

PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS, VIOLENCIA DE GÉNERO Y COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA POST-LISBOA.

MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA UE: NUEVOS DESARROLLOS.
- III. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN:
 1. ITER LEGISLATIVO, TRAYECTORIA Y VICISITUDES;
 2. OBJETO Y CONTENIDO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN.
- IV. DISFUNCIONES E INTERROGANTES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL SUSCITADAS POR LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.
 1. INCIDENCIA DEL DEBATE SOBRE LA BASE JURÍDICA DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN EN LA REESTRUCTURACIÓN DEL EQUILIBRIO INSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.
 2. LA ADOPCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN COMO PARADIGMA DE LA CRECIENTE FRAGMENTACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL.
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar un nuevo e inexplorado ámbito de desarrollo de la cooperación judicial penal en la UE post-Lisboa, como es la articulación político-jurídica de la protección de las víctimas, en es-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Ciencia Política, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal de la Universidad de Málaga, España. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+I, «Multiculturalidad, Género y Derecho» (código: Der2009-08297).

pecial de aquellas que han sufrido la violencia de género. Su originalidad e interés estriban en permitir confrontar la validez del debate teórico en curso sobre la construcción del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ) con la praxis, utilizando para ello, como banco de prueba privilegiado, los nuevos desarrollos normativos en la materia, y, en particular, la propuesta de Directiva para la adopción de la Orden Europea de Protección (en adelante OEP) de las víctimas de la violencia de género, presentada con ocasión de la Presidencia española del Consejo durante el primer semestre de 2010.

Como es sabido, la aprobación del Programa de Estocolmo y de su correspondiente Plan de Acción no solo proporcionó una guía de las acciones prioritarias a adoptar en el ELSJ durante el período 2010-2015, sino que pretendía sentar los cimientos de una nueva fase en la cooperación judicial penal¹. Si bien tanto los objetivos políticos como las acciones legislativas previstos en ambos eran sumamente amplios, la protección de las víctimas de delito y, en concreto, de aquellas que hubieran sufrido la violencia de género y que, en el ejercicio de su derecho a la libre circulación se desplazaran a un Estado miembro del cual no fueran nacionales o residentes, constituía uno de los retos más destacados a corto plazo².

Así se desprendía del Anexo al Plan de Acción del Programa de Estocolmo, que preveía que la Comisión presentase una propuesta legislativa genérica relativa a la protección de las víctimas y un plan de acción con medidas prácticas que incluyera la adopción de de la OEP³. El llamamien-

¹ Vid. al respecto en la doctrina española, ARANGÜENA FANEGO, C. (coord.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*, Ed. Lex Nova, 2010; CARRERA, S., y GEYER, F., «El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y Fragmentación en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29, 2008, pp. 133-162; DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional: Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDIRI*; Ed. Iustel, 2008, pp. 417-435; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 70, 2007, pp. 88-96; RODRÍGUEZ, J. M., y SORROZA, A., «El Espacio de Libertad, Seguridad y justicia y la próxima Presidencia Española de 2010. Parte 1ª: la implementación del Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo», *Real Instituto Elcano*, ARI 173/2009, 22/12/2009.

² Programa de Estocolmo, «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano». *DOUE C 115*, de 04.05.2010.

³ Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, COM (2010)171 final.

to a que la UE utilizase todos los instrumentos de los que disponía para tal fin chocaba sin embargo con la ausencia de una base jurídica específica en el Tratado de Lisboa, ya hasta entonces la lucha contra la violencia de género se había vinculado a diferentes políticas comunitarias, como la sanitaria, la de igualdad, la protección de los derechos fundamentales o, de forma sobresaliente, el ELSJ.

En efecto, pese a que tanto el Tratado de la Unión Europea (TUE) como el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y la Carta de Derechos Fundamentales proclaman como valores de la Unión y de sus Estados el respeto de la dignidad humana, la no discriminación activa y la igualdad entre hombres y mujeres⁴, no existe título competencial alguno, ni exclusivo ni compartido, que permita a la UE legislar en la materia⁵. No obstante, la Declaración 19 relativa al artículo 8 del TFUE insistía en que tanto la UE como sus miembros adoptaran todas las medidas necesarias para prevenir y castigar estos actos delictivos y para prestar apoyo y protección a las víctimas⁶.

Lo que sí existía en cambio era un importante acervo de «soft law» comunitario⁷, ya que en mayor o menor medida todas las Instituciones se han involucrado en la lucha contra la violencia de género. Así, desde el año 2002 el Consejo aprobó diferentes documentos al respecto, que culminaron en las Conclusiones de 8 de marzo de 2010 sobre «Erradicación de la violencia hacia las mujeres en la Unión Europea»⁸. Paralelamente, la

⁴ Artículos 2 del TUE, 8 y 10 del TFUE y artículo 1 y 23 de la Carta de Derechos Fundamentales.

⁵ Lo que no había impedido la adopción de instrumentos financieros en la materia, como el conocido programa Daphne (III), al objeto de sufragar proyectos y acciones destinados a «prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo». *DOUE* L 173/19, de 03.07.2007.

⁶ Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, *DOUE* C 115, de 09.05.2008, p. 335.

⁷ Terminología tempranamente usada por SNYDER, F., «Soft Law e prassi istituzionale nella Comunità Europea». *Sociologia del diritto*, vol. XX, n.º 1, 1993, pp. 79-109; En la misma línea, ALONSO GARCÍA, R., «El Soft Law Comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 154, 2001, pp. 63-94; DEL TORO, M. I., «El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513-549; MAZUELOS, A., «Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 8, 2004, pp. 1-40; SENDEN, L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, 2004.

⁸ Así, las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2002 sobre la violencia contra las mujeres (DOC. 6994/02); las de 21 de octubre de 2002 (DOC. 14578/02); las de 6 de di-

Comisión ha desarrollado un Programa de Trabajo para la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres (2006-2010) y una Estrategia quinquenal específica sobre Igualdad de Género, en los que la protección de las víctimas de la violencia de género ocupa un lugar relevante⁹, aunque probablemente sea el Parlamento Europeo (PE) el que ha desplegado una actividad más intensa, con la aprobación de una cadena de textos cuyos últimos eslabones serían las Resoluciones de 25 y 26 de noviembre de 2009¹⁰.

En la primera de ellas, el PE solicitó a la Comisión que consolidara el fundamento legal para, una vez fortalecida la base jurídica, aprobar una Directiva que garantizase la protección de las víctimas y el enjuiciamiento de los maltratadores¹¹. En la segunda, el PE reiteró su apelación, esta vez dirigida al Consejo y a la Comisión, a fin de sentar una base sólida que permitiese combatir globalmente todas las formas de violencia contra la mujer y que, más concretamente, facultara a la Comisión a elaborar una propuesta de Directiva general sobre la lucha contra la violencia de género¹².

Por consiguiente, la adopción de instrumentos normativos de protección a las víctimas en general, y de las víctimas de la violencia de género en particular, se encuadra en un doble nivel. En primera instancia, en el marco de la consolidación del ELSJ. En segunda, en el capítulo de la cooperación judicial en materia penal. A este respecto, conviene adelantar que son referentes obligados tres instrumentos normativos previos a lo que lue-

ciembre de 2004 (DOC. 15202/04) o las «Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres y la lucha contra todas las formas de discriminación hacia ellas», adoptadas por el Consejo en diciembre de 2008 (DOC. 16173/08).

⁹ COM (2006) 92 final. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

¹⁰ Las dos Resoluciones del PE de noviembre de 2009 tienen como precedentes las Resoluciones de 11 de junio de 1986 sobre las agresiones a la mujer; la de 16 de septiembre de 1993 sobre la trata de mujeres; la de 16 de septiembre de 1997 sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia de las mujeres y la de 2 de febrero de 2006 sobre la situación actual de la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres y las acciones futuras.

¹¹ P7_TA (2009)0090 Programa plurianual 2010-2014 relativo al Espacio de libertad, seguridad y justicia (programa de Estocolmo). Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «*Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*» «Programa de Estocolmo».

¹² P7_TA (2009)0098 Eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

go nos referiremos; la Decisión Marco (DM) 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹³; la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización de las víctimas de los delitos¹⁴; y la norma estrella en el ámbito de la cooperación judicial penal europea, la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros¹⁵.

A esta urdimbre normativa vendrían a sumarse los nuevos mecanismos de activación de la cooperación policial y judicial en materia penal abiertos tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa¹⁶. De un lado, la ruptura del monopolio legislativo de la Comisión que significa la posibilidad de que una cuarta parte de los Estados miembros insten la adopción de actos relativos a la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial (artículo 76 TFUE). Del otro, la extensión del procedimiento legislativo ordinario¹⁷ para la adopción de nuevas normas destinadas a: 1) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en la ejecución de resoluciones (artículo 82.1.d); 2) establecer normas mínimas relativas a los derechos de las víctimas (artículo 82.2.c del TFUE) y la definición de infracciones y sanciones penales de especial gravedad y dimensión transfronteriza (artículo 83.1 TFUE).

Teniendo presente todas estas consideraciones, el presente trabajo analiza la protección de las víctimas, en particular de la violencia de género, al objeto de formular algunas reflexiones generales sobre las disfunciones e interrogantes prácticos que plantea la cooperación judicial penal en la UE post Lisboa. Con tal fin, una vez examinadas someramente las normas en vigor, analizaremos los nuevos desarrollos en la materia, desgranando las propuestas de Directivas y Reglamento que conforman un bloque normativo emergente y novedoso, cuyo objeto es la consolidación de un plan inte-

¹³ DOCE L 182, de 22.03.2001, p. 1.

¹⁴ DOUE L 261, de 06.08.2004, p. 15.

¹⁵ DOCE L 190, de 18.06.2002, reformada por la DM 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009.

¹⁶ RIOJA GARCÍA, M., «El Tratado de Lisboa: reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Especial referencia al ámbito de la cooperación judicial penal», *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 4, 2009, pp. 5-17.

¹⁷ MANGAS MARTÍN, A., «Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 18, 2009, pp. 1-32; MARTÍNEZ SIERRA, J. M., *El procedimiento legislativo de la codecisión*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

gral de protección de las víctimas, para a continuación abordar con detenimiento el estudio de la propuesta pionera y buque insignia de este nuevo paquete legislativo, la denominada OEP. Este enfoque nos permitirá profundizar en las disfunciones e interrogantes de la cooperación penal, focalizadas en torno a algunas cuestiones claves, que tienen que ver con la solidez e idoneidad de la base jurídica empleada para la adopción de este conjunto normativo, con los nuevos equilibrios inter-institucionales, y con la creciente fragmentación de la cooperación judicial penal. Por último, formularemos algunas conclusiones valorativas sobre esta fase avanzada en la construcción del ELSJ.

