

# LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

**Marta del Pozo Pérez**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca*

## SUMARIO

I. ¿EXISTEN ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONJUNTO DE LA UE?.- II. FUNDAMENTOS DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN.- III. LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. PERSPECTIVA CRÍTICA.- IV. CONCLUSIONES.

## PALABRAS CLAVE

Orden europea de protección; Víctima; Reconocimiento mutuo; Medida penal; Violencia de género.

## RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar desde un punto de vista eminentemente crítico, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección, que bajo los principios de reconocimiento mutuo, confianza y equivalencia pretende reconocer y ejecutar en un Estado miembro de la UE la protección penal otorgada en otro Estado miembro a una víctima, posible víctima o a sus familiares, si estos fueron protegidos en el Estado que dictó la orden que ahora se reconoce en el Estado de ejecución como una orden europea de protección. La perspectiva se centrará en la tutela de las víctimas de violencia de género a través de esta nueva institución europea.

*“La calidad nuclear de nuestra vida no se mide en kilómetros de carreteras o en cifras de sueldo. La calidad esencial de nuestra vida empieza por no tener miedo<sup>1</sup>”.*

## I. ¿EXISTEN ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONJUNTO DE LA UE?<sup>2</sup>

La novedosa institución española de la orden de protección de las víctimas de violencia de género, creada por la ley 27/2003, de 31 de julio, nace con la vocación de unificar los distintos instrumentos existentes en la legislación nacional procesal, penal y civil, que se dirigen al amparo de las posibles víctimas de la violencia de género. Se trata, en definitiva, de conseguir una protección integral, no sólo en los mencionados aspectos, sino también en lo referente a una vertiente asistencial, lo que significará que una vez que las administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen los instrumentos de protección social, establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos, dichas víctimas podrán ser beneficiarias de ellos.

Considero<sup>3</sup> que nos encontramos ante un mecanismo de articulación y coordinación de diversas medidas cautelares y protectoras de la víctima, de naturaleza penal, así como de las medidas provisionales civiles, que ya existían en nuestro ordenamiento jurídico, a las que se ha unido en la misma institución una vertiente asistencial y de tutela social, que intenta conseguir un estatuto de protección integral de las posibles víctimas de la violencia de género, por lo que goza de una compleja naturaleza en función de las concretas medidas que se adopten en cada orden, con el denominador común de tener como objetivo primordial la seguridad y tutela de aquella mujer que sufre violencia de género.

Nos encontramos, por tanto, ante una institución que a pesar de estar incluida en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no está llamada a desplegar sus efectos únicamente en el ámbito procesal.

<sup>1</sup> F.J. Pérez Olleros Sánchez Bordona, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 13 de junio de 2005.

<sup>2</sup> Para elaborar este epígrafe además de la legislación procesal de diversos países se ha consultado VV.AA, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, Madrid, 2005.

<sup>3</sup> Vid. M. del Pozo Pérez, “La orden de protección”, en A. Figueruelo y M<sup>a</sup>L. Ibáñez (editoras), *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*, Comares, Granada, 2006, pp. 89-136.

La orden de protección únicamente va a aplicarse a los presuntos delitos y faltas de violencia familiar, doméstica y de género, novedad<sup>4</sup> esta última importante dado que, hasta su creación, en el enjuiciamiento de las faltas de estas características no existía posibilidad alguna de tutela de las víctimas a través de instituciones similares, puesto que no se arbitraba la posibilidad legal de adoptar medidas protectoras en estos procedimientos para ilícitos menores, quedando restringida su aplicación al enjuiciamiento de hechos delictivos<sup>5</sup>.

El hecho de atribuir en origen la competencia para su adopción a órganos jurisdiccionales de carácter penal, a pesar de que como hemos expuesto anteriormente puede incluir medidas cautelares penales, provisionales civiles y de contenido asistencial, se explica porque al vincularla al orden jurisdiccional penal se garantiza la rapidez en su adopción. En su génesis

---

<sup>4</sup> Vid. en *Cortes generales Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente año 2003*, VII Legislatura n° 256, martes, 10 de junio de 2003, las palabras pronunciadas en el debate en el Congreso de los Diputados por la Diputada Sra. Sainz García, al señalar que “constituye un derecho de la víctima, que el juez debe aplicar no sólo en los delitos, sino también, y esto es muy importante, en las faltas, nada más conocer la denuncia y oír a las partes, por supuesto, en el plazo entre 24 y 72 horas. Activará de forma inmediata, en una misma resolución judicial, medidas