA GARCÍA-REVILLO, Miguel, “Lección 5. Instituciones y órganos de la Unión Europea (II)”, en: ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín; CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2 Edición, Madrid, 2014, pp. 141-162.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier; FAGGIANI, Valentina, “La armonización de los derechos procesales en la UE”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013.

GELLES, Richard J., *Intimate Violence in Families*, SAGE publications, 3 Edition, 1997.

GIL, Pilar, “La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 229-247.

GIL RUIZ, Jesús Ignacio, “Women, NATO and the European Union”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 157, 2012, pp. 89-137.

GODOY VÁZQUEZ, M. Olaya, “Influencia del diálogo jurisdiccional en los sistemas europeos de protección de los derechos fundamentales”, *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá IX*, 2016, pp. 23-48.

GÓMEZ AMIGO, Luis, “La Orden Europea de Protección y su aplicación en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 43, 2017.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca; BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, Ana, “Capítulo I. El maltrato infantil intrafamiliar: una visión general”, en: GÓMEZ-BENGOCHEA, Blanca (coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia Comillas, 2009, pp.21-42.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Lección décimo cuarta. El juicio oral (I)”, en: MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco, *Derecho Jurisdiccional III*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 320-376.

- “Lección Décimo octava. La terminación del proceso penal”, en MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; BARONA VILAR, Silvia; ESPARZA LEIBAR, Iñaki; ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 24 Edición, 2018, pp. 436-456.

GÓMEZ ISA, Felipe, “Globalisation, privatisation and Human Rights”, en: DE FEYTER, Koen; GÓMEZ ISA, Felipe (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia Antwerp-Oxford, 2005, pp. 9-32.

GÓMEZ VILLORA, José María, “Los tipos y la agravante de género como forma de pensar la igualdad de género en el código penal”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 177-199.

GONZÁLEZ-MÉNDEZ, Rosaura D.; SANTANA-HERNÁNDEZ, Juana, “Perceived risk and safety-related behaviors after leaving a violent relationship”, *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, núm. 6, 2014, pp. 1-7.

GONÇALVES DE MELO MARINHO, Carlos Manuel, “Mutual recognition of protection measures in civil matters. Directorate-General for internal policies. Policy department Citizens’ rights and constitutional affairs C”, 2013 Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462495/IPOL-JURI_NT\(2012\)462495_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462495/IPOL-JURI_NT(2012)462495_EN.pdf)

GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 781-806.

- “Capítulo X: Cooperación judicial penal, tutela de la víctima y justicia restaurativa”, en: GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, *Cooperación judicial penal en la Unión Europea. Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 411-434.
- “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito comunitario”, *InDret*, 2003.
- “Algunas consideraciones sobre los juzgados de violencia sobre la mujer”, *Dereito*, vol. 14, núm. 2005, pp. 227-241.

- “Garantías del investigado y acusado en orden a la obtención, cesión y tratamiento de datos personales en el proceso penal. A propósito de la Directiva (UE) 2016/680 y su impacto en materia de prueba penal”, en: GONZÁLEZ CANO, M. Isabel (dir.), *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, 2019, pp. 98-154.
- “Espacio judicial europeo y cooperación judicial penal: notas sobre su configuración en la Constitución Europea”, *Crónica Jurídica Hispalense*, 2005, pp. 267-272.

GONZÁLEZ PÉREZ, Vicent; VÁZQUEZ VERDERA, Victoria; LÓPEZ FRANCÉS, Inmaculada, “Nuevas propuestas para la prevención educativa de la violencia de género”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2012, pp. 225-243.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Julián Ángel, *La Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género*, Editorial Sepin, España, 2014.

GONZÁLEZ VIADA, N., *Derecho Penal y Globalización. Cooperación Penal Internacional*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, Disponible en: http://idpbarcelona.net/docs/actividades/seminarioue/derecho_penal.pdf

GRAHAM, Cosmo, “Human Rights and the Privatisation of Public Utilities and Essential Services”, en: DE FEYTER, Koen; GÓMEZ ISA,

Felipe (eds.) *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Intersentia Antwerp - Oxford, 2005 pp. 33-56.

GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, Fernando, “Violencia de Género, Justicia y Medios de Comunicación”, en: FIGUEROLA BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Ángela; LEÓN ALONSO, Marta (dirs.) GALLARDO RODRIGUEZ, Almudena (coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, Comares, 2013, pp. 113-124.

GUERRERO PALOMARES, Salvador, “Capítulo 4: La configuración del derecho fundamental al proceso justo, debido o equitativo (fair trial o due process) en el ámbito de la Unión Europea”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (coord.), *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 97-124.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo; CERVELL HORTAL, María José, *La adopción al tratado de Lisboa (2007) del sistema institucional decisorio de la Unión, su acción exterior y personalidad jurídica*, Comares Editorial, Granada, 2010.

- “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 836-851.

GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: generalidad frente a especificidad”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 829-843.

HAGEMANN-WHITE, Carol, “Responses to Domestic Violence in Germany in a European Context. Legal Reforms and Criminal Prosecution”, en: BUZAWA, Eve S.; BUZAWA, Carl G. (eds.), *Global Responses to Domestic Violence*, Springer, 2017, pp. 87-105.

HARREL, Adele; SMITH, Barbara E., “Effects of Restraining Orders on Domestic Violence Victims”, en: BUZAWA, Eve S.; BUZAGA, Carl G. (eds.) *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, Sage, 1996.

HARRINGTON, Donna; DUBOWITZ, Howard, “Chapter 5: Preventing Child Maltreatment” en: HAMPTON, Robert L. (ed.), *Family Violence*, 2 Edition, Sage, 1999.

HEID, Daniela A, “Before and after the Treaty of Lisbon: the legal framework of police cooperation in the EU compared”, en: ADEN, Hartmut (ed.) *Police cooperation in the European Union under the Treaty of Lisbon. Opportunities and Limitations*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 65-80.

HÉLLMER, Malin, *La violencia contra los niños y las niñas en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

HERNÁNDEZ GARCÍA, “Notas sobre la Directiva 2011/99, reguladora de la orden europea de protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA,

Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 43-60.

HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro, “Crimen transfronterizo y determinación de la jurisdicción en el espacio de libertad seguridad y justicia: ¿hacia una nueva normativa sobre resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción penal?”, *Revista de Estudios Europeos*, N° 71, 2018, pp. 220-233.

HERNÁNDEZ RUEDA, M. Dolores, “Los problemas en la aplicación en la orden de protección europea”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 29-42.

HOFFMANN, Stefan-Ludwig, “Genealogies of Human Rights”, en: HOFFMANN, Stefan-Ludwig (ed.), *Human Rights in the twentieth century*, Cambridge, 2011, pp. 1-26.

IGLESIAS SEVILLANO, Héctor, “La construcción de un concepto de justicia europeo: la visión desde el diálogo entre el TJUE y los tribunales nacionales”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, 2018, pp. 123-137.

JÄHNKE, Burkhard SCHRAMM, Edward, *Europäisches Strafrecht*, De Gruyter, Deutschland, 2017.

JIMENA QUESADA, Luis, *Dret de la Unió Europea*, Publicacions de la Universitat de València, Educació, Serie de materials, Valencia, 2006.

JIMÉNEZ BECERRIL, Teresa, ROMERO LÓPEZ, Carmen, “The European Protection Order”, *The European Criminal Law Associations’ forum* 2011/2, 2011, pp. 76-78.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina, “La influencia del Programa La mujer, la paz y la seguridad en la agenda de Seguridad y Defensa de la Unió Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 57, 2017, pp. 101-132.

JOURILES, Ernest N.; MCDONALD, Renee; NORWOOD, William D.; EZELL, Elizabeth, “I. Understanding children’s exposure to domestic violence”, en: GRAHAM-BERMANN, Sandra A.; EDLESON, Jeffrey L. (eds.) *Domestic Violence in the Lives of Children. The Future of Research, Intervention and Social Policy*, American Psychological Association. Washington, DC 2002.

KAMBER, Krešimir, *Prosecuting Human Rights Offenses. Rethinking the Sword Function of Human Rights Law*, Brill Leiden, Boston, 2017.

KAPUR, Ratna, “Part III: Human rights law in action”, en: MECKLED-GARCÍA, Saladín; ÇALI, Bařak (eds.), *The Legalization of Human Rights. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Routledge Taylor & Francis Group, 2006.

KELLEHER, Michael D.; KELLENER, C.L., *Murder most rare. The female serial killer*, Praeger, 1998.

KILCHLINH, Michael, “Preventive detention in Germany” en: ROIG TORRES, Margarita (dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 53-62.

KLAUS-JÖRG, Ruhl, “La política de derechos humanos de la Unión Europea”, *Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XIV, núm. 40, 2007.

KLEIN, Andrew R. “11. Re-Abuse in Population of Court-Restrained Male Batterers. Why Restraining Orders Don’t Work”, en: BUZAWA, Eve S., BUZAGA, Carl G. (ed.), *Do Arrests and Restraining Orders Work?* Sage, Thousand Oaks, London, New Dehli, 1996, pp. 192-213.

KLIMEK, Libor, “European Protection Order in Criminal Matters versus European Protection Order in Civil Matters”, *European Studies*, vol.3, 2016.

- *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer, 2017.

LAMO RUBIO, J, “La nueva orden de protección de as victimas de la violencia doméstica instaurada mediante Ley 27/2003, de 27 de Julio”. *Actualidad Penal*, núm. 42, 2003, pp. 1045-1070.

LARRAURI PIJOAN, Elena, “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret*, 2009.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, “¿Son discriminatorios los tipos penales de violencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, pp. 329-370.

- *Solo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, 2009.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, 2005.

- “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (coord.) Serta. In memoriam Alexandri Baratta *Ediciones Universidad de Salamanca*, 2004.

LEGANÉS GÓMEZ, Santiago, “La Orden de Protección y las reformas penales en España en relación con la misma”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 131-158.

LEHMANN, Matthias, “El reconocimiento ¿una alternativa al derecho internacional privado?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 2, pp. 240-257

LEÓN ALONSO, Marta, “Reflexiones en torno a la igualdad y a la violencia de género desde la perspectiva del derecho constitucional”, en:

FIGUEROLA BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Ángela; LEÓN ALONSO, Marta (dirs.), GALLARDO RODRIGUEZ (coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, Comares 2013, pp. 139-149.

LEVELTHAL, John Michael, *My Partner, My Enemy. An unflinching view of domestic violence and new ways to protect victims*, Rowman & Littlefield, 2016.