II. LA PROTECCION DE LAS VÍCTIMAS EN LA UE: NUEVOS DESARROLLOS

En paralelo al proceso de visibilización de las víctimas operado en el marco del Derecho Internacional que, como indica Casadevante Romani, se ha traducido en la aprobación de una pléyade de instrumentos internacionales, de distinta naturaleza jurídica y ámbito territorial, que dan cobertura a diferentes categorías de víctimas¹⁸, la UE ha experimentado también una progresiva toma de conciencia acerca de la necesidad de situar a este colectivo en el centro de la justicia penal europea.

De hecho, los principios fundacionales de la libre circulación y la no discriminación en razón de la nacionalidad condujeron a que, ya en 1989, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) sentenciara en el asunto «*Cowan contra Trésor Public*» que las víctimas de una agresión que les hubiera producido un daño corporal tenían derecho a una indemnización por parte de las autoridades del Estado en el que hubieran sufrido tal perjuicio, con independencia de su nacionalidad, de que fueran o no titulares de un permiso de residencia, o de la reciprocidad¹⁹.

Dos años después de este primer pronunciamiento, con el telón de fondo del esfuerzo legislativo previo desarrollado en el marco del Consejo de Europa, que ha culminado con la firma, el 11 de mayo de 2011, de la Convención sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las

¹⁸ FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C., «Las víctimas y el Derecho Internacional», *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 25, 2009, pp. 3-66.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de 2 de febrero de 1989, *Ian William Cowan /Trésor Public*, C-186/87, *Rec.* 1989, p. 195.

mujeres y la violencia doméstica²⁰, se adoptó la citada DM 2001/220, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Su objetivo era la armonización de las legislaciones nacionales existentes, mediante el reconocimiento de un elenco de garantías mínimas que las víctimas de delitos pueden ejercer en los procesos penales, incluyendo, entre otros, el derecho a ser oídas, a ser informadas y participar en el proceso, y a obtener protección e indemnización²¹. Esta primera norma fue completada tres años después con la Directiva 2004/80/CE, de 29 de abril, sobre indemnización a las víctimas del delito, cuyo propósito era establecer un sistema de cooperación obligada entre los Estados miembros que asegurase la indemnización justa y adecuada de las víctimas de delitos transfronterizos, cualquiera que fuese el territorio donde se cometiera el mismo²².

Sin embargo, el tiempo ha revelado la ineficacia de ambos instrumentos y su incapacidad para cumplir satisfactoriamente los fines inicialmente previstos. Así al menos se desprende de los respectivos informes de aplicación emitidos por la Comisión. Respecto a la DM 2001/220, se ha verificado que ninguno de los 27 socios la ha transpuesto en un único acto legislativo nacional, siendo práctica habitual el recurso a disposiciones previas o, en el mejor de los casos, la aprobación de legislación no vinculante en forma de instrucciones o directrices²³. Por lo que concierne a la Directiva

²⁰ Con anterioridad se había adoptado el Convenio del Consejo de Europa n.º 116, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnizaciones a las víctimas de los delitos violentos, en vigor internacionalmente desde 1988 y ratificado por España el 31 de octubre de 2001 (*BOE* n.º 312, de 29.12.2001). Un análisis del esfuerzo codificador del Consejo de Europa en LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «Violencia doméstica y malos tratos en el TEDH», *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 25, 2009, pp. 383-411. Sobre la reciente Convención de 2011 véase ALISA FERNÁNDEZ, R. A., «La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 24, 2011.

²¹ Sobre la DM 2001/220/JAI, los comentarios de: PÉREZ VAQUERO, C., «El estatuto europeo de la víctima», *Noticias Jurídicas*, marzo 2008; SANZ DÍEZ DE ULZURRUM, M., «La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho Internacional, en el Derecho Europeo y en el Derecho positivo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º LVII, enero 2004, pp. 219-301; TARDÓN OLMOS, M., «El estatuto jurídico de la víctima», *Fundación FAES*, julio-septiembre 2008, pp. 11-24.

²² Sobre la Directiva 2004/80, los comentarios de GÓMEZ RODRÍGUEZ, M., «Marco jurídico y nuevos instrumentos para un sistema europeo de indemnización a las víctimas de los delitos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 59, n.º 1989/81, 2005, pp. 7-32.

²³ Informe de la Comisión de conformidad con el artículo 18 de la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), (COM (2009) 166 final), de 20.04.2009.

2004/80, la Comisión constató que, una vez agotado el plazo de implementación, Grecia no había cumplido con sus obligaciones, por lo que fue condenada por el TJUE en julio de 2007²⁴. Además, de los datos aportados por las autoridades nacionales al Atlas Judicial Europeo se deduce que su repercusión práctica ha sido muy limitada, a juzgar por el escaso número de solicitudes de protección transfronteriza presentadas, debido en gran medida a las barreras lingüísticas, la falta de información y el desconocimiento de los sistemas jurídicos a los que se enfrentan los potenciales beneficiarios. Por todo ello, la Comisión se reservó la posibilidad de utilizar los poderes que le conferían el Tratado tanto para urgir a los Estados miembros a que subsanaran las deficiencias detectadas, como para garantizar una mayor protección a las víctimas de la delincuencia en toda la UE²⁵.

Finalmente, haciendo uso de la competencia que el TFUE reconoce a las Instituciones de la Unión para legislar sobre los derechos de las víctimas (artículo 82.2.c) del TFUE), el 18 de mayo de 2011 la Comisaria de Justicia y Vice-Presidenta de la Comisión, V. Reding, presentó un paquete con dos nuevas medidas. En primer lugar, una propuesta de Directiva sobre normas mínimas para las víctimas, que sustituirá a la DM 2001/220. En segundo lugar, una propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección de Derecho Civil.

La propuesta de Directiva tiene un alcance genérico, en tanto que pretende la protección de todas las categorías de víctimas, independientemente de su nacionalidad y de dónde se cometa el delito en la UE. Su articulado reproduce algunos de los preceptos de la antigua DM 2001/220, a la par que introduce algunos cambios sustantivos. Las principales modificaciones se refieren a:

- la extensión de los destinatarios de la norma, que ahora incluye no solo a las víctimas, sino también a sus familiares;
- la redefinición del derecho de las víctimas a ser informadas, para asegurarse tanto que son entendidas como que comprenden todos los aspectos relativos a su caso, y que disponen del apoyo emocional, psicológico y práctico que necesiten;

²⁴ Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión contra Grecia*, C-2007/026, *Rec.* 2007, p. I-106.

²⁵ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, de 20 de abril de 2009, relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos [COM(2009) 170 final – no publicado en el *Diario Oficial*].

- el reconocimiento de su derecho a participar en el proceso y a recibir asesoramiento en caso de que decidan recurrir a la mediación u a otros procedimientos de justicia reparadora;
- la identificación y protección personalizada de aquellas víctimas especialmente vulnerables, como niños, personas con discapacidad o víctimas de violencia sexual;
- la ampliación de la protección a las víctimas durante las investigaciones, el proceso judicial y el post-proceso;

La propuesta de Reglamento se basa en el artículo 81 del TFUE, y complementa, en el ámbito civil, a la OEP. Consta de 23 preceptos, articulados en torno al principio del reconocimiento mutuo de decisiones. Su objetivo es permitir que una medida de protección de carácter civil sea automáticamente reconocida en el territorio donde se encuentre la persona protegida, con independencia de cuál sea la autoridad de emisión, y de que la medida adoptada exista o no en el derecho interno del Estado de ejecución.

El procedimiento está basado en la expedición, a petición de la persona protegida, de un certificado normativizado, que deberá presentarse a las autoridades del Estado de ejecución para que éstas notifiquen a la persona causante del peligro la naturaleza y el alcance de las medidas que ha de respetar. Todo ello acompañado de unas garantías mínimas, que obligan a que la autoridad de emisión verifique que se ha respetado el derecho a un juicio justo de la persona causante del peligro. Debido a su naturaleza exclusivamente civil, la propuesta de Directiva no contempla las penas en caso de violación de las medidas protectoras, que siguen siendo competencia de cada Estado miembro.

III. LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

1. ITER LEGISLATIVO, TRAYECTORIA Y VICISITUDES

Pese a que, como hemos adelantado, la Comisión tenía el mandato de presentar una propuesta legislativa *ad hoc* para proteger a las víctimas de la violencia de género, fue el Gobierno español el que, al acceder a la Presidencia del Consejo en el primer semestre de 2010, hizo de la aprobación de la

OEP una de las propuestas estrella de su programa²⁶, esgrimiendo la importancia potencial de la medida para atajar un problema cuya creciente gravedad reflejan de manera inequívoca las estadísticas²⁷. La Agencia de Derechos Fundamentales de la UE ha estimado que el 45 % de las mujeres europeas son víctimas de algún tipo de violencia a lo largo de su vida, constatando que en 2008 se acordaron en el territorio de la Unión un total de 118.000 medidas de protección²⁸.

Estos y otros argumentos se detallaban en la Exposición de Motivos de la «Iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección»²⁹, que, teniendo como base el artículo 82.1.d) del TFUE, fue presentada el 5 de enero de 2010 por España, con el aval de otros 11 Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia)³⁰. Con ella se iniciaba formalmente el debate en el seno

²⁶ Así lo atestigua el propio «Programa de la Presidencia», que incluía un apartado expresamente dedicado a esta cuestión, en el que la adopción de la OEP se consideraba esencial para lograr avances concretos, contemplándose el apoyo a las víctimas como una de las máximas prioridades.

²⁷ Por lo que concierne a España, durante el año 2009 se dictaron 24.685 órdenes de alejamiento y se denegaron 2.405. Si bien no hay datos sobre el volumen de los desplazamientos internos, en el ejercicio del derecho a la libre circulación 8 millones de europeos han optado por vivir en un Estado miembro diferente del que son nacionales, por lo que con que tan solo el 1 % del total de las víctimas protegidas se trasladaran a otro país de la Unión el alcance inicial de la medida sería de 1.180 casos anuales.

²⁸ En la misma línea, el Eurobarómetro especial sobre violencia de género, n.º 344, de septiembre de 2010, constataba la preocupación de la opinión pública europea y la necesidad de medidas de ámbito supranacional.

²⁹ Doc. 17513/09 ADD 1 REV 1. En concreto, en la citada Exposición de Motivos se mencionaba la necesidad de que las medidas de protección de las víctimas se extendieran más allá del territorio del país donde se hubieran adoptado, al objeto de no menoscabar las libertades básicas de libre circulación y residencia. Igualmente, se enumeraban las disposiciones internacionales sobre víctimas y violencia de género aprobadas tanto en el marco de las Naciones Unidas como en el del Consejo de Europa, para poner así de manifiesto que se trata de una preocupación prioritaria de otras organizaciones internacionales, además de la propia UE.

³⁰ Previamente, la Secretaría General del Consejo había recibido en diciembre de 2009 cartas en este sentido emitidas por los 12 socios promotores, una vez formuladas las correspondientes consultas a nivel nacional, mediante cuestionarios y reuniones con las Representaciones Permanentes, y cumplida la evaluación de impacto, que comprendía el examen y selección de la mejor opción legislativa y la constatación de que no acarrearía repercusiones presupuestarias de relevancia para su implementación. De conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, el texto de la iniciativa debía ser remitido al Parlamento Europeo, a la

del Consejo de Asuntos de Justicia e Interior (JAI) que, como primera medida, solicitó del Servicio Jurídico un dictamen acerca de la adecuación de la base jurídica de la propuesta. Como tendremos ocasión de desarrollar, las discrepancias entre los 12 proponentes y el resto de miembros del Consejo se referían a esta cuestión, así como a la determinación del órgano emisor de la medida, ya que en la mayoría de los ordenamientos internos las órdenes de protección por violencia de género se dictan por jueces en procedimientos penales exclusivamente, mientras que en otros pueden ser acordadas por autoridades administrativas e incluso policiales. También suscitaba dudas la elección del Estado encargado de ejecutar las medidas protectoras, además del alcance de las mismas.

Desde el inicio mismo de las deliberaciones en el Consejo, las críticas de la Comisión a la propuesta fueron extremadamente acerbas, dejando entrever la existencia de diferencias no solo técnicas sino de hondo calado político que, como luego expondremos, a nuestro juicio tienen que ver con las reticencias de este órgano a perder el monopolio de la iniciativa legislativa. Pese al desencuentro, el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) apoyó la iniciativa, toda vez que el dictamen del Servicio Jurídico ratificó la idoneidad del artículo 82.1 a) y d) del TFUE como base jurídica para la adopción de la Directiva³¹, lo que dio pie a la Presidencia española para defender que la OEP debería aplicarse no sólo a las medidas acordadas en procedimientos penales, sino también en cualquiera otro cuyo objetivo fuera proteger a las víctimas.

En sucesivas reuniones, el Consejo abordó otros tres problemas esenciales³². El primero se refería a la relación entre la OEP y algunos instrumentos legislativos en vigor, tales como las DM de 2008 y 2009 relativas, respectivamente, al reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y de medidas de vigilancia como sustitutiva de la prisión provisional, y entre la OEP y los Reglamentos de Bruselas I y II, sobre competencia judicial, acordándose que la nueva norma en ningún caso afectaría la aplicación de las ya vigentes³³. En segundo lugar, respecto a la lis-

Comisión y los Parlamentos Nacionales con anterioridad a su publicación. Finalmente dicha publicación tuvo lugar en el DOUE C 69/5, de 18.03.2010.

³¹ Doc. 6516/10, accesible al público solo parcialmente.

³² Consejo JAI de 25 y 26 de febrero de 2010. Doc. 6538/10, DG H 2B.

³³ 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,

ta de medidas de protección posibles, se concluyó que debían limitarse a las obligaciones o prohibiciones impuestas al causante del peligro en el Estado emisor, sin perjuicio de que el Estado de ejecución pudiera luego adoptar sus propias medidas o abstenerse de ejecutar las acordadas, previa justificación. En tercer lugar, planteada la cuestión del reparto de competencias entre los Estados de emisión y ejecución, se subrayó la necesidad de contemplar diferentes opciones al objeto de cubrir todas las situaciones previas y posteriores al juicio.

Sin embargo, los avances en el proceso legislativo chocaron de nuevo con la oposición frontal de la Comisión, que seguía insistiendo en la insuficiente base jurídica de la propuesta y en que sólo podría aplicarse en caso de que se hubiera cometido una infracción penal. Paralelamente, de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, el PE, a través de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y de la Comisión de la Mujer e Igualdad de Género, examinó la propuesta, y tras el informe de las respectivas ponentes, las parlamentarias españolas Teresa Jiménez Becerril (PP) y Carmen Romero (PSOE), aprobó un «Proyecto de Resolución Legislativa» que contenía 88 enmiendas a la iniciativa original, con la intención de mejorar el texto en aspectos como las condiciones de emisión de la OEP, la continuidad en la defensa legal, los motivos de no reconocimiento o rechazo, el plazo de eficacia o la situación de desplazamiento de la víctima. De esta forma, el PE manifestaba su acuerdo con la propuesta de la Presidencia y de la mayoría del Consejo, sellando así la alianza de ambas instituciones frente a la Comisión.

No obstante, el temprano apoyo del PE no fue suficiente para limar las crecientes diferencias en el seno del Consejo³⁴. Un grupo de 7 países (Ale-

DOUE L 337, de 16.12.2008, p. 102; y 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 de resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, *DOUE* L 294, de 11.11.2009, p. 20. Por su parte, los dos Reglamentos son el 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 (Bruselas I), *DOCE* L 12, de 16.01.2001, p. 1; y el 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 (Bruselas II bis), *DOUE* L 338, de 22.12.2003, p. 1.

³⁴ Y todo ello pese a que el COREPER llegó en mayo de 2010 a un acuerdo sobre el texto que debería ratificarse en el Consejo (JAI), en cuya sesión pública de 3 y 4 de junio se sometió por primera vez a deliberación. Doc. PE-CONS 2/10.

mania, Austria, Letonia, Eslovenia, República Checa, Hungría y Reino Unido) se desmarcaron de la posición encabezada por España, solicitando la retirada de la iniciativa para que fuera retomada a posteriori por la Comisión. Especialmente relevante resultó el cambio del Reino Unido que, con la llegada al poder del conservador D. Cameron, transitó de la pasividad a una total sintonía con la Comisión, contribuyendo así a consolidar una minoría de bloqueo que impidió la adopción de la OEP. Enfrente, una coalición de 16 socios (Francia, Finlandia, Bélgica, Portugal, Suecia, Chipre, Italia, Luxemburgo, Polonia, Lituania, Países Bajos, Eslovaquia, Malta, Rumania, Bulgaria y Estonia) mantenía el respaldo a la iniciativa de la Presidencia española, subrayando que los inconvenientes técnicos no deberían impedir seguir avanzando.

Simultáneamente, en un debate calificado de «bronco» y «sucio» por los medios de comunicación, la Comisión se enfrentó de nuevo a la Presidencia, calificando la propuesta de Directiva de la OEP de «chapucera» e «inmadura», por considerar que favorecía la inseguridad jurídica y victimizaba a las víctimas³⁵. El rechazo fue tan frontal que incluso se advirtió que si España decidía seguir adelante, podría presentarse un recurso de anulación ante el TJUE. La Presidencia española no cedió ante la presión pero, sabedora de que no contaba con la mayoría cualificada necesaria para aprobar su propuesta, decidió no someterla a votación, trasladando de nuevo el debate al PE para que éste continuara trabajando hasta lograr un acuerdo final³⁶.

Por consiguiente, se acordó que ambas instituciones seguirían negociando el texto definitivo según el procedimiento legislativo ordinario. Al Consejo correspondería evaluar la posición de Reino Unido de conformidad con lo previsto en el artículo 3.2 del «Protocolo (n. 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia anejo al Tratado de Lisboa». Esta disposición permite, transcurrido un «periodo de tiempo razonable», adoptar la medida legislativa de que se trate sin la participación de dicho Estado³⁷. Como después comprobaremos,

³⁵ Las declaraciones de V. Reding y la rueda de prensa posterior al Consejo están disponibles en <http://ec.europa.eu/avservices/player/streaming.cfm>.

³⁶ Así se recoge en el Comunicado de Prensa 10630/1/10 REV 1. Presse 161, PR CO1, de la sesión no. 3018 del Consejo.

³⁷ Protocolo (n.º 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Estudio preliminar a la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal como resultan del Tratado de Lisboa*, Ed. Marcial Pons, 2.ª ed., 2010.

de esta forma se pretendía desactivar los efectos de un eventual uso del llamado «freno de emergencia», a la par que se abría la puerta a una cooperación reforzada.

La decisión de la Presidencia española de omitir la votación y reenviar la propuesta al PE suscitó la reacción airada de la Comisión, que acusó a España de haber recurrido a una triquiñuela jurídica para salvar la falta de la mayoría cualificada, sin la cual el procedimiento no podía continuar, opinión respaldada por Alemania. En la misma línea, Reino Unido expresó también su descontento, reafirmando su voluntad de participar en la adopción de la OEP, siempre y cuando previamente se hubieran resuelto los problemas relativos a la base jurídica.

De esta tormentosa forma concluyó en junio de 2010 la Presidencia española. Recurriendo a un símil ajedrecístico, la partida finalizó en tablas: no se logró recabar la mayoría cualificada necesaria en el Consejo, pero tampoco se claudicó frente a la Comisión³⁸. El balance final refleja este sabor agridulce. Mientras que el Secretario de Estado español para la UE se preciaba de haber logrado que la Unión abordara por primera vez en su historia la lucha contra la violencia de género como una causa común³⁹, algún observador neutral apuntaba que la no adopción de la OEP fue el gran fracaso del programa español⁴⁰.

En cualquier caso, la propuesta española continuó su tramitación en el PE, siendo aprobada el 29 de septiembre de 2010 por las dos Comisiones

³⁸ Las reacciones a la actitud obstruccionista mantenida por la Comisión no se hicieron esperar. Por ejemplo, el entonces Secretario General de los Socialistas Españoles en el PE, R. Jáuregui, dirigió en junio de 2010 una carta a la comisaria Reding manifestándole su pesar y rechazo por las descalificaciones públicas proferidas contra de la Presidencia española. De forma más contundente aún si cabe se expresaba la llamada sociedad civil a través de ONGs e iniciativas como la «*Européenne against gender violence*», calificando la actitud de la Comisaria de machista, y preguntándose cuál habría sido su posición si el objetivo de la propuesta legislativa, en lugar de la violencia de género, hubiera sido prevenir los accidentes de tráfico.