LEVESQUE, Roger J.R., *Child Maltreatment and the Law. Returning to First Principles*, Springer, 2008.

LIAKOPOULUS, Dimitris, “Interactions between European Court of Human Rights and Private International Law of European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, pp. 248-305.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., “Capítulo V: Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Unión Europea”, en: MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, 6 Edición, España, 2010, pp. 123-150.

- “La Ciudadanía de la Unión Europea: Una cuestión abierta”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 357-372.

LIROLA DELGADO, Isabel, “La cooperación judicial en materia penal en el tratado de Lisboa: ¿Un doble proceso de comunitarización y consolidación a costa de posibles frenos y fragmentaciones?”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 16, 2008.

LLORIA GARCÍA, Paz, “La prevención de la violencia de género en la Unión Europea. El convenio de Estambul” en: CERVERA VALLTERRA, María. *La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común*, Ediciones Universitat de València, Valencia, 2015, pp. 89-94.

LOMBARDO, Emanuela, “La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea” *Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 6, 2006, pp. 121-140.

LÓPEZ GIL, Milagros, “Capítulo VIII. La Orden Europea de Protección”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (coord.), *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 215-242.

LÓPEZ MARTÍN, Anna Gemma, *Aplicación judicial de las inmunidades en España. Análisis de la práctica reciente*, Derecho, vol. 25, núm.1, 2016, pp. 21-52. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/view/3112/3569>

LORENTE ACOSTA, Miguel, “¡Me alegro de reconocerte! Juventud, identidad y violencia de género”, *Revista de Estudios de Juventud*, núm. 86, 2009, pp. 15-28.

- “Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección”, *La Ley Digital*, núm. 9114, 2018.

- “Justicia, género y estereotipos”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp.139-160.
- “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 19, 2012, pp. 185-214.
- *Mi marido me pega lo normal*, Ares y Mares, 2001.
- “¿...Y los hombres asesinados?”, Disponible en: https://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/y-los-hombres-asesinados_b_8953808.html
- “Hombres asesinados y mentiras resucitadas”, Disponible en: <https://blogs.elpais.com/autopsia/2013/06/index.html>
- “La valoración del riesgo en violencia de género como instrumento para mejorar la eficacia de la orden europea de protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 147-158.

LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 48, 2014, pp. 31-48.

- “El caso González Carreño contra España”, *AequAlitaS*, núm. 37, 2015, pp. 6-15.

MAGRO SERVET, Vicente, “200 medidas contra la violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9029, 2017.

- “El daño moral indemnizable en la violencia de género”, *Diario La Ley*, núm. 9015, 2017.
- “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 3, 2003, pp. 1853-1863.

MANGAS MARTÍN, Araceli, “Capítulo 10: La Comisión Europea”, en: MANGAS MARTÍN, Araceli, LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 8 Edición, Madrid, 2014, pp. 223-244.

MAÑAS ALCÓN, Elena; RIVERA GALICIA, Luis Felipe; GALLO RIVERA, María Teresa; MONTES PINEDA, Oscar; FIGUEROA NAVARRO, Carmen; PIETRO SÁNCHEZ, Pablo, *El impacto de la violencia de género en España: una valoración de sus costes en 2016*, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, 2019.

MAPELLI MARCHENA, Clara, *El modelo Penal de la Unión Europea*, Aranzadi, España, 2014.

MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, 2006.

MARCO MARCO, Joaquín J., “La violencia de género desde una perspectiva jurídico social” en: ABRIL STOFFELS, Ruth; URIBE OTALORA, Ainhoa (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 123-166.

MARÍA DIEZ-PICAZO, Luis, “La naturaleza de la Unión Europea”, *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2008

MARÍN, Manuel, “Europa: ¿qué te pasa?” *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 22, 2010.

MARIS GONZÁLEZ, Stella, “La protección de la Infancia en el marco del Derecho Internacional”, *Cruz Roja Española*, Oficina Central, 1991.

MARTÍN AYALA, Diego; PONCE GARCÍA, Rocío, “Obligación de denunciar versus prueba de cargo de la víctima en los delitos de violencia de género”, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11111-obligacion-de-denunciar-versus-prueba-de-cargo-de-la-victima-en-los-delitos-de-violencia-de-genero/>

MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., “La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras”, *Revista de Derecho de La Unión Europea*, núm. 10, 2006. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:19804/ImpApl.pdf>

- “Lección 14: El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael,

Curso de Derecho de la Unión Europea, Tecnos, España, 2011, pp. 371-390.

- “Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 39, 2011, pp. 407-442.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo J., “Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, en el recurso de amparo 6922-2008 promovido por Don Stefano Melloni”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, 2014, pp. 603-622.

MARTÍNEZ BOYÉ, Ángeles, “El déficit de la transversalidad de género en la Unión Europea”, *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, núm. 5, 2013, pp. 38-60.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 9055, 2017.

- “Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de lege ferenda”, *Teoría & derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2009, pp. 138-157.
- “Análisis de la justicia “procesal” desde la perspectiva de género”, en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp.15-28.

- “Análisis de la justicia procesal desde la perspectiva de género”, Proyecto de investigación, Segundo ejercicio de Cátedra inédito defendido en la Universidad de Valencia, 2018.

- “Capítulo 14: Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y modelo procesal recomendable”, en: BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 413-432.

- “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 40-58.

- “La igualdad y la violencia de género: elementos para la reflexión en España y en Europa”, en: HURTADO POZO, José (dir.) SILVA TICLLACURI, Luz Cynthia (coord.) *Género y Derecho Penal*, Instituto Pacífico, 2017 pp. 141-170.

- “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA,

Bibliografía utilizada y citada

Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-366.

- “Los deberes del estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, Tirant Lo Blanch, núm. 22, 2017, pp. 92-118.
- *La orden europea de investigación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016
- *La orden europea de protección de víctimas: ¿El primer paso para homogeneizar Europa en materia de violencia de género?*, Actas Seminario Internacional Contra la Violencia de género, UJI, 18 y 19 de noviembre de 2015.
- “Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes”, en: MONTESINOS GARCÍA, Ana (ed.), *Tratado de mediación: Mediación penal. Tomo II*, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 225-247.
- *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, 2019 (en prensa).

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena; PLANCHADELL GARGALLO, Andrea; MONTESINOS GARCÍA, Ana, *Esquemas sobre procesos por violencia de género*, Tirant lo Blanch, 2011.

MARTÍNEZ GARRIDO, Santiago, “Hacia la creación de un espacio común de justicia, libertad y seguridad”, *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, núm. 25, 2011.

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, “La Orden Europea de Protección: la cooperación jurisdiccional. Las anotaciones en los registros públicos” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 159-172

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cándido, “*Más Europa*” Temas para el debate (Ejemplar dedicado a: La Europa del futuro), núm. 108, 2003.

MERINO VÍCTOR, “La concepción de la violencia de género en los ordenamientos de los Estados Miembros”, en: FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*. Tecnos, España, 2015, pp. 46-57.

MESTRE DELGADO, Esteban, “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la UE”, *La Ley* núm. 10291, 2017

MOLINA CABALLERO, M. Jesús, “Capítulo 9: Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2011/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”, en: ROBLES

GARZÓN, Juan Antonio (coord.), *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 243-286.

- “Capítulo 9: Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2011/29/UE por la que se establecen normas mínima sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”, en: ROBLES GARZÓN, Juan Antonio (coord.), *Nueve estudios para informar un Proceso Penal Europeo y un Código Modelo para potenciar la Cooperación Jurisdiccional Iberoamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 243-286.

MONTESINOS GARCÍA, Ana, “La nueva fiscalía antifraude europea”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 46, 2018, pp. 1-49.

- “Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 17, 2017, pp. 127 – 165.

MONTIEL ROIG, Gonzalo, “La Orden Europea de Protección: indicadores sociales, violencia de género y cambio social” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 27-39.

MORAGUES MUSZYNSKI, Rebeca, *Schutz der Opfer der häuslichen Gewalt: Eine Studie des internationalen und europäischen Rechts am Beispiel von Spanien und Deutschland*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Bremen, 2018.

MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, “Parte General de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea”, Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Morán%20Mart%C3%ADnez,%20Rosa%20Ana.pdf?idFile=70b25f31-39bd-4cda-a640-063d56596ced, 2015, p. 40

MORGADES CORTÉS, María, “La Orden Europea de Protección como instrumento tuitivo de las víctimas de violencia de género”, *CEEJ*, núm. 3, 2014, pp. 79-112.

MORRIS, Anita; HUMPHREYS, Cathy; HEGARTY, Kelsey, “Chapter 1 Children’s Views of Safety and Adversity When Living with Domestic Violence”, en: STANLEY, Nicky; HUMPHREYS, Cathy (eds.), *Domestic violence and protecting children. New Thinking and Approaches*, JKP, 2015.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson Reuters, España, 2011.

- “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero”. Los casos *Caldararu* y *Aranyosi* como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, *InDret*, núm. 1, 2017.

MURSWIEK, Dietrich, “Art 2”, *Sachs-GGKommentar*, 4 Edition, München, 2007.

NIETO MARTÍN, Adán, “La armonización del derecho penal ante el tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010.

- *Reconocimiento mutuo y doble incriminación*, disponible en: <http://almacenederecho.org/reconocimiento-mutuo-doble-incriminacion/>

NÚÑEZ FERNANDEZ, José, “La violencia de género en el derecho penal y su constitucionalidad” en: RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia (coord.) *Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*, Dykinson S.L., 2010, pp. 207-238.

OLIVERAS JANÉ, Neus, “La articulación de las medidas nacionales de protección de las víctimas de violencia de género en el espacio europeo común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 9334, 2019.

- “La Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección”, en: FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*, Tecnos, España, 2015, pp. 35-45

ORDÓÑEZ FERNÁNDEZ, María del Prado; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Patricio, “Las víctimas invisibles de la violencia de género”, *Rev Clín Med Fam*, núm.5, 2012, pp. 30-36.

ORGA LARRÉS, J.C., *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, Thomson-Aranzadi, 2008.

ORJUELA LOPEZ, Liliana, “Capítulo 10: La atención de niños y niñas víctimas de violencia de género en el ámbito familiar”, en: GÓMEZ-BENGOECHEA, Blanca (coord.), *Violencia intrafamiliar. Hacia unas relaciones familiares sin violencia*, Universidad Pontificia Comillas, 2009, pp. 183-198.

ORTIZ VIDAL, María Dolores, “El principio de mutuo reconocimiento en el ámbito de la UE y los límites de la libre circulación, ¿mecanismo conciliador en tiempos revueltos?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 2015, pp. 177-197.

PAJARES MONTOLÍO, Emilio, “Capítulo Cuarto. La libertad personal: la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en: REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; VIANA GARCÉS, Andrée, *Tendencias jurisprudenciales de la corte interamericana y el tribunal europeo de derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 223-258.

PARTON, Christine, “Women, gender oppression and child abuse. Feminism and men’s violence”, en: LANGAN, Mary (ed.) *Taking Child Abuse Seriously*, Unwin Hyman, 1990.

PERAL LÓPEZ, M. Carmen, *La práctica judicial en los delitos de malos tratos. Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*, Tesis inédita defendida en la Universidad de Granada, 2017.

PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “Taller Práctico emisión Orden Europea de Protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES

BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 61-74.

PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 2005.

PÉREZ RIVAS, Natalia, “Evolución histórica del estatuto jurídico de la víctima: Especial referencia al Derecho Español”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017.

PERRON, Walter, “¿Son superables las fronteras nacionales del derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de derecho penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1998, pp. 209-230.

- “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz de Derecho comparado”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1988.

PERSAUD, Ingrid, “9. The reconstruction of human rights in the European legal order”, en: GEARTY, C.A. (ed.) *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights. A Comparative Study*. Martinus Nijhoff Publishers, Maastricht, 1997, pp. 347-391.

PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, pp. 9-28.

PISANI ALTAFIM, Elisa Rachel; MARTINS LINHARES, María Beatriz, “Universal violence and child maltreatment prevention programs for parents: a systematic review”, *Psychosocial Intervention* núm. 25, 2016, pp. 27-38.

PIZZI, William T.; PERRON, Walter, “Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems, *Stanford Journal of International Law*, 1996, pp. 37-64.

QUINERO OLIVARES, Gonzalo, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Sobre una política criminal común europea”, en: ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier (dir.), ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, ANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.) *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 37-46.

RAMIRO, Julia, “Los derechos de los niños en las políticas españolas para la infancia”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 95, 2016, pp. 117-146.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, “Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 401-464.

REID, Karen, *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights. Children cases*, Thomson, 3 Edition, 2007.

REQUEJO ISIDRO, Marta, “El Reglamento (UE) núm. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al

reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 5, núm.1, 2015, pp. 51-70.

RODRÍGUEZ CARCELA, Rosa, “Del crimen pasional a la violencia de género. Evolución y su tratamiento periodístico”, *Ámbitos*, núm 17, 2008, pp. 171-188.

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis, “La orden europea de protección (crónica de un fracaso anunciado)”, *Diario La Ley*, núm. 7854, 2012.

- “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 62, 2014, pp. 25-62.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia, “La aplicación práctica en España del Reglamento 606/2013 de 12 de junio relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 137-146.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen, *Obtención y Admisibilidad en España de la Prueba Penal Transfronteriza De las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Thomson Reuters Aranzadi, España, 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 1730, 2018, pp. 1-12.

ROIG TORRES, Margarita, “La delimitación de la Violencia de Género: un concepto espinoso”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 247-312.

ROJAS MARCOS, Luis, “Semillas y antídotos de la violencia en la intimidad”, en: ALBERDI, Inés; ROJAS MARCOS, Luis, *Violencia: tolerancia cero*, Programa de prevención de la Obra Social “La Caixa”, 2005, pp. 90-125.

ROMÁN Laura, “Violencia de género, Unión Europea y protección de las víctimas”, en: FREIXES, Teresa, ROMÁN, Laura (dirs.), OLIVERAS, Neus, VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de Violencia de Género*. Tecnos, España, 2015, pp. 25-34.

ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 25 Aufl., Deutschland, 1998.

RUBIO ENCIMAS, Ana María “Parte V: La Orden Europea de Protección (Título VI LRM) Capítulo II: Cuestiones prácticas relativas a la Orden Europea de Protección” en: ARANGÜEÑA FANEGO, Coral, DE HOYOS SANCHO, Montserrat, RODRIGUEZ MENDEL-NIETO, Carmen (dir. y coord.) *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea. Análisis teórico-práctico de la Ley 23/2014, de 20 de Noviembre*. Aranzadi, España, 2015, pp. 303-322.

RUIZ LÓPEZ, Cristina, “Derechos procesales de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 71, enero-junio, 2018 pp. 234-249.

RUIZ MIGUEL, Carlos, “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 2, 2003, pp.61-90.

RUSU, Ioana-Minodora, “Issuance and Transmission of the European Protection Order in the European Union. Critical Opinions. De Lege Ferenda Proposals”, *5 Persp. Bus. L.J.* 214, 2016, pp. 214-219.

SACK, E.J., “Domestic violence across the state lines: The Full Faith and Credit Clause, Congressional power, and interstate enforcement of protection orders”, *Roger Williams Univ. Legal Studies Research Paper No. 04*.

SALAS, Luis; CAZARO JOHANNIG, Ana Teresa, “El tratamiento jurídico y social de la violencia doméstica en EEUU”, en: ROIG TORRES, Margarita (dir.), *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género*, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 15-52.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “Las mujeres y la constitución europea. La insoportable “levedad” del género en la Unión Europea”, en: CARRILLO, Marc; LÓPEZ BOFILL, Héctor (coords.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, pp. 519-552.

SALES, Mercé, “La formación de los profesionales y los protocolos y planes de acción”, en: FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (dirs.)

OLIVERAS, Neus; VAÑO, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección: Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, 2015, pp. 156-167

SALINAS DE FRIAS, Ana, “Lección 3. Los valores, los principios democráticos y la ciudadanía de la unión europea”, en: ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín; CASADO RAIGÓN, Rafael. *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, España, pp. 87-112.

SÁNCHEZ MARTÍN, Paula, “La Orden de Protección Europea”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Aranzadi, España, 2012, pp. 481-506.

SÁNCHEZ, Víctor M.; JULIÀ BARCELÓ, María, *Lecciones de Derecho de la Unión Europea*, Bosch Internacional, España, 2008.

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, “Maltrato y dominación, Paradojas judiciales sobre una cultura incívica”, *Diario La Ley*, núm. 8159, 2013.

SANZ ÁLVAREZ, Ana Cristina, “La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género: La protección de las víctimas en el ámbito de la Unión Europea. Perspectiva del Ministerio Fiscal”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.); BORGES BLÁZQUEZ, Raquel; SIMÓ SOLER, Elisa (coords.), *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 85-94.

SANZ CERVERA, Susana “¿La violencia contra la mujer, una forma de tortura? El derecho internacional, llamando a las cosas por su nombre” en: ABRIL STOFFELS, Ruth; URIBE OTALORA, Ainhoa (coords.) *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 167-198.

SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, *La Unión Europea tras Lisboa. Introducción al sistema institucional y jurídico de la Unión*, EZ, España, 2015.

SCHERRER, Amandine; CERRATO, Elisabet; FREIXES, Teresa; LUFTI, Mariam; MERINO, Victor; OLIVERAS, Neus; ROMÁN, Laura; STEIBLE, Bettina; TORRES, Núria, “European Protection Order Directive 2011/99/UE European Implementation Assessment”, *EPRS*, 2017 Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf)

SCHÜTZE, Robert, *An introduction to European Law*, Cambridge, 2 Edition, 2015.

SCHWARTZ, Lita Linzer; ISSER, Natalie K., *Child Homicide. Parents Who Kill*, Taylor & Francis Group, 2006.

SERRANO HOYO, Gregorio, “Algunas cuestiones procesales que plantea la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, pp. 69-104, 2004.

- “Sobre la inscripción de la Orden de Protección, medidas civiles y/o penales, penas y medidas de seguridad en el registro central

para la protección de las víctimas de la violencia doméstica”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, pp. 103-115, 2008.

SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección civiles en casos de violencia doméstica y su eficacia transnacional en la Unión Europea”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco, OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 409-428.

SIMÓ SOLER, Elisa, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa, ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco, OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 429-452.

SIPE, Beth; HALL, Evelyn, *I am not your victim. Anatomy of domestic violence*, SAGE, 2 Edition, 2014.

SMITH, Rhona K.M., *International Human Rights Law*, Oxford University Press, 8 Edition, 2014.

SORIA VERDE, Miguel Ángel, “Capítulo I: Desarrollo Histórico y teorías psicosociales”, en: SORIA VERDE, Miguel Ángel (coord.), *Violencia doméstica. Manual para la prevención, detección y tratamiento*, Editorial MAD S.L., España, 1 Edición, 2006, pp. 11-62.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José, *Las reformas del proceso Penal de 2002 y 2003. Juicios Rápidos. Prisión provisional y Orden de Protección. El juicio de faltas*, Thomson Civitas, 2004.

SUBEDI, Surya P., “The effectiveness of the UN human rights system. Reform and Judicialisation of Human Rights”, *Routledge*, 2017.

TAMARIT SUMALLA, Josep, “La Política europea sobre las víctimas de delitos”, en: DE HOYOS SANCHO, Montserrat (dir), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la unión europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp. 31-48.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “La constitución para Europa, ¿las bases del Derecho Penal Europeo?”, *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 25, 2004, pp. 361-398.

THORPE, David, *Evaluating child protection*, Open University Press, 1994.

TINOCO PASTRANA, Ángel, “La transposición de la orden europea de investigación en materia penal en el ordenamiento español”, *Rivista Quadrimestrale on line sullo Spaziu Europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, núm. 3, 2018, pp. 116-145.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret*, 2016, pp. 1-72.

TORRES UGENA, Nila, “Las fuentes del derecho comunitario”, en: ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, *Instituciones de Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 189-204.

TUR AUSINA, Rosario, “Menores y violencia de género. Reflexiones a propósito de la aprobación del plan de infancia y adolescencia (2013-2016)”, en: FIGUEROLA BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Ángela; LEÓN ALONSO, Marta (dirs.) GALLARDO RODRIGUEZ, (coord.), *Violencia de género e igualdad. Una cuestión de derechos humanos*, Comares, pp. 281-291.

VAN DE WATERING, E.J.E., “Criminal Protection Orders: Effective legal remedies or False promises to victims? An explorative research on the effectiveness of criminal protection orders”, 2013.

VAN DER AA, “Protection orders in the European member states: Where do we stand and where do we go from here?”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, núm, 18, 2011.

- “Protection Orders in the European Member States: Where do we stand and where do we go from here?”, Springer, vol. 18, 2012, pp. 183-204.

VAN DER AA, Suzan; NIEMI, Johanna; SOSA, Lorena; FERREIRA, Ana; BALDRY, Anna, “Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European member states”, *Daphne*, Pdf disponible en: <http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf>

VAN DER AA, Suzan; OUWERKERK, Jannemieke, “The European Protection Order: No Time to Waste or a Waste of Time?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, núm. 19, 2011, pp. 267-287.

VAÑÓ, Raquel, “Efectividad de las medidas de protección de las víctimas”, en: FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (dirs.); OLIVERAS, Neus; VAÑÓ, Raquel (coords.), *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, 2015, pp. 130-140

VARELA, Nuria, *Cansadas. Una reacción feminista frente a la nueva misoginia*, Grupo Zeta, 2 Edición, 2017.

- *Feminismo para principiantes*, Ediciones B. S.A., 2008.

VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, “Lección 4. Instituciones y órganos de la Unión Europea (I)”, en: ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, CASADO RAIGÓN, Rafael, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 2 Edición, Madrid, 2014, pp. 116-139.

VEERMAN, Philip E., *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

VEGA RODRÍGUEZ, María Teresa; MORO GUTIÉRREZ, Lourdes, “La representación social de los malos tratos infantiles en la familia: factores psicosociales que influyen en la percepción de las conductas de maltrato”, *Psychosocial Intervention*, núm. 22, 2013, pp. 7-14.

VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “A propósito del Reglamento (UE) N° 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015, pp. 811-818.

- “Algunos aspectos conflictivos sobre la ejecución de la Orden Europea de Protección con otros instrumentos de reconocimiento mutuo”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico sobre Derecho y Verdad*, Tirant lo Blanch, núm. 22, 2017, pp. 140-157.

- “Cuestiones sobre el quebrantamiento de medida cautelar en el país de ejecución al hilo de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección”, en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.), VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. La protección de las víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 73-82.

- “La responsabilidad del Estado desde la perspectiva de género” en: AAVV, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 221-227

VERVAELE, John A. E., “¿Terrorismo y seguridad: un derecho penal sin límites?”, en: BARONA VILAR, Silvia (dir.), *Justicia civil y penal en la era global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017 pp. 459-484.

- “De Eurojust a la fiscalía europea en el espacio judicial europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo?”, en: ESPINOSA RAMOS, Jorge A.; VICENTE CARBAJOSA, Isabel (dir.) *La futura Fiscalía Europea*, 2009 Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga

[/Futura_Fiscalia%20ES.pdf?idFile=09a6aa50-b6be-4091-b699-7b0cd505091b](#)

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en: JIMENO BULMES, Mar (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, 2014, pp. 153-174.

VIGANÒ, Francesco, “La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales”, *Polít. Crim.*, vol. 9, núm. 18, 2014, pp. 428-476.

- “Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH”, en: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dirs.) GÓMEZ MARTÍN, Víctor (coord.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012, pp. 311-382.

VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., “La Legislación Penal Europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer pilar, Directivas y Decisiones Marco”, ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier, ANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, VENTURA PÜSCHEL, Arturo (coords.) *La adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 19-36.

VLEDDER, Ingrid, “It’s in our hands. Stop violence against women”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, pp. 7-34.

VON BOGDANDY, Armin, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho Europeo* núm. 22, 2010.

WADE L. Marianne, “Developing a Criminal Justice Area in the European Union”, Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/I_POL-LIBE_ET\(2014\)493043_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/I_POL-LIBE_ET(2014)493043_EN.pdf)

WALLACE, Harvey; ROBERSON, Cliff, *Family Violence. Legal, Medical and Social Perspectives*, Pearson, 7 Edición, 2014.

WEIDENFELD, Werner, *Die Europäische Union*, Utb., 4. Auflage, Deutschland, 2015.

WESTERNDORP, Ingrid, “If home is no haven: women’s right to adequate housing in cases of domestic violence”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, pp.123-142.

WILLEMS, Jan C. M., “Children’s rights and the prevention of child abuse and neglect: the quest for a trias pedagogica of children, parents and society”, en: WESTENDORP, Ingrid; WOLLESWINKEL, Ria (eds.), *Violence in the domestic sphere*, Intersentia, 2005, pp. 151-182.

JURISPRUDENCIA

I. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH A. v. The United Kingdom, núm. 100/1997/884/1096, de 23 de septiembre de 1998

STEDH X and Y v. The Netherlands, núm. 8978/80, de 26 de marzo de 1985

STEDH Osman v. The United Kingdom, núm. 97/1997/871/1083, de 28 de octubre de 1998

STEDH López Ostra v. Spain, núm. 16798/90, de 9 de diciembre de 1994

STEDH C.R. v. The United Kingdom, núm. 20190/92, de 22 de noviembre de 1995

STEDH Kontrová v. Slovakia, núm. 7510/04, de 24 de septiembre de 2007

STEDH Bevacqua and S. v. Bulgaria, núm. 71127/01, de 12 de septiembre de 2008

STEDH Branko Tomasic and others v. Croatia, núm. 46598/06, de 15 de abril de 2009

STEDH Opuz v. Turkey, núm. 33401/02, de 9 de septiembre de 2009

STEDH E.S. and others v. Slovakia, núm. 8227/04, de 15 de septiembre de 2009

STEDH A. v. Croatia, núm. 55164/08, de 14 de octubre de 2010

STEDH Hajduová v. Slovakia, núm. 2660/03, de 30 de noviembre de 2010

STEDH Eremia v. The Republic of Moldova, núm. 3564/11, de 28 de mayo de 2013

STEDH Bljakaj and others v. Croatia, núm. 74448/12, de 18 de septiembre de 2014

STEDH Rumor v. Italy, núm. 72964/10, de 27 de mayo de 2014

STEDH Talpis v. Italy, núm. 41237/14, de 2 de marzo de 2017

STEDH Peers v. Greece, núm. 28524/95, de 19 de abril de 2001

STEDH Jankausas v. Lithuania, núm. 59304/00, de 24 de febrero de 2005

STEDH Valasinas v. Lithuania, núm. 44558/98, de 24 de julio de 2001

STEDH Iavoc Stanciu v. Romania, núm. 35972/05, de 24 de julio de 2012

STEDH Varga and others v. Hungary, núm. 14097/12, de 10 de marzo de 2015

STEDH, Torregiani and others v. Italy, núm. 43517/09, de 8 de enero de 2013

STEDH, Vasilescu v. Belgium, núm. 64682/12, de 25 de noviembre de 2014

STEDH Demir and Baykara v. Turkey, núm. 34503/97, de 12 de noviembre de 2008

II. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE, Asunto C-148/02, Caso Carlos Garcia Avello, de 2 de octubre de 2003 (ECLI: EU: C:2003:539)

STJUE, Asunto C-426/75, Alemania c. Consejo, de 9 de noviembre de 1995 (ECLI:EU:C:1995:367)

STJUE, Asunto 39-75, Robert-Gerardus Coenen y otros contra Sociaal-Economischen Raad, de 26 de noviembre de 1975 (ECLI:EU:C:1975:162)

STJUE, Asunto 36-75, Roland Rutili contra Ministro del Interior, de 28 de octubre de 1975 (ECLI:EU:C:1975:137)

STJUE, Asunto C-286/84 (Asuntos acumulados 279/84, 280/84, 285/84 y 286/84), Lindemann/Comisión

STJUE, Asunto 148/78, Procedimiento penal entablado contra Tullio Ratti, de 5 de abril de 1979 (ECLI:EU:C:1979:110)

STJUE, Asunto C-399/11, Caso Melloni, de 26 de febrero de 2013 (ECLI:EU:C:2013:107)

STJUE, Asunto C-571/10, Caso Kamberaj, de 24 de abril de 2012 (ECLI:EU:C:2012:233)

STJCE, Asunto 68/88, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica, de 21 de septiembre de 1989 (ECLI:EU:C:1989:339)

STJCE, C-172/91, Sonntag/Waidmann, de 21 de abril de 1993 (ECLI:EU:C:1993:144)

STJUE Asunto C-1/10 (Asuntos acumulados C-483/09, C-1/10) Gueye y Salmerón Sánchez, de 15 de septiembre de 2011 (ECLI:EU:C:2011:583)

STJUE, Asunto 43-75, Gabrielle Defrenne contra Sucieté anonyme de navigation aérienne Sabene, de 8 de abril de 1976 (ECLI:EU:C:1976:56)

STJUE, Asunto 170/84, Bilka – Jaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz, de 13 de mayo de 1986 (ECLI:EU:C:1986:204)

STJUE, Asunto C-262/88 INT, Barber (Manuel Enrique Peinado Guitart), de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:795)

STJUE, Asunto C-409/95, Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, de 11 de noviembre de 1997 (ECLI:EU:C:1997:533)

STJUE, Asunto C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros, de 1 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:100)

STJUE, Asunto 186/87, Ian William Cowan contra Trésor public, de 2 de febrero de 1989 (ECLI:EU:C:1989:47)

STJUE, Asunto 164/07, James Word contra Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres intractions, de 5 de junio de 2008 (ECLI:EU:C:2008:321)

STJUE, Asunto C-398/12, M, de 5 de junio de 2014 (ECLI:EU:C:2014:1057)

STJUE, Asuntos C-404/15 y C-659-15/PPU, Pál Aranyosi y Robert Caldaru (ECLI:EU:C:2017:866)

III. Tribunal Constitucional

STC núm. 243/1988, BOE núm. 11, de 13 de enero de 1989

STC núm. 59/2008, BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008

STC núm. 26/1014, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 2014

STC núm. 41/2010, BOE núm. 192, de 9 de agosto de 2010

STC núm. 174/2011, BOE núm. 294, de 7 de diciembre de 2011

STC núm. 57/2013, BOE núm. 86, de 10 de abril de 2013

STC núm. 120/1998, BOE núm. 170, de 17 de julio de 1998

STC núm. 19/1988, BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988

STC núm. 67/1998, BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998

IV. Tribunal Supremo

STS núm. 1309/2005, de 11 de noviembre de 2005 (TOL 781.311)

STS núm. 677/2007, de 20 de julio de 2007 (TOL 1.124.029)

STS núm. 962/2008, de 17 de diciembre de 2008 (TOL 1.1448.797)

STS núm. 755/2009, de 13 de julio de 2009 (TOL 1.577.909)

STS núm. 1044/2009, de 3 de noviembre de 2009 (TOL 1.726.709)

STS núm. 33/2010, de 3 de febrero de 2010 (TOL 1.790.736)

STS núm. 342/2018, de 10 de julio de 2018 (TOL 6.670.815)

STS núm. 542/2018, de 12 de noviembre de 2018 (TOL 6.921.780)

STS núm. 282/2018, de 13 de junio de 2018 (TOL 6.639.816)

STS núm. 546/2008, de 23 de septiembre (TOL 1.378.491)

STS núm. 247/2018, de 24 de mayo de 2018 (TOL 6.630.740)

STS núm. 282/2018, de 13 de junio de 2018 (TOL 6.639.816)

STS núm. 677/2018, de 20 de diciembre de 2018 (TOL 6.977.302)

STS núm. 654/2009, de 8 de junio de 2009 (TOL 1.577.905)

Jurisprudencia

STS núm. 629/2009, de 24 de noviembre de 2009
(ECLI:ES:TS:2009:7482)

STS núm. 807/2010, de 30 de septiembre de 2010 (TOL 1.981.209)

STS núm. 108/2005, de 31 enero de 2005 (TOL 648.719)

STS núm. 105/2007, de 14 de febrero 2007 (TOL 1.050.628)

STS núm. 1366/2000, de 7 de septiembre de 2000 (TOL 4.920.341)

STS de 11 de marzo de 2003 (TOL 385.231)

ATS núm. 7790/2013, de 31 de julio de 2013 (TOL 4.943.117)

STS núm. 398/2019, de 14 de febrero de 2019
(ECLI:ES:TS:2019:398)

STS núm. 99/2019, de 26 de febrero de 2019 (ECLI:
ES:TS:2019:591)

STS núm. 2747/2018, de 17 de julio de 2018
(ECLI:ES:TS:2018:2747)

V. Audiencia Nacional

SAN núm. 1528/2016, de 25 de abril de 2016
(ECLI:ES:AN:2016_1528)

VI. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, núm. rec. 1027/2016, de 7 de marzo de 2017 (TOL 6.000.687)

STSJ Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Civil y Penal, núm. 7/2017, de 26 de junio de 2017 (TOL 6.330.549)

VII. Audiencias Provinciales

SAP Castellón, Sección segunda, núm. 37/2017, de 9 de febrero de 2017 (TOL 6.089.380)

SAP Madrid, Sección veintisieteava, núm. 559/2017, de 11 de octubre de 2017 (TOL 6.429.645)

SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección quinta, núm. 64/2017, de 23 de febrero de 2019 (TOL 5.975.172)

SAP Valencia, Sección quinta, núm. 316/2004, de 11 de octubre de 2004 (TOL 549.910)

AAP Barcelona, Sección doceava, núm. 2017 interpuesto contra el auto de fecha 11 de julio de 2017, de 1 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:435A)

VIII. Juzgados de lo Penal

Auto de Orden de Protección Europea dictado por el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer de Algeciras (12 de agosto de 2015)

Jurisprudencia

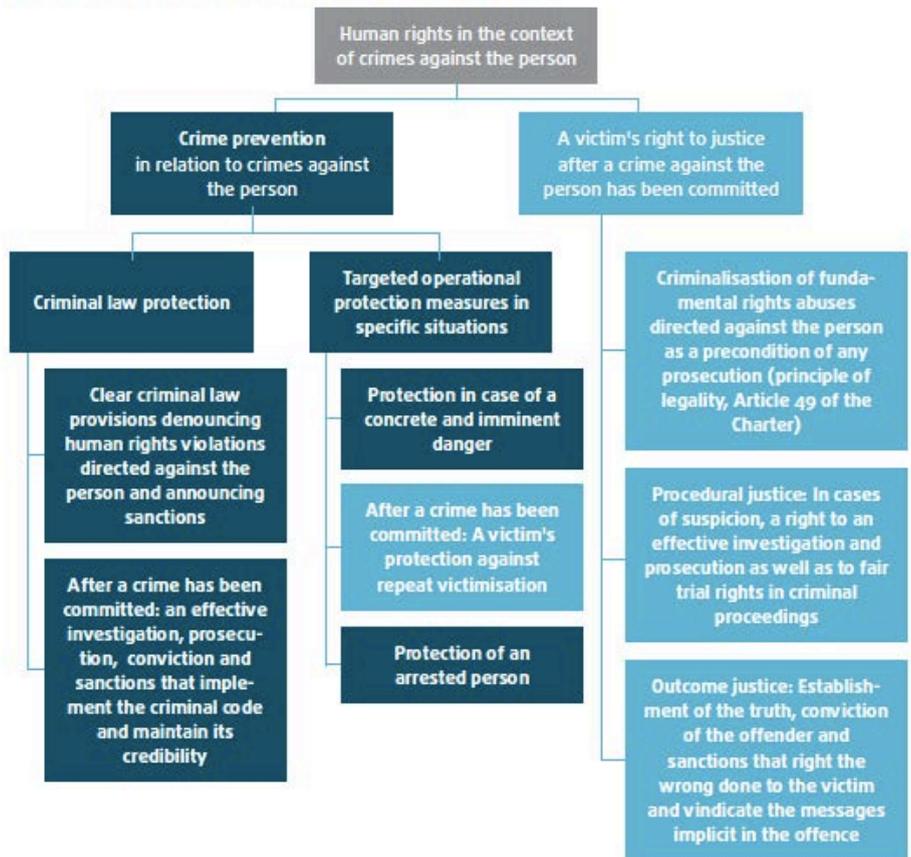
Auto de Orden de Protección Europea dictado por el Juzgado de Primera instancia e instrucción número 4 de Vera (20 septiembre 2018)

Auto de Orden de Protección Europea dictado por el Juzgado de Primera Instancia en Instrucción número 1 de Guadix (11 agosto 2017)

ANEXOS: DATOS PUBLICADOS POR ORGANISMOS O INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES

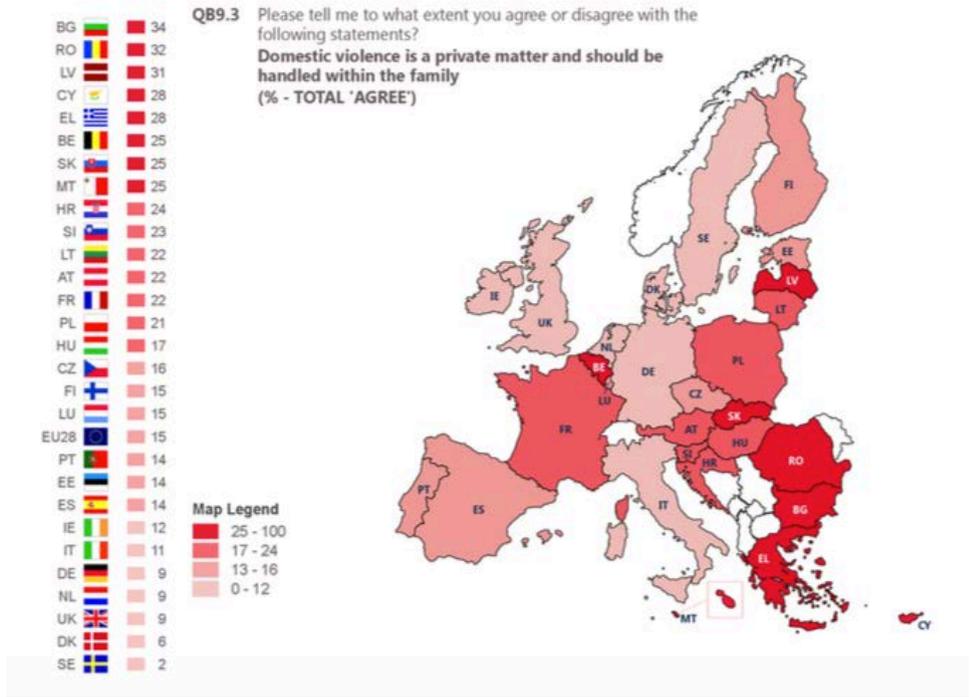
1. Derechos humanos y delitos contra las personas

Figure 1: Human rights in the context of crimes against the person



Fuente: FRA, 2019

2. Distribución por país en porcentaje según la visión de la violencia de género como un asunto privado

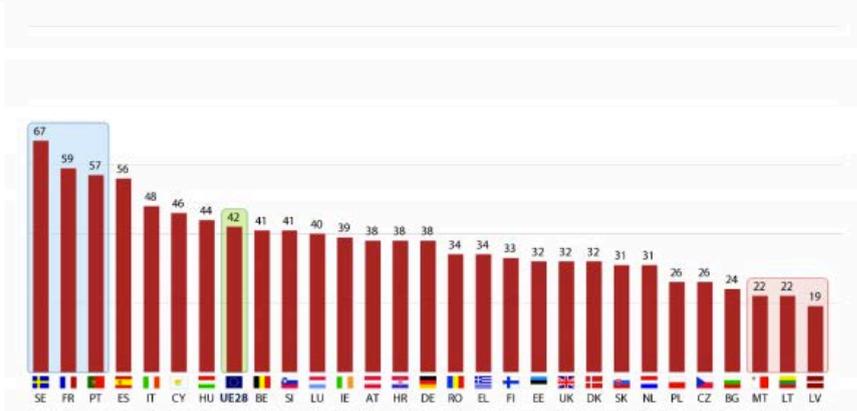


Fuente: Eurobarómetro 449, 2016

3. Resultados en porcentaje sobre la percepción de la actuación de la UE en igualdad

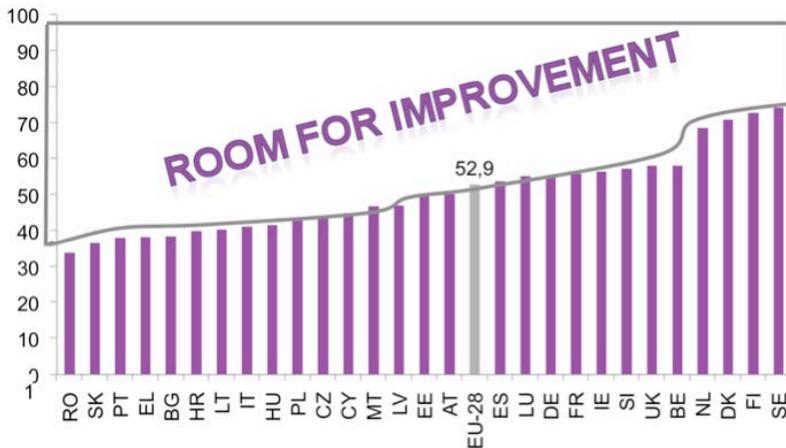
QA10.9 Para cada uno de los aspectos siguientes, ¿diría que, actualmente, la actuación de la UE es excesiva, adecuada/más o menos correcta o insuficiente?

Insuficiente (%)



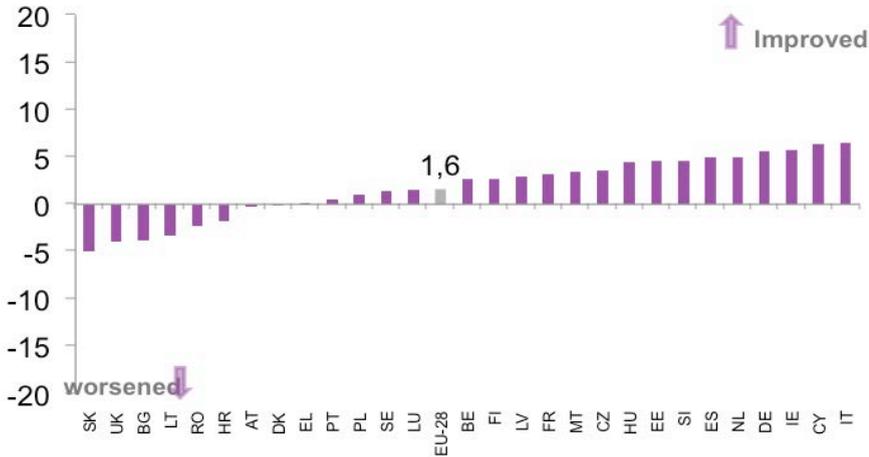
Fuente: Eurobarómetro especial de parlamento europeo, p. 32

4. Resultados globales del Indicador compuesto de Igualdad tras 50 años de políticas de igualdad de género en la UE



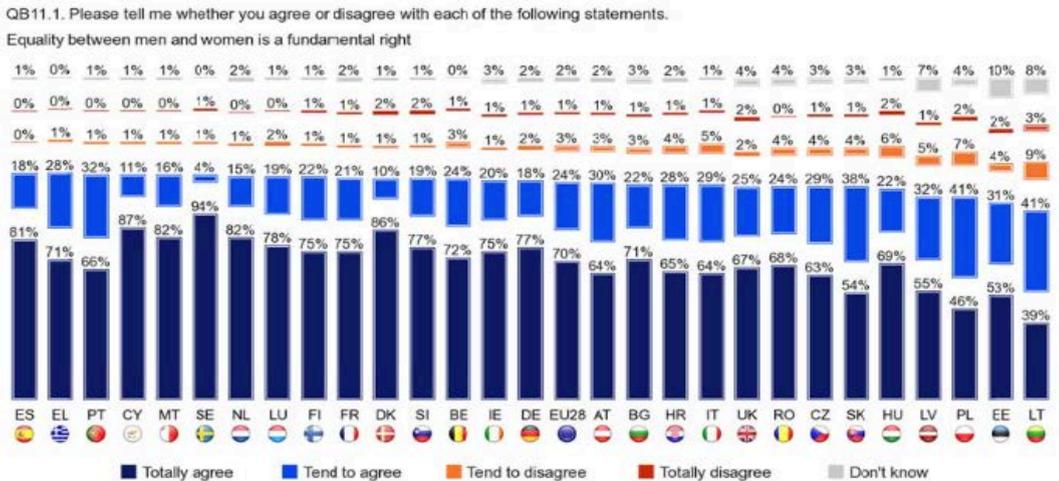
Fuente: Presentación del Index, EIGE, 2015

5. Países con mayor progreso y retroceso en igualdad en resultados temporales



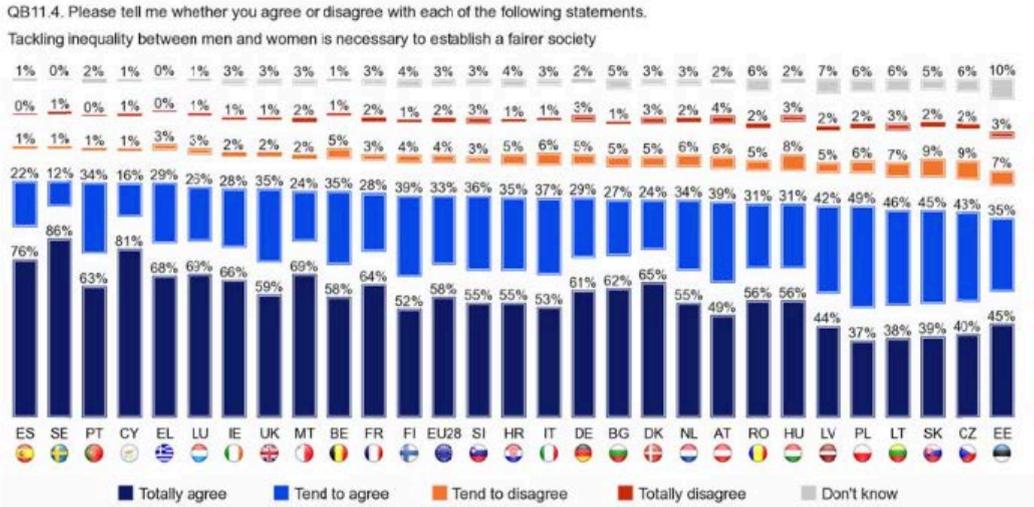
Fuente: Presentación del Index, EIGE, 2015

6. Porcentaje de respuesta sobre si la igualdad es un valor fundamental



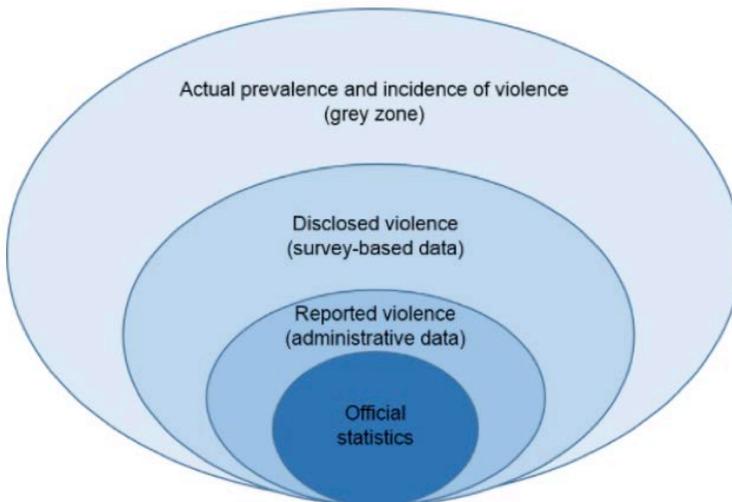
Fuente: Eurobarómetro 428

7. Porcentaje de respuesta sobre si la igualdad ayuda a una sociedad más justa



Fuente: Eurobarómetro 428, 2015

8. Formas de medir la violencia de género



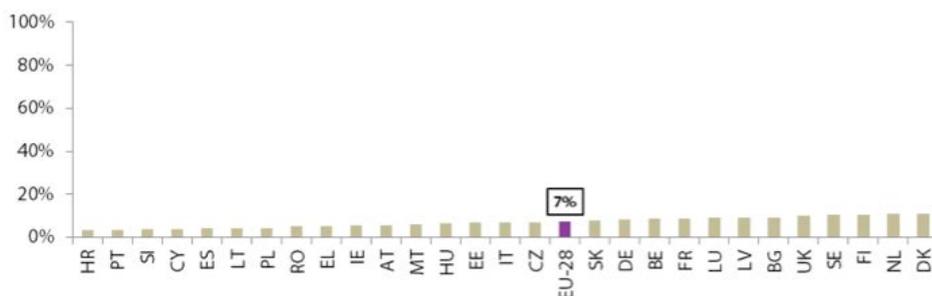
Fuente: Índice de Igualdad de Género, EIGE, 2015

9. Distribución por país en porcentaje de violencia física por (ex) pareja



Fuente: Presentación EIGE, 2015

10. Distribución por país en porcentaje de violencia sexual por (ex) pareja



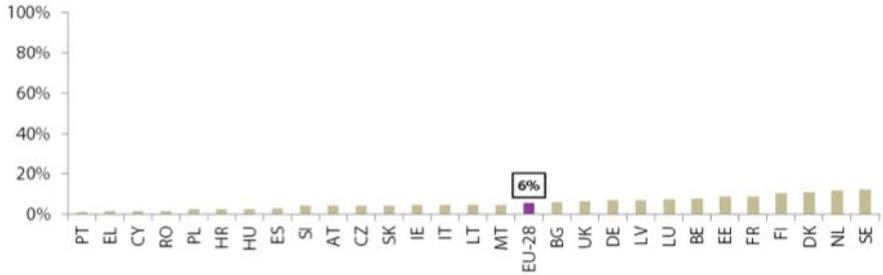
Fuente: Presentación EIGE, 2015

11. Distribución por país en porcentaje de violencia psicológica por (ex) pareja



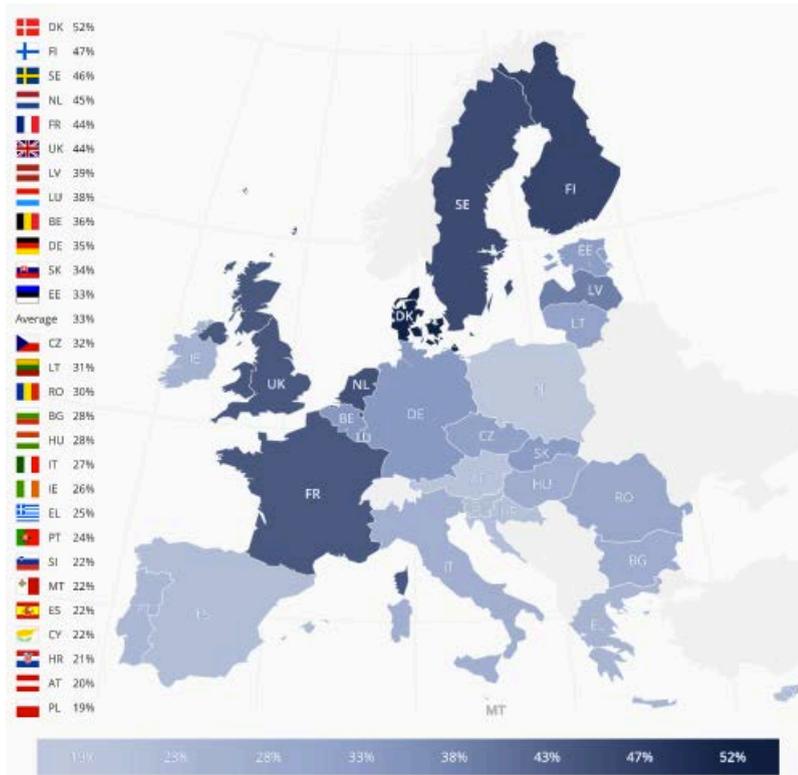
Fuente: Presentación EIGE, 2015

12. Distribución por país en porcentaje de violencia sexual fuera de la pareja



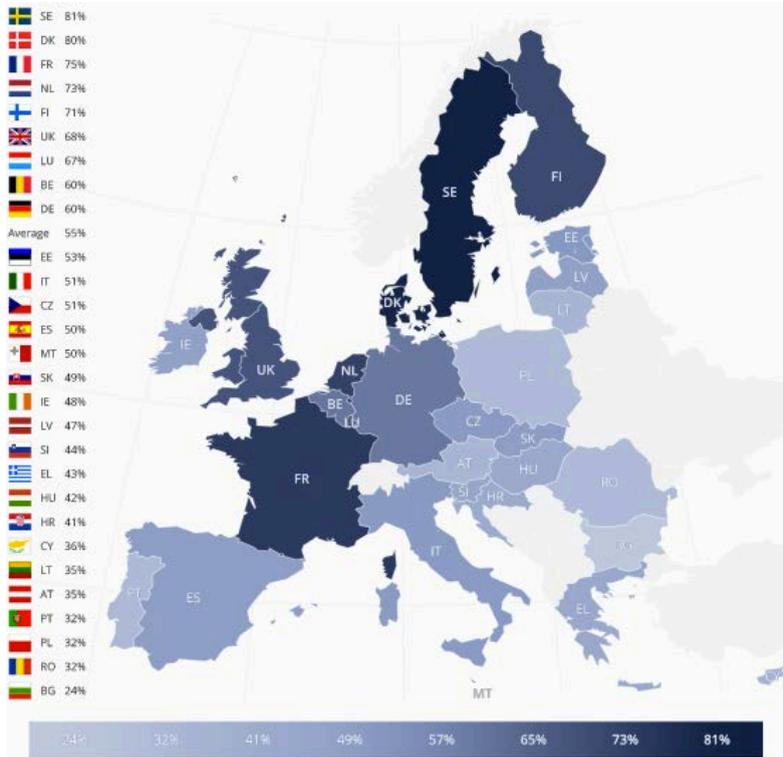
Fuente: Presentación EIGE, 2015

13. Resultados por país en porcentaje para el hostigamiento



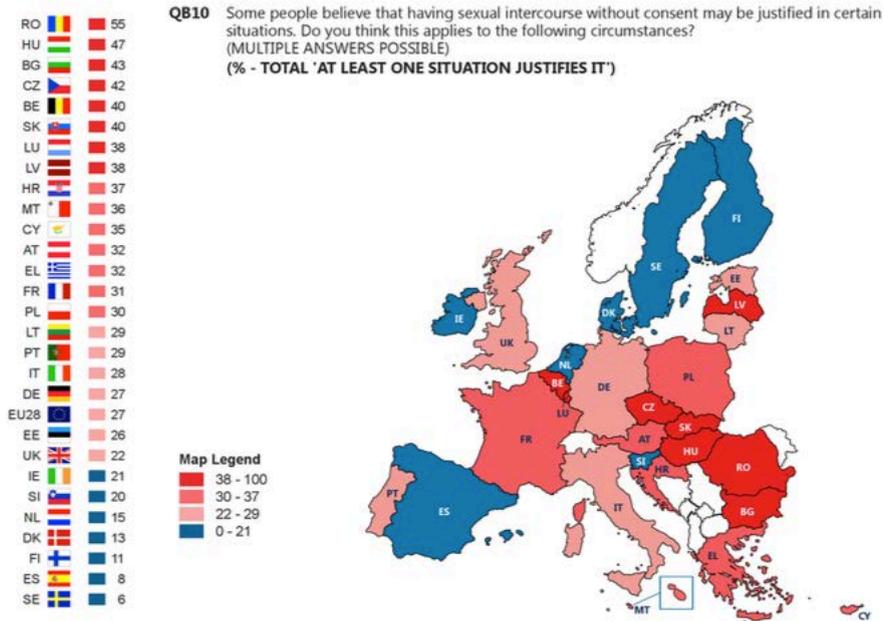
Fuente: Survey data Explorer, página web de FRA

14. Distribución por país en porcentaje para el acoso sexual



Fuente: Survey data Explorer, página web de FRA

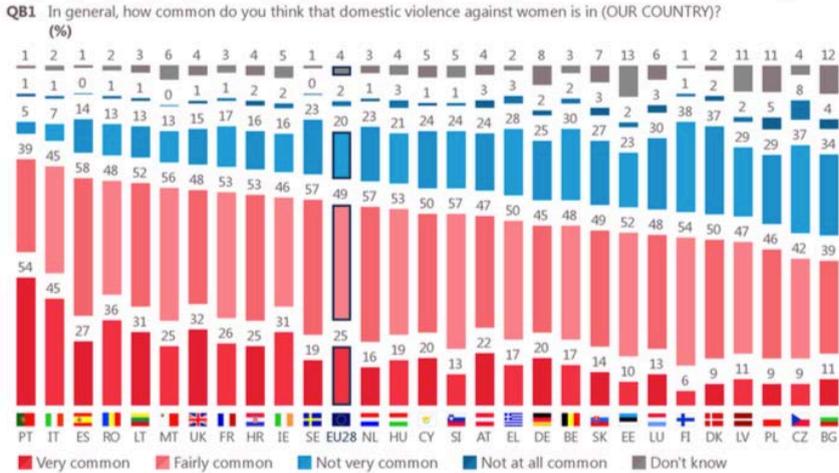
15. Distribución por país según porcentaje de respuestas que justifican relaciones sexuales no consentidas en alguna circunstancia



Base: All respondents (N=27.818).

Fuente: Eurobarómetro 449, 2016

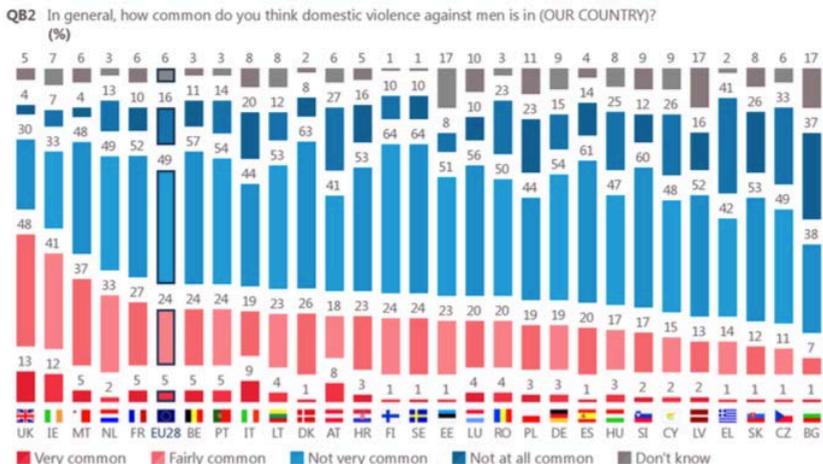
16. Distribución por país de porcentaje de respuesta sobre lo común que es la violencia doméstica contra la mujer



Base: All respondents (n=27.818). Countries ranked in order of the combined proportion saying very or fairly common.

Fuente: Eurobarómetro 449, 2016

17. Distribución por país de porcentaje de respuesta sobre lo común que es la violencia doméstica contra el hombre



Base: All respondents (n=27.818). Countries ranked in order of the combined proportion saying very or fairly common.

Fuente: Eurobarómetro 449, 2016

18. Distribución sociodemográfica en porcentaje acerca de la aceptación de la violencia doméstica

QB3 In your opinion, domestic violence against women is... (% - EU)

	Acceptable in all circumstances	Acceptable in certain circumstances	Unacceptable but should not always be punishable by law	Unacceptable and should always be punishable by law	Other	Don't know
EU28	0	2	12	84	1	1
Gender						
Man	0	3	14	81	1	1
Woman	0	2	11	86	0	1
Female by age						
15-24	0	1	8	91	0	0
25-39	1	1	10	87	0	1
40-54	0	1	11	86	1	1
55+	1	2	12	84	0	1
Male by age						
15-24	0	3	14	81	1	1
25-39	1	2	13	82	1	1
40-54	0	3	13	82	1	1
55+	0	2	16	80	1	1

Fuente: Eurobarómetro 449, 2016

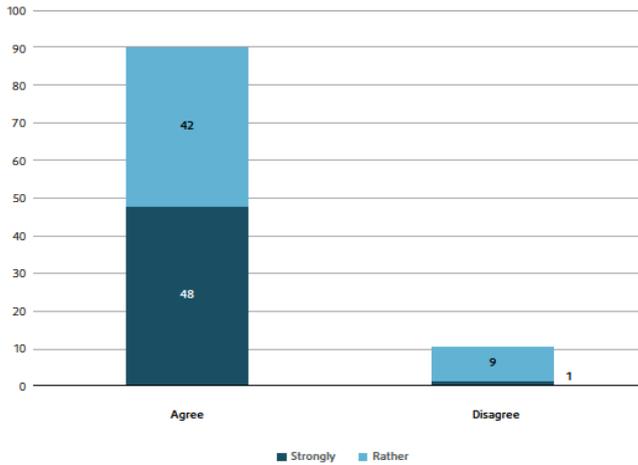
19. Número de mujeres asesinadas por compañeros íntimos y familiares, por región.



Fuente: Global Study on Homicide, 2013. UNODC, p. 13

20. Profesionales de acuerdo/en desacuerdo con el hecho de que otorgar mayor protección haría que más víctimas de violencia de género en la pareja denunciasen

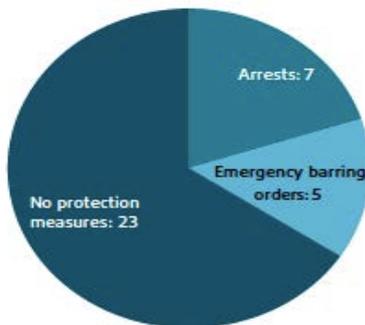
Figure 2: Practitioners agreeing/disagreeing with the statement that better protection would make it easier for victims to report (%)



Fuente: FRA, 2019

21. Medidas de protección iniciales adoptadas por la policía

Figure 3: Initial protection measures adopted by the police

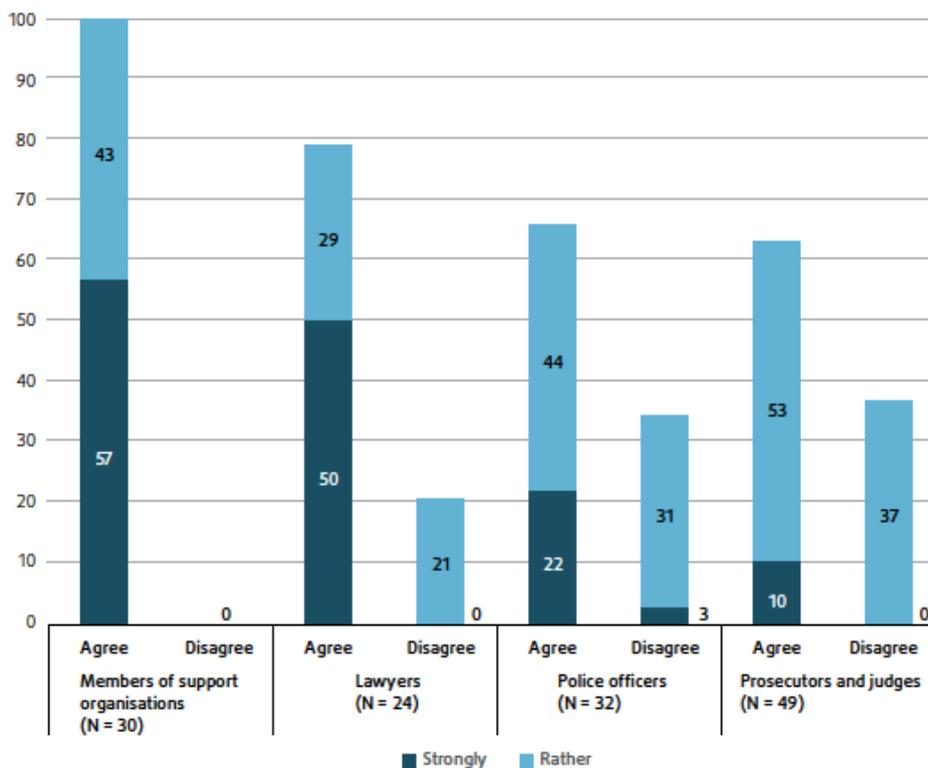


Note: N=35
Source: FRA, 2019

Fuente: FRA, 2019

22. Profesionales de acuerdo/en desacuerdo con la necesidad de invertir más recursos en proteger a las víctimas de violencia de género de la revictimización que sufren

Figure 4: Practitioners agreeing/disagreeing with the statement that more needs to be done to effectively protect victims of domestic violence against repeat victimisation (%)

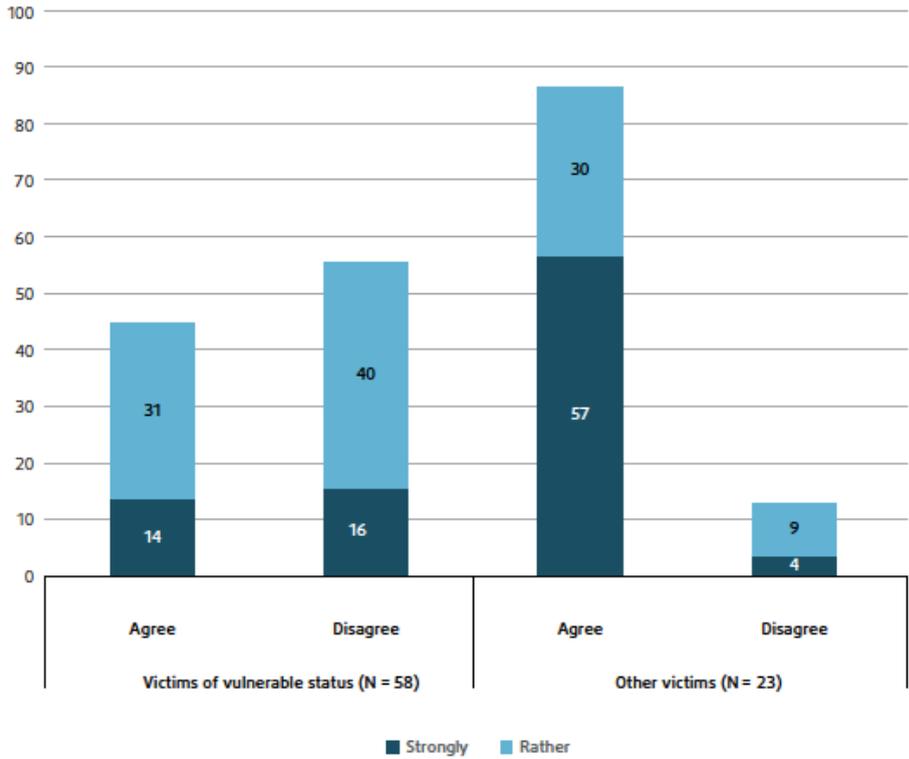


Note: N= 135.
Source: FRA, 2019

Fuente: FRA, 2019

23. Víctimas de acuerdo/en desacuerdo con la afirmación de que sus derechos fueron tomados en serio por la policía

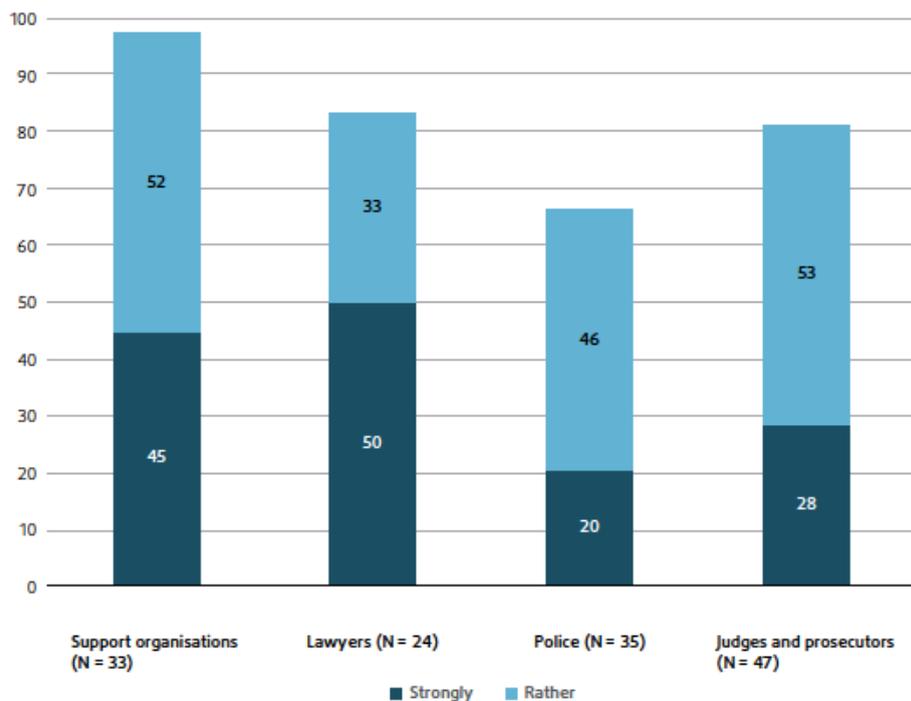
Figure 21: Victims agreeing/disagreeing with the statement that their rights and concerns were taken seriously by the police (%)



Fuente: FRA, 2019

24. Profesionales de acuerdo/en desacuerdo con el hecho de que un cambio de actitud por parte de la policía que atiende en primer lugar a las víctimas de violencia de género haría que más mujeres denunciasen la violencia sufrida

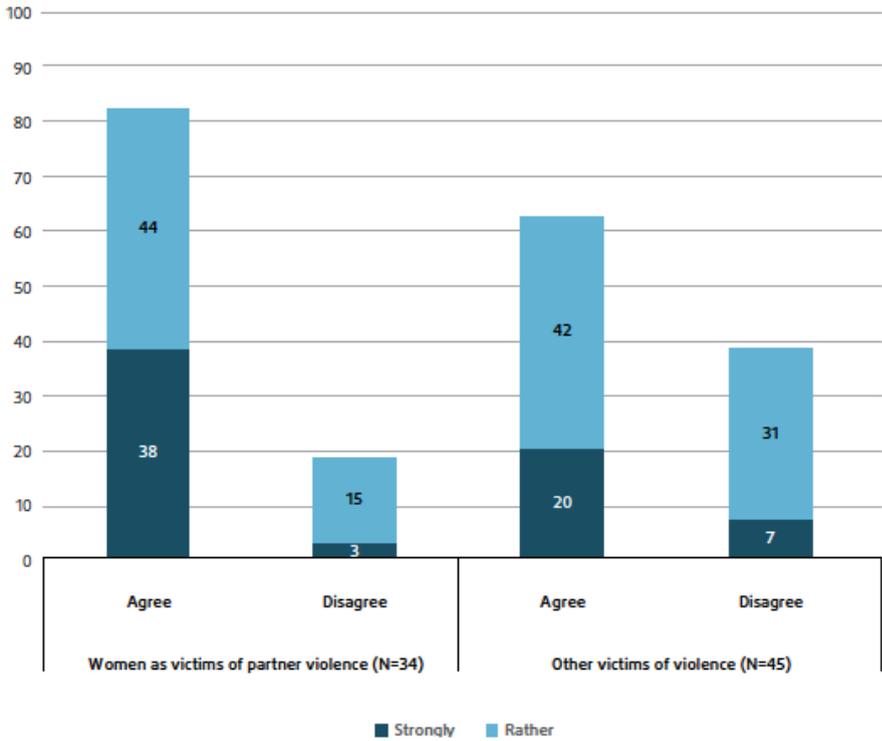
Figure 6: Professional groups agreeing with the statement that measures strengthening professional, respectful and non-discriminatory attitudes in the police would facilitate reporting by victims (%)



Fuente: FRA, 2019

25. Víctimas de acuerdo/en desacuerdo con tener más participación en los procesos

Figure 13: Victims agreeing/disagreeing with the statement that they would have liked to be more involved in the proceedings, by category of victims (%)



Fuente: FRA, 2019

26. Tiempo que tardan en solicitar ayuda según la edad de la víctima en España



Fuente: Ministerio de Igualdad

27. Tiempo que tardan en solicitar ayuda según el nivel de formación de la víctima en España



Fuente: Ministerio de Igualdad