³⁹ Balance del primer trimestre de la Presidencia Española, enero-marzo 2010.

⁴⁰ Vid. MOLINA, I., «Innovar Europa en tiempos de tribulación; Un primer balance de la Presidencia Española de la UE 2010», *Real Instituto Elcano*, ARI 115/2010, 05/07/2010. En la misma línea, AGOMANIZ, J., y BEMEJO CASADO, R., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE: Un balance entre presidencias españolas (2002-2010)», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 91, septiembre-octubre 2010, pp. 7-27; FRUTOS MIRANDA, J., «La presidencia española en el contexto de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 10, 2010. Y el monográfico sobre la Presidencia Española de la *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 1, 2010.

competentes, la de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la Comisión de la Mujer, por 63 votos a favor, 1 en contra y 3 abstenciones, como paso previo a su adopción definitiva en primera lectura por el Pleno del PE el 14 de diciembre de 2010, por 610 votos a favor, 13 en contra y 56 abstenciones.

Teóricamente, la adopción de de la OEP entraba así en su recta final, a falta solo de que el Consejo se pronunciara a principios de 2011, aprobándola por mayoría cualificada como requiere el procedimiento legislativo ordinario, o rechazándola, lo que supondría volver a la casilla de salida. En la práctica sin embargo la situación de «impasse» o punto muerto se prolongó hasta el 19 de julio de 2011, fecha en la que en una reunión informal los Ministros de Justicia alcanzaron un acuerdo de mínimos con la Comisión y el PE para que la Presidencia polaca retomara las negociaciones con vistas a la aprobación inmediata de la OEP, como primer eslabón de un plan integral de protección de las víctimas presentado por la Comisión, que incluye la posterior adopción de los dos instrumentos complementarios comentados, a saber, la propuesta de Directiva sobre normas mínimas para las víctimas, y la propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección de Derecho Civil.

A nuestro juicio, el decidido apoyo del PE a la OEP ha sido fundamental por tres razones. Primera, para evitar que las sucesivas Presidencias de turno del Consejo abandonaran definitivamente la propuesta⁴¹. Segunda, para salvar las discrepancias en torno a la base jurídica, que se han solucionado pactando en el acuerdo de mínimos que cuando la medida de protección sea adoptada en un procedimiento penal pero deba cumplirse en un

⁴¹ De hecho, la aprobación de la OEP se fue diluyendo progresivamente en las agendas de las Presidencias que sucedieron a España. Una Presidencia belga de perfil bajo, marcada por los problemas internos resultantes de su incapacidad para formar gobierno y por la primera crisis del euro, ignoró la cuestión, aunque sí apoyó una nueva iniciativa, la Orden Europea de Investigación, presentada a instancia de 7 Estados miembros, entre ellos España, al objeto de permitir que en un Estado miembro (emisor) se dicte una orden que deberá ejecutarse en el territorio de otro Estado (el de ejecución) con el fin de practicar una o varias medidas de investigación específicas para la obtención de pruebas o evidencias. La ausencia de referencias a la lucha contra la violencia de género fue también la tónica durante la Presidencia de Hungría, que dedicó buena parte de sus esfuerzos a defenderse de las críticas por la aprobación de la llamada «ley mordaza» sobre los medios de comunicación. A priori, aunque la OEP previsiblemente se aprobará por fin durante la Presidencia de Polonia, inicialmente tampoco figuraba en su programa relativo a los asuntos de justicia, que sí contempla sin embargo expresamente continuar con los trabajos sobre la aludida Orden Europea de Investigación.

Estado miembro de conformidad con un procedimiento civil, las autoridades del país de ejecución podrán adaptarla a su ordenamiento jurídico, sin necesidad de incrementar el grado de penalización. Tercera, para lograr que la aprobación de la OEP preceda a la adopción del resto de normas, en contra de la intención de la Comisión, que, además de resistirse a perder el monopolio de la iniciativa legislativa, siempre ha defendido la conveniencia de negociar primero los instrumentos de carácter exclusivamente civil. Por todo lo anterior, aunque técnicamente la OEP carezca todavía de fuerza normativa, ello en nada merma la relevancia de los problemas jurídicos, políticos e institucionales que la misma suscita, analizados pormenorizadamente a continuación.

2. OBJETO Y CONTENIDO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Ya hemos indicado que, en el caso de la OEP la iniciativa legislativa no ha emanado, como es habitual, de la Comisión, sino que procede de «un grupo de Estados miembros». Esta particularidad explica a nuestro entender las vicisitudes de su tramitación. En efecto, la posibilidad de que la Comisión pierda el monopolio de la iniciativa legislativa está prevista en el artículo 17.2 del TUE, que ha de ser leído en conjunción con el artículo 289.4 del TFUE. Al respecto conviene sin embargo realizar algunas precisiones.

Primera, que el reconocimiento de la iniciativa legislativa de cualquier otra Institución que no sea la Comisión es excepcional, ya que se circunscribe exclusivamente a aquellos casos específicos previstos en el Derecho primario.

Segunda, que de conformidad con el mencionado artículo 289.4 del TFUE solo el PE y «un grupo de Estados miembros» comparten la iniciativa legislativa con la Comisión en sentido estricto, ya que la competencia de las restantes Instituciones en el precepto aludidas, a saber, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones, y el Tribunal de Justicia, es puramente recomendatoria, limitándose respectivamente a poder instar la reforma de los estatutos de los órganos encargados de la política monetaria, y a solicitar la creación de tribunales especializados o la modificación del estatuto del propio órgano judicial.

Tercera, que la posibilidad de que «un grupo de Estados miembros» comparta la iniciativa legislativa con la Comisión se circunscribe al ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal, como ya lo hiciera

el fallido Tratado Constitucional. En concreto el artículo 76 del TFUE, enmarcado en el Título V, dedicado al «Espacio de libertad, seguridad y justicia», dispone que dichos actos podrán adaptarse bien a propuesta de la Comisión o «por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros», es decir, a instancias de al menos de 7 de los 27 países que actualmente componen la Unión, requisito que respecto de la OEP fue de sobras satisfecho, puesto que la iniciativa española contó con el apoyo de otros 11 países.

La peculiar fórmula de adopción de la iniciativa de la OEP ha repercutido también en el contenido de la misma, que analizamos a continuación.

A. Por lo que concierne a la *base jurídica*, la OEP se sustentaría en el artículo 82. a) y d) del TFUE, de conformidad con el Dictamen jurídico emitido al respecto por el Consejo y avalado por el PE.

B. Sus *objetivos* se explicitan en unos largos «Considerandos», que, pese a su carácter introductorio, son relevantes para precisar la controvertida cuestión del alcance de la OEP. Descendiendo de lo general a lo particular, la OEP se sitúa en el contexto de implementación del ELSJ, cuya piedra angular es el principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales⁴². En ese contexto, tanto en el Programa de Estocolmo como en diferentes Resoluciones del PE se insta a los Estados miembros a adoptar medidas que combatan la violencia de género y que aseguren el apoyo a las víctimas, facetas ambas en las que la aportación del PE ha resultado clave para precisar el alcance de la propuesta legislativa en los siguientes aspectos:

- resaltar que la OEP es una medida necesaria y útil a favor de todas las víctimas y no solo de las mujeres, habida cuenta de que no excluye a hombres, niños o a cualquier persona que haya padecido directa o indirectamente la violencia de género;

⁴² Sobre el particular DE HOYOS SANCHO, M., «El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea», en *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, 2007, pp. 69-93; Acerca de su importancia en el ámbito de la cooperación civil, CHICHARRO LÁZARO, A., «El Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo: los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 20, 2010, pp. 25 y ss. También AGUILAR GRIEDE, H., «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 301-331; GUZMÁN ZAPATER, M., «Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 21, 2010, pp. 18 y ss.

- destacar la interrelación entre la OEP y otros instrumentos legislativos previos de la cooperación judicial penal relativos al reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada, aclarando que la OEP ni modifica ni sustituye a la normativa comunitaria en vigor en materia civil, de responsabilidad parental o de protección de los niños o de las mujeres;
- subrayar que la OEP supone una concreción del principio de reconocimiento mutuo entre Estados miembros, al permitir que la persona beneficiaria de la medida acordada en el Estado emisor obtenga en el Estado de ejecución una protección «idéntica o equivalente» a la que venía disfrutando;
- precisar que, aunque resta por resolver el problema del reparto de los gastos que la puesta en práctica de la OEP genera, éstos en ningún caso serán sufragados por la víctima;
- reivindicar la flexibilidad y el respeto de la heterogeneidad de las legislaciones nacionales, que puede entrañar una diversidad conceptual e incluso jurídica entre las medidas inicialmente acordadas y el contenido final de la OEP;
- reconocer que las obligaciones o prohibiciones que la OEP acarrea pueden afectar a derechos fundamentales como la libre circulación, debiendo en todo caso garantizarse la observancia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH);
- sancionar el principio de publicidad y la obligación de informar tanto a las personas afectadas como a las autoridades administrativas y judiciales competentes del contenido de las medidas adoptadas en virtud de la OEP;
- consagrar el principio de coordinación entre los Estados de emisión y ejecución en la adopción y finalización de las medidas en que consista la OE, así como en lo relativo a su eventual quebrantamiento.

C. Por lo que respecta a la *estructura interna* de la OEP, el texto originario publicado en el DOUE estaba compuesto de 21 preceptos y II Anexos, que, tras su paso por el PE han sido objeto de modificaciones sustanciales. La sistemática del articulado presenta bastantes similitudes con la DM 2002/584, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea, lo que resulta lógico por ser ésta el instrumento más exitoso de la cooperación penal en la Unión.

Los primeros artículos abordan una cuestión nada sencilla, como es la definición de los llamados «términos claves». La finalidad última de la OEP es permitir que una autoridad judicial o «equivalente» de un Estado miembro (Estado de emisión), que haya adoptado una medida para proteger a una víctima, pueda dictar una orden que faculte a una autoridad competente de otro u otros Estado miembros (Estados de ejecución) para mantener en su territorio, y de conformidad con su legislación nacional, dicha protección. El núcleo gordiano estribaba por tanto, habida cuenta de las diferencias entre sistemas jurídicos, en precisar la naturaleza de los órganos facultados para emitir y ejecutar la misma. De nuevo el criterio del PE ha sido decisivo a la hora de abonar una interpretación extensiva, en la que bajo la denominación de OEP tendría cabida toda resolución adoptada por una autoridad judicial o «equivalente» y destinada a ser ejecutada fuera de su territorio por una autoridad judicial o «equivalente» de otro Estado miembro. Por consiguiente, según lo previsto en las legislaciones nacionales, tanto el órgano emisor como el de ejecución pueden ser bien un juez, magistrado, fiscal, o bien una autoridad judicial o cualquier otro ente público, ya sea administrativo o policial.

En nuestra opinión esta elección, basada en una interpretación finalista o teleológica, tiene el inconveniente de la excesiva indeterminación, puesto que la disparidad existente en los 27 Estados miembros abre extraordinariamente el abanico de órganos facultados para intervenir en la emisión y ejecución de la OEP. Con todo, hemos de reconocer que tal solución no es desconocida para el Derecho Internacional, puesto que 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 OEP bastaría con acreditar dos requisitos. Por una parte, que el emisor es un órgano del Estado, con independencia de su pertenencia al poder ejecutivo, legislativo o judicial, y de su adscripción a la administración central o periférica. Por la otra, que dicho órgano tiene atribuidas funciones propias del poder público («imperium») para adoptar o ejecutar medidas cautelares tendentes a la protección de la vida, la libertad o la integridad física, psicológica o sexual de las personas.

D. Respecto a la categoría de *beneficiarios* de las medidas protectoras de la OEP, incluiría a cualquier persona física que pretenda salir o haya salido del territorio del Estado emisor para establecerse, temporal o permanentemente, en otro Estado miembro. En el lado opuesto, destinatarios

de las mismas restrictivas impuestas en la OEP serán la o las personas causantes del peligro. Estas medidas consistirán en obligaciones (de no acercamiento o contacto, o de permanencia) o prohibiciones (de entrada en ciertos lugares), en aras de garantizar la seguridad de la víctima.

E. La designación de las *autoridades competentes* para dictar y ejecutar la OEP corresponderá a cada Estado, que deberá dar traslado de la misma a la Secretaria General del Consejo y a la Comisión, para que el listado sea puesto a disposición de los demás miembros. Cabe la posibilidad de nombrar además a una/s autoridad central para asistir a las autoridades competentes.

Respecto a las autoridades de emisión españolas, entendemos que ni el precedente del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ni el de la euro-orden son de utilidad⁴³, habida cuenta de que la OEP puede tener su origen tanto en una causa civil como penal, y puede provenir de una autoridad judicial, policial o administrativa. Por el contrario, en la elección de la autoridad española de ejecución sí que cabe esperar una solución análoga a la ya acordada, y que se concretaría en la designación de los Juzgados Centrales de Instrucción. Como ha quedado de manifiesto, la emisión de la OEP es competencia de una autoridad judicial o equivalente, que actuará siempre a instancia de parte, es decir, a petición de la víctima, o de su representante o tutor legal. A la autoridad que haya adoptado una medida de protección corresponde informar de la posibilidad de solicitar la OEP en caso de que la persona agredida resida o haya decidido trasladarse al territorio de otro Estado miembro.

F. A semejanza de la información exigida en la euro-orden, *la tramitación* de la OEP se realizará completando un modelo contemplado en un formulario, anexo a la propuesta de Directiva, en el que constará la información básica, que incluye los datos identificativos de la víctima y de la persona causante del peligro, las medidas de protección en las que se basa la OEP, la fecha a partir de la cual la persona protegida se encuentre en el territorio del Estado de ejecución, las autoridades competentes, las obliga-

⁴³ En el caso del Estatuto de la CPI, la ley orgánica 18/2003, de cooperación con la Corte atribuyó en exclusiva al gobierno español la facultad de remitir al Fiscal de la CPI una situación en la que se hubiera cometido un crimen objeto de la competencia de la CPI en función de las diversas variables que confluyen en la política exterior. Por lo que se refiere a la euro-orden, según el artículo 2 de la Ley 3/2003, en España están autorizados para emitir una orden europea de detención y entrega cualquier juez o tribunal, ya sea de primera o de segunda instancia, en cualquier causa penal en la que proceda.

ciones y/o prohibiciones que entraña la OEP y la pena o sanción prevista en caso de incumplimiento.

El procedimiento de transmisión prevé, al igual que en la euro-orden, el uso de cualquier medio que deje constancia escrita, lo que incluiría correo certificado, fax, correo electrónico etc., sin descartar la comunicación directa entre las autoridades competentes o el recurso a la Red Judicial Europea cuando las circunstancias así lo exijan.

Una vez recibida la OEP, la primera obligación del Estado de ejecución es reconocerla, y adoptar, con arreglo a su derecho nacional, las medidas para garantizar el mismo nivel de protección de la víctima. A continuación deberá informar al causante del peligro de las medidas y las consecuencias jurídicas que implica su quebrantamiento. Caso de que éste se produzca, deberá notificarlo inmediatamente al Estado de emisión y si los hubiere, a los restantes Estados de ejecución. De conformidad con las enmiendas introducidas por el PE, a estas obligaciones habría que añadir la advertencia al Estado de emisión para que corrija las posibles deficiencias que hubiera cometido en la transmisión de la información necesaria para el reconocimiento de la OEP, así como la de llevar a cabo campañas de prevención e información que permitan ofrecer a las víctimas la asistencia adecuada.

G. Especialmente importante en el análisis del contenido de la propuesta de Directiva resultan las *causas de denegación* de la OEP, respecto de las cuales destacamos la acertada supresión por el PE de los dos motivos previstos en la propuesta original.

El primero de ellos reconocía al Estado de ejecución la facultad de no reconocer la OEP cuando la protección requerida se derivara de la ejecución de una pena o medida que hubiera sido objeto de una amnistía conforme a su derecho interno, situación que consideramos muy improbable atendiendo a la naturaleza de los delitos de violencia de género y de las agresiones que están en el origen de la petición de medidas cautelares por la víctima.

El segundo motivo de no reconocimiento facultativo de la OEP, que la persona causante del peligro gozara de inmunidad conforme al derecho del Estado de ejecución, resultaba a nuestro juicio aún más injustificable, teniendo en cuenta la concepción funcional de las inmunidades personales que hoy predomina tanto el Derecho Internacional como en los derechos internos, de conformidad con la cual las prerrogativas, facilidades y privilegios de las que se benefician quienes representan al Estado o ejercen cargos públicos no deben ser entendidas como absolutas, no son aplicables

respecto a actos cometidos con anterioridad o posterioridad al desempeño del cargo y, por supuesto, no excluyen la responsabilidad penal internacional por la comisión de crímenes internacionales.

H. A cambio de suprimir las causas de denegación, el PE introdujo un nuevo precepto relativo al *derecho aplicable*, en el que se reconoce la competencia del Estado de ejecución tanto para la adopción de medidas de protección derivadas del reconocimiento de la OEP como para la imposición de sanciones en caso de quebrantamiento de dichas medidas.

Por su parte, el Estado de emisión retiene la competencia sobre las medidas iniciales en las que se funda la OEP, que pueden ser objeto de prórroga, modificación, revocación o incluso anulación, lo que implicaría también la finalización de las medidas de protección en el Estado de ejecución y, lógicamente, pondría fin a la OEP. De esta forma se pretende asegurar la máxima coherencia y coordinación entre las resoluciones adoptadas por las autoridades de los Estados implicados.

I. Diferente del no reconocimiento de la OEP es la cuestión de la *suspensión unilateral de las medidas protectoras* por el Estado de ejecución, que podrá producirse cuando concurren dos circunstancias: cuando la persona protegida no se encuentre ya o haya abandonado definitivamente su territorio; o cuando expire, de conformidad con su legislación nacional, el plazo máximo de vigencia de las medidas protectoras. En tal caso, deberá consultarse previamente a las autoridades competentes del Estado de emisión para que se pronuncien sobre la eventual necesidad de mantener la protección que la OEP entraña, atendiendo al supuesto concreto.

J. Respecto a los *plazos de ejecución* de la OEP, nos congratulamos de que se haya conseguido superar, al menos en parte, el recurso a conceptos jurídicos indeterminados, sustituyéndose la obligación inicialmente prevista de ejecutar «*sin demora*» la OEP por la fijación de un periodo máximo de 20 días para su cumplimiento, si bien dependiendo del tipo de protección requerida se dispone que la emisión de la misma deberá seguir «un procedimiento rápido a escala nacional». Esta previsión, en línea con lo establecido para la ejecución de las solicitudes de cooperación con la CPI y la euro-orden parece razonable, teniendo en cuenta la urgencia y gravedad de los motivos que conducen a la solicitud de una OEP.

K. Finalmente, el articulado de la OEP se cierra con un conjunto de preceptos que dan respuesta a *problemas procedimentales*. Así, respecto al

idioma de la OEP, al Estado de emisión corresponde su traducción a la *lengua* oficial del Estado de ejecución, mientras que éste último deberá a su vez de traducir a la lengua del país de emisión el modelo de documento previsto en caso de quebrantamiento de las medidas de protección. Otra de las obligaciones exigidas a los Estados implicados consiste en la *recopilación estadística* de todo tipo de datos, desglosados por géneros, sobre la aplicación de la OEP, incluyendo el número de órdenes y las medidas de protección, los quebrantamientos de las mismas y la información sobre las víctimas. Dichos datos serán trasladados tanto a la Comisión como al PE para, presumiblemente, ser objeto de tratamiento por organismos especializados, tales como la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE o el recientemente creado Observatorio Europeo sobre la violencia de género.

Por último, respecto a la *aplicación y revisión de la OEP*, los Estados miembros informarán a la Comisión de las medidas de transposición de la Directiva, así como de la aprobación de cualquier otra disposición legal relacionada con la materia, a fin de que la Comisión eleve un informe al PE y al Consejo sobre su grado de cumplimiento, y para presentar, si fuera necesario, otras propuesta legislativas complementarias.

IV. DISFUNCIONES E INTERROGANTES DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL SUSCITADAS POR LA LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO

De lo inferido en los epígrafes precedentes, puede afirmarse que el proceso de adopción de la OEP no solo es necesario para su análisis material, sino que además revela algunas disfunciones e interrogantes de mayor alcance, relacionados con el régimen de la cooperación judicial en materia penal en la UE post Lisboa.

En primer lugar, conviene destacar que la existencia de una laguna jurídica en el Derecho primario dificulta que la violencia de género pueda tener el tratamiento legislativo integral que requiere. Como ya se ha apuntado, la falta de un título competencial específico contrasta con la creciente toma de conciencia por las opiniones públicas nacionales y europea, no ya de la gravedad del fenómeno y de la necesidad de endurecer las leyes y el castigo a los culpables, sino de la necesidad de que la propia UE se implique como tal en la lucha contra este maltrato.

La erradicación de la violencia de género requiere una combinación de medidas de distinto tipo (sociales, educativas, sanitarias, etc.), que han de

tener su anclaje en una política legislativa pro-activa. La ausencia de una base jurídica específica ha contribuido, siquiera de manera indirecta, a que todas las Instituciones se hayan interesado tanto en la lucha contra la discriminación por razón de sexo, como en el fenómeno específico de la violencia contra las mujeres, pero sin la coordinación y el orden exigidos. Esta dispersión resulta especialmente patente en el Consejo, donde no existe una formación *ad hoc* encargada de abordar las cuestiones de género, que usualmente han encontrado cabida en los Consejos de Empleo y Asuntos Sociales o en los de Justicia e Interior. De hecho, pese a que el TUE incorporó en Ámsterdam el llamado «mainstreaming de género», que exige la presencia de la perspectiva de género en la formulación e implementación de todas las políticas comunitarias y en todos los niveles, los resultados han sido muy modestos, ya que tanto la igualdad hombre/mujer como la lucha contra la violencia de género han ocupado un lugar muy secundario en la agenda política de la Unión⁴⁴.

Paradójicamente, esta insuficiencia de partida no ha significado desinterés ni falta de implicación de la UE en la materia, pero exige un esfuerzo adicional en la búsqueda y determinación de las bases sobre las que sustentar sus iniciativas legislativas, búsqueda en la que se abren varias posibilidades. Si bien hasta el momento presente no se ha hecho uso del mismo, cabría el recurso a los poderes implícitos codificados en la cláusula de imprevisión (artículo 352 del TFUE), en la medida en que la posibilidad de que la UE realice una acción no prevista en el Tratado (lucha contra violencia de género), pero considerada necesaria para lograr uno de los objetivos fijados en este (creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que se garantice la libre circulación de personas y la igualdad entre hombres y mujeres) ya no se circunscribe al funcionamiento del mercado interior, sino que comprende cualquier política, a excepción de la exterior y de seguridad común, aunque la medida así adoptada no puede tener por objeto armonizar las legislaciones nacionales, en el caso de que el Tratado excluya tal armonización.

En la práctica, la acción a favor de las víctimas de la violencia de género se ha articulado a través de su conexión con otras políticas. El ejemplo más significativo lo constituye el Programa Daphne para prevenir y combatir la violencia sobre niños, jóvenes y mujeres y proteger a las víctimas y grupos

⁴⁴ LOMBARDO, E., «La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea», *Revista de Pensament i Anàlisi*, n.º 6, 2006, pp 121-140; PRIETO MORERA, M. R., «El principio de igualdad entre hombres y mujeres en la UE. Luces y sombras», *Humanismo y Trabajo Social*, n.º 3, 2004, pp. 51-65.

de riesgo que, desde que en el año 2000 adoptara un carácter cuatrienal, se ha justificado de forma simultánea en una doble base legal. Por una parte, en la mejora de la salud pública, ámbito en el que las acciones de la UE apoyarán coordinarán o complementarán la actividad de los gobiernos nacionales (artículo 6.a) del TFUE). Por la otra, en el ELSJ, ya que la violación de los derechos fundamentales constituye «un obstáculo para el disfrute de la ciudadanía en condiciones de seguridad, libertad y justicia»⁴⁵.

Por lo que a la OEP se refiere, hemos avanzado su íntima relación con la libre circulación y residencia de personas que, pese a tratarse de una de las libertades básicas o precisamente por ello, está permanentemente sometida a tensiones y desafíos, como evidencian, a título enunciativo, la expulsión de ciudadanos europeos de etnia gitana en distintos países miembros o las modificaciones del sistema de Schengen. La preservación del derecho a la libre circulación y residencia constituye el objetivo central del ELSJ donde, a modo de cajón de sastre, se han venido ubicando las acciones relacionadas con la lucha contra la violencia de género⁴⁶.

En segundo lugar, también hay que recordar que el ELSJ es uno de los ámbitos de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, en el que por tanto han de satisfacerse las exigencias del principio de subsidiariedad⁴⁷. A nuestro juicio, en el tratamiento del fenómeno de la violencia de género es imprescindible, junto a un planteamiento interdisciplinar, la dimensión europea, ya que los objetivos que la OEP persigue se realizarán más eficazmente a escala comunitaria que a nivel interno. Corresponde a los Parlamentos nacionales, mediante la denominada alerta temprana, el control del cumplimiento de dicho principio, así como del de proporcionalidad⁴⁸.

En este mismo orden de cosas, la relación entre la OEP y otros actos legislativos previos, como las Decisiones Marcos sobre el estatuto de la

⁴⁵ Decisión del Consejo 779/2007, de 20 de junio de 2007, *DOUE* L 173, 20.03.2007, p. 19.

⁴⁶ Tal es el caso del Programa de Fomento, Intercambio, Formación y Cooperación de los responsables de la Acción contra la Trata de seres humanos y la Explotación sexual de los niños (conocidos como STOP I y II). Decisión del Consejo 2001/514/JAI, de 28 de junio de 2001, *DOUE* L 186, de 7.07.2001, p. 7. El programa se creó en 1996 e inició su segunda fase a partir de 2001, dirigido a jueces, fiscales, policías, y cualquier otro funcionario o servicio público responsable de la asistencia a dichas víctimas.

⁴⁷ Artículo 5.3 del TUE en consonancia con el 4.2.j) del TFUE.

⁴⁸ Art. 12 b) del TUE y Protocolo I, sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la UE y Protocolo II, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

víctima, las resoluciones de libertad vigilada o las medidas de vigilancia como sustitución de las penas privativas de libertad, reafirma la plena operatividad del principio del reconocimiento mutuo, mediante la aprobación de normas adjetivas o procedimentales que preceden a las sustantivas o materiales⁴⁹. En nuestra opinión el desarrollo del ELSJ muestra que la creación de un ordenamiento penal europeo será en gran medida producto de la adopción en cascada de instrumentos de cooperación judicial como paso previo a una eventual unificación de las legislaciones penales. Por consiguiente, de la misma manera que la creación de la Corte Penal Internacional ha antecedido a la adopción de un Código de Crímenes Internacionales, y la euro-orden ha precedido a la armonización de los códigos penales europeos, nada impide que la OEP entre en vigor sin que tampoco se haya producido la previa armonización de los derechos nacionales respecto a los tipos, las penas o las garantías procesales en estos delitos⁵⁰. Así parece confirmarlo la opinión de la Abogado General J. Kokott en respuesta a una cuestión prejudicial relativa a interpretación de la DM 2001/220, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, al concluir que dicha DM no incide en la adecuación de las penas que los derechos de los Estados miembros hayan previsto para los delitos de violencia de género, no se opone a que la normativa nacional establezca que las medidas de alejamiento se impongan de modo generalizado y preceptivo como pena accesoria, y tampoco obliga a las autoridades nacionales a permitir la mediación en los delitos de violencia cometidos en el ámbito familiar⁵¹.

⁴⁹ Quedaría así zanjada en sentido afirmativo la pregunta de si es posible la institucionalización del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales penales sin la previa aproximación de las normas penales y procesales, confirmándose la postura realista y coherente adoptada en Lisboa, tal y como indica LIROLA DELGADO, I., «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*, n.º 16, 2008, pp. 10 y ss; DE KERCHOVE, G., et WEYEMBERGH, A., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

⁵⁰ En general NIETO MARTÍN, A., «La armonización del Derecho Penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010; Y respecto a la violencia de género en particular LAURENZO COPELLO, P., *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, 2010; MAYORDOMO RODRÍGUEZ, V., *La violencia contra la mujer: un estudio de derecho comparado*, Ed. Dilex, 2005.

⁵¹ Cuestión prejudicial M. Gueye y V. Salmerón Sánchez, de 12 de mayo de 2011, Asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10 Conclusiones de la Abogado General J. Kokott. Ratificadas por la sala cuarta del TJ en su sentencia de 15.11.2011.

En tercer lugar, pero no menos importante, consideramos que los nuevos desarrollos en la lucha contra la violencia de género, ámbito hasta ahora inexplorado, obligan a desplegar todas las potencialidades del Tratado de Lisboa, y a comprobar la flexibilidad y el alcance de los preceptos dedicados a la cooperación judicial en materia penal⁵² en, al menos, dos cuestiones de relieve: la reestructuración del papel de las diferentes Instituciones en la construcción del ELSJ y la progresiva fragmentación de este ámbito resultante del recurso a la cooperación reforzada.

1. INCIDENCIA DEL DEBATE SOBRE LA BASE JURÍDICA DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL EQUILIBRIO INSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Hemos resaltado ya que uno de los valores del presente trabajo estriba en que permite confrontar la validez del debate teórico en curso sobre la construcción del ELSJ con la praxis, utilizando, a modo de test, la propuesta de Directiva de la OEP.

De hecho, el proceso de adopción de la OEP ratifica la idea de que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se produciría un reequilibrio institucional, que traería aparejado un debilitamiento del papel de la Comisión. Y ello no solo por la futura reducción del número de comisarios o por el protagonismo creciente que está asumiendo la Alta Representante y el Servicio Europeo de Acción Exterior sino, sobre todo, por la ruptura del monopolio legislativo en el ámbito de la cooperación judicial y policial en materia penal, en el que, como ya se ha explicado, una cuarta parte de los Estados comparten el derecho de iniciativa legislativa con la Comisión.

El iter legislativo de la OEP prueba que la suma de estos factores equivale a una pérdida real de poder de la Comisión y a un desplazamiento del centro de gravedad del proceso legislativo europeo, sustentado en el triángulo Comisión-Consejo-PE⁵³. La primera se ha visto obligada a ceder ante la alianza de los otros colegisladores, Consejo y PE, siendo especialmente

⁵² GARCÍA MORENO, J. M., «La cooperación penal en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia después del Tratado de Lisboa», *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 10, octubre 2009, pp. 25-34.

⁵³ En esta línea las observaciones de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La iniciativa legislativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del Tratado de Lisboa», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, julio 2010, p. 12 y ss.

digna de mención la forma en la que durante toda la tramitación de la OEP el PE ha ejercitado «autorictas» y «potestas», mostrándose por fin mucho más preocupado por satisfacer los intereses de la ciudadanía europea que por las componendas políticas.

Este retoque del modelo institucional clásico⁵⁴ ayuda a entender la tajante oposición a la OEP de la Vice-Presidenta y comisaria, V. Reding, que, más allá de recelos formales y personales, estaría evidenciando la incomodidad y el rechazo que a la Comisión, en tanto que órgano colegiado, le suscita el nuevo «status quo». A ello hay que añadir las reticencias sobre la artificial división entre cooperación judicial penal y cooperación judicial civil, ya que a juicio de la Comisión el problema estribaba en que la OEP afectaba no solo a asuntos penales, sino también civiles, donde se mantiene el monopolio absoluto de la iniciativa legislativa. En muchos de los Estados miembros las medidas de protección de las víctimas de la violencia de género son puramente civiles y esta confusión en la base jurídica, junto a la inseguridad legal de las víctimas, planteó en un claro conflicto interinstitucional, que el acuerdo de mínimos de julio de 2011 parece haber zanjado⁵⁵.

Además de atestiguar cierta devaluación del papel de la Comisión en contraste con el auge del tándem Consejo-PE, el ejemplo de la OEP sirve también para ilustrar las nuevas funciones de control político atribuidas al Consejo y de control jurisdiccional del TJUE.

Así, el Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá vigilar la implementación de la OEP, adoptando «los procedimientos que seguirán los Estados Miembros, para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades estatales, de las políticas de la Unión contempladas en este título, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo» (artículo 70 del TUE). De los resultados de tal evaluación se informará al PE y a los Parlamentos nacionales.

⁵⁴ Respecto al mantenimiento, con reformas, del modelo institucional clásico, MANGAS MARTÍN, A., estudio introductorio al «*Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*», Tecnos, 15^o ed., 2010, pp. 31y ss.

⁵⁵ Para CHICHARRO LÁZARO no hubiera estado de más que el régimen compartido en la iniciativa legislativa se hubiera previsto también para la cooperación judicial en materia civil, pues «se trata de un ámbito estrechamente ligado a las tradiciones y a las culturas jurídicas de los Estados miembros, al mismo tiempo que responde a las necesidades inmediatas de los ciudadanos europeos», *loc. cit.*, p. 33.

Por lo que se refiere al control jurisdiccional, es sabido que la plena comunitarización de la cooperación policial y judicial operada en Lisboa⁵⁶ ha significado la eliminación casi total de las restricciones anteriormente existentes para que el Tribunal ejerza plena competencia sobre el ELSJ⁵⁷, salvo en los relativo a la denominada «cooperación operativa»⁵⁸, lo que a su vez ha favorecido el recurso a las cuestiones prejudiciales como un elemento determinante del alcance de la cooperación judicial⁵⁹.

A la luz de los numerosos problemas interpretativos suscitados tanto por la DM 2001/2020 sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, planteadas en el famoso asunto *M. Pupino*⁶⁰, como por la DM 2002/584 relativa a la orden de detención europea, objeto de una abundante jurisprudencia tanto a nivel de Tribunales Constitucionales como del propio TJUE⁶¹,

⁵⁶ ÁLVAREZ RUBIO, J. J., «El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 13, 2008.

⁵⁷ Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa había serias dudas no solo respecto al alcance de la función jurisdiccional del TJCE, sino también en torno a principios claves por él mismo acuñados, como el de interpretación conforme, o el propio concepto de «eficacia directa». Al respecto, BARENTS, R., «The Court of Justice after the Treaty of Lisbon», *Common Market Law Review*, vol. 47, n.º 3, 2010, pp. 709-728; URREA CORRES, M., «El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: hacia una jurisdicción flexible», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 23, 2003, pp. 65 y ss.

⁵⁸ Artículo 276 del TFUE.

⁵⁹ FORCADA MIRANDA, F. J., «Los impulsos del Tratado de Lisboa a la cooperación judicial civil y la experiencia de los jueces españoles», *Noticias de la UE*, n.º 291, 2009, pp. 82 y ss; En nuestro país, FARAMIÑÁN GILBERT y MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. C., «Las cuestiones prejudiciales españolas durante 2005 y 2006. Análisis y valoraciones de la práctica judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 32, 2009, pp. 179-238.

⁶⁰ Sentencia de 16 de junio de 2005, *M. Pupino*, C-105/103, *Rec.* 2005, p. I-5285, que ha suscitado una abundantísima bibliografía, entre la que destaca FLETCHER, M., «Extending «indirect effect» to the Third Pillar. The significance of Pupino», *European Law Review*, n.º 30, vol. 6, 2005, pp. 862-877; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 10, 2005.

⁶¹ A propósito de la jurisprudencia suscitada por la euro-orden, BOT, S., «The dialogue between national courts and the Court of Justice: the example of the European Arrest Warrant», en BRAUM, S., et WEYEMBERGH, A., *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009; IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 35, 2010, pp. 169-192; JIMENO BULNES, M. (coord.), *Justicia versus Seguridad en el*

es previsible que la aplicación de la OEP sea igualmente terreno abonado para nuevos reenvíos prejudiciales⁶², cuya resolución podría acelerarse en virtud del procedimiento de urgencia específico para el ELSJ previsto en el Protocolo sobre el Estatuto del TJUE⁶³.

2. LA ADOPCIÓN DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN COMO PARADIGMA DE LA CRECIENTE FRAGMENTACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL

La otra gran cuestión que la adopción de la OEP deja entrever es la fragmentación de la cooperación judicial penal como consecuencia del juego conjunto de las cláusulas de «opt out/in», y de las disposiciones relativas a los frenos de emergencia y las cooperaciones reforzadas predeterminadas.

Respecto a las primeras, aunque la principal oposición a la adopción de la OEP ha procedido de la Comisión, no hemos obviado la existencia de fracturas en el seno del Consejo que no solo han dilatado su aprobación, sino que además entrañan la auto exclusión voluntaria de Dinamarca y del Reino Unido y de Irlanda (opt/out), en aplicación del estatus particular del que gozan en relación al ELSJ en virtud de sus respectivos Protocolos, que sin embargo presentan diferencias significativas.

Mientras que en el caso de Dinamarca el «opt out» es automático, por lo que al Reino Unido se refiere no existe tal automaticidad. Si bien con la llegada al poder de los conservadores en mayo de 2010, el Gobierno británico expresó su rechazo a la OEP, ello no obsta para que, que una vez que la OEP sea aprobada, lo que previsiblemente sucederá a lo largo del 2011, pueda reconsiderar su posición en virtud de la cláusula de opt/in prevista en este mismo instrumento. Por su parte, Dinamarca puede también o bien manifestar su aceptación expresa de la OEP, o bien trasladar en cualquier momento a los restantes Estados miembros su decisión de

espacio judicial europeo. Orden de detención europea y garantías procesales. Tirant lo Blanch, 2011; MARTÍN MARTÍNEZ, M., «La implementación y aplicación de la orden europea de detención y entrega: luces y sombras», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 10, 2006, pp. 179-200.

⁶² Artículo 267.b) del TFUE.

⁶³ Artículo 23 bis del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, en consonancia con los artículos 104 bis y ter de su Reglamento de Procedimiento, tras la modificación de 15 de enero de 2008. Al respecto RUIZ-JARABO COLOMER, D., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 291, 2009, pp. 31-40.

aceptar en bloque todas las medidas acordadas respecto a la cooperación policial y judicial en materia penal.

A la fragmentación que de lo anterior se desprende hay que sumar otra posible quiebra en la aplicación uniforme de la OEP resultante del recurso al llamado «freno de emergencia» o «frenacelerador», concebido como un mecanismo corrector de la adopción de decisiones por mayoría cualificada⁶⁴. En la medida en que un Estado miembro entienda que la Directiva sobre la OEP afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal podrá suspender el procedimiento legislativo ordinario, solicitando su remisión al Consejo Europeo. Transcurrido un plazo de cuatro meses para su debate, si hay acuerdo el Consejo Europeo remitirá de nuevo la propuesta al Consejo. En caso contrario, queda expedita la vía para que un mínimo de 9 Estados puedan activar la cooperación reforzada con arreglo al proyecto original de Directiva de la OEP, con la particularidad de que en tal caso se entenderá concedida de antemano la autorización del Consejo.

Por consiguiente, el recurso a la cooperación reforzada es la respuesta al mecanismo defensivo del freno de emergencia que el Tratado de Lisboa ha previsto, a modo de contrapeso, al objeto de impedir que uno o varios Estados pueda bloquear la adopción de una propuesta legislativa que, como es el caso de la OEP, cuenta con el respaldo de la mayoría⁶⁵. Aunque no parece probable, si finalmente un Estado miembro deviniera en objetor persistente del acuerdo de mínimos alcanzado por el Consejo, el PE y la Comisión, y decidiera recurrir a esta vía, con ello se ratificaría que las geometrías variables en el ELSJ y la fragmentación de la cooperación judicial penal son algunos de los peajes que obliga a pagar una UE sumamente heterogénea⁶⁶, en la que conviven percepciones y visiones muy ale-

⁶⁴ Sobre los efectos del artículo 82.3 del TFUE, GUTIÉRREZ ESPADA, C., «A Bout de Souffle? (o una Unión Europea “con freno y marcha atrás”», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 18, 2009, pp. 1-12; MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 6ª ed., 2010, p. 108; MONAR, J., «The area of freedom, security and justice», en *Principles of European Constitutional Law*, en, VON BOGDANDY, A., y BAST, J. (ed.), Hart Publishing, 2ª ed., 2010, pp. 551-585; RIOJA GARCÍA, M., «El Tratado de Lisboa: reformas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Especial referencia al ámbito de la Cooperación Judicial Penal», *Revista Unión Europea Aranzadi*, n.º 4, 2009, pp. 5-17.

⁶⁵ Artículos 20.2 del TUE y 329.1 del TFUE.

⁶⁶ BENEYTO, J. M. (et altri), *Unidad y Fragmentación en el futuro de la UE: El desafío de las cooperaciones reforzadas*, CEU ediciones, 2010; HATZOPOULUS, V., «With or without you: judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice», *European Law Review*, vol. 33, n.º 1, 2008, pp. 44-65.

gadas no ya respecto a las grandes cuestiones de fondo (i.e, el modelo político-constitucional de la Unión), sino también, lo que a nuestro juicio resulta más preocupante, sobre cuándo y cómo mejorar la vida de los ciudadanos europeos en cuestiones cotidianas pero tan significativas como la lucha contra la violencia de género.

V. CONCLUSIONES

1. Una de las tendencias normativas más loables del Derecho Internacional del siglo XXI consiste, a nuestro juicio, en la elaboración de un estatuto jurídico internacional de las víctimas de cualquier forma de delincuencia y, en particular, de aquellas que han sufrido la violencia de género. En el marco de la UE esta tendencia ha devenido en una prioridad estratégica del ELSJ que, en aras de la libre circulación de personas, exige reconocer a este colectivo un estándar mínimo y común de protección, con independencia de su nacionalidad o país de residencia. Una vez que el TJCE admitió en 1989 que las víctimas podían ejercer sus derechos sin discriminación en toda la UE, su protección se articuló inicialmente a través de dos instrumentos normativos, la DM 2001/220 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, y la Directiva 2004/80 sobre indemnización de las víctimas de los delitos.

2. La ineficacia de estas primeras normas, unido al posterior reconocimiento expreso de la competencia de la Unión para legislar en la materia (artículo 82.2.c) del TFUE), ha propiciado la aparición de un bloque normativo emergente, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales. Como hemos puesto de manifiesto, este bloque normativo posee unas características especiales, tanto por lo que se refiere a su procedimiento de adopción, como en lo relativo a la naturaleza y contenido de los instrumentos que lo conforman.

A. Respecto a la primera cuestión, resulta especialmente significativo que la iniciativa legislativa para su aprobación no haya procedido en exclusiva de la Comisión, sino que tiene su origen en la decisión de un grupo de Estados miembros, encabezados por España, de hacer uso de su potestad de instar la adopción de actos relativos a la cooperación tanto judicial como policial (artículo 76 del TFUE). El hecho de que la propuesta normativa pionera del nuevo paquete de medidas, la Directiva sobre la OEP, se haya presentado, como en su día la euro-orden, durante la Presidencia española

del Consejo, ratifica que el impulso a la cooperación judicial es una línea prioritaria de nuestra Política Exterior, uno de esos escasos ámbitos exento de la dinámica de enfrentamiento electoral y cortoplacista entre Gobierno y Oposición.

B. Las normas que de momento integran el nuevo paquete legislativo son la propuesta de Directiva de la OEP; la propuesta de Directiva sobre normas mínimas para las víctimas; y la propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección de Derecho Civil.

El proceso de adopción de la OEP ha sido largo y difícil, y se ha caracterizado por la alianza entre el Consejo y el PE, que ha logrado vencer la oposición de la Comisión y obligarle a alcanzar un acuerdo de mínimos para desbloquear su aprobación, como primer eslabón del plan integral de protección de las víctimas. Dicho plan obedece a un modelo ya implantado, en el que la puesta en marcha de instrumentos de cooperación judicial precede a la eventual unificación de las normas penales, por lo que la entrada en vigor de la OEP no necesitará de la previa armonización de los delitos y penas relacionados con la violencia de género en los sistemas penales nacionales de los Estados miembros.

A diferencia de la OEP, las otras dos normas que integran el plan de protección de las víctimas han sido impulsadas por la Comisión en el marco de la cooperación judicial civil, y consisten en una propuesta de Directiva de mínimos sobre el estatuto de las víctimas, que sustituirá a la DM 2001/220, y un Reglamento sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. A nuestro juicio, si bien ambas complementan el objetivo de la OEP, su presentación evidencia que la división entre cooperación judicial penal y cooperación judicial civil que el Tratado de Lisboa consagra resulta en la práctica artificial e insostenible.

3. El análisis del «iter» legislativo, el objeto y el contenido de la norma insignia del novedoso bloque normativo, la OEP, nos ha permitido corroborar la validez de dos hipótesis previamente esbozadas con ocasión del debate teórico sobre la construcción del ELSJ.

En primer lugar, que en la UE post Lisboa se ha producido un reequilibrio inter institucional, que se traduce en el debilitamiento del papel de la Comisión, el auge del tándem Consejo-PE y el recurso constante a la jurisprudencia del TJUE, por la vía de las cuestiones prejudiciales, como elemento determinante del alcance de la cooperación judicial penal.

En segundo lugar, que la imparable fragmentación de la cooperación judicial penal, resultante de juego conjunto de las cláusulas de «opt in/out»,

de los frenos de emergencia y de las cooperaciones reforzadas predeterminadas, parece un tributo obligado en una UE dividida tanto respecto a las grandes cuestiones de fondo como sobre la forma de afrontar problemas cotidianos, pero tan significativos para la ciudadanía europea, como la lucha contra la violencia de género.

4. La valoración que nos merece el conjunto de propuestas normativas analizadas es moderadamente positiva. Por una parte, su lenta y compleja tramitación pone de manifiesto que la implementación de una política integral de protección de las víctimas, y en particular de las que han sufrido la violencia de género, dista todavía de ser una realidad. Pero, por la otra, el hecho de que se hayan dado ya los primeros pasos es una prueba, insuficiente pero prometedora, de que, con avances y retrocesos, la UE no desiste en su empeño de construir un verdadero espacio de justicia europeo, en el marco de la libertad básica de la libre circulación y residencia.

5. En este orden de cosas, con frecuencia exigimos al Derecho de la UE un grado de eficacia que los derechos nacionales no suelen acreditar. En concreto, la lucha contra la violencia de género es una preocupación reciente en muchos ordenamientos internos, y además las estadísticas reflejan que el reforzamiento del entramado legislativo nacional ha sido incapaz de atajar de raíz el problema, aunque sí ha mejorado la protección de las víctimas⁶⁷.

Para ponderar el impacto y el alcance potencial del nuevo bloque normativo es necesario por tanto tener en cuenta su valor simbólico, en la medida en que inaugura una fase avanzada en la evolución del ELSJ. En particular, la propuesta de OEP representa el primer peldaño de un corpus que incluye medidas legislativas de «lege ferenda», como la reciente propuesta de una Orden Europea de Investigación antes citada, junto a medidas prácticas, como la mejora del Sistema Europeo de Información de Archivos Criminales (ECRIM en su acrónimo inglés), con la creación de una base de datos en la que conste la identidad de los maltratadores. Con todo, parece plausible que la implementación de este paquete normativo sea una preocupación de índole menor. Es sabido que la UE atraviesa su enésima crisis de identidad, acentuada por la necesidad de concentrar casi todos sus recursos en hacer frente a las convulsiones del mercado financiero⁶⁸. En esta tesitura, insistir en la necesidad y relevancia de su aprobación sería

⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 13, 2010.

⁶⁸ GONZÁLEZ, F., «La Unión Europea en la encrucijada», *El País*, 14 de enero de 2011.

poco realista, teniendo en cuenta que los debates sobre la falta de liderazgo en la Unión o el peligro del retorno a los nacionalismos y a la no-Europa continúan abiertos⁶⁹. Sin embargo, ello no es óbice para recordar que si algo puede servir de seña de identidad de la UE en la gobernanza mundial es seguir siendo pionera en la defensa de los derechos humanos, el compromiso con los colectivos más desfavorecidos y la protección de las víctimas, que precisamente son los fines a los que este conjunto de propuestas responden.

Por último, pero no menos importante, la consolidación y ampliación en un futuro próximo de este conjunto de propuestas y, en concreto, la entrada en vigor de la OEP, contribuirían a nuestro juicio a cristalizar una norma consuetudinaria «in fieri» que obligaría a los Estados a proteger activamente a las víctimas. Además, coadyuvaría a la entrada en vigor de la reciente Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica y sería también un dato favorable cara a una eventual ratificación por la propia UE de la Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo de 1999.

PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS, VIOLENCIA DE GÉNERO Y COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA POST-LISBOA

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar un nuevo e inexplorado ámbito de desarrollo de la cooperación judicial penal en la UE post-Lisboa, como es la articulación político-jurídica de la protección de las víctimas, en especial de aquellas que han sufrido la violencia de género. Su originalidad e interés estriban en permitir confrontar la validez del debate teórico en curso sobre la construcción del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia con la praxis, utilizando como banco de prueba privilegiado un conjunto de propuestas legislativas que conforman un bloque normativo emergente y, en particular, la Directiva para la adopción de una Orden Europea de Protección de las víctimas de la violencia de género.

PALABRAS CLAVES: Cooperación judicial penal; Protección de las víctimas; Lucha contra la violencia de género.

⁶⁹ MARÍN, M., «Europa. ¿Qué te pasa?», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 22, noviembre 2010.

VICTIMS PROTECTION, GENDER VIOLENCE AND JUDICIAL COOPERATION
IN CRIMINAL MATTERS IN THE EU POST-LISBON

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse a new and unexplored field of development on judicial cooperation in criminal matters in the EU post-Lisbon, as it is the political and legal framework of the protection of the victims, and especially those who have suffered from gender violence. In addition, it tries to confront the validity of the current legal debate about the implementation of the European Area of Freedom, Security and Justice with practice, using as a case-test the different normative proposals advanced on the matter, in particular the Directive for the Adoption of the European Protection Order.

KEY WORDS: Judicial cooperation in criminal matters; Victims protection; Fight against gender violence.

LA PROTECTION AUX VICTIMES, LA LUTTE CONTRE LA VIOLENCE A
L'EGARDS DES FEMMES ET LA COOPERATION JUDICIAIRE EN MATIERE
PENALE DANS L'UE POST-LISBONNE

RÉSUMÉ: Cet article a pour objectif d'analyser un domaine nouveau et inexploré de la coopération judiciaire en matière pénale dans l'UE post-Lisbonne: l'articulation politico-juridique de la protection aux victimes et la lutte contre la violence sexiste. Le caractère original de la recherche se trouve dans la validité pratique du débat théorique sur la construction en cours de l'Espace Européen de Liberté, de Sécurité et de Justice, en utilisant comme un test-privilegié les diverses propositions pour former un nouveau bloc juridique, et en particulier, la initiative pour une Directive relative à la Decisión de Protection Européenne.

MOTS CLÉS: Coopération judiciaire pénale; Protection aux victimes de la criminalité; Lutte contre la violence entre à l'égard des femmes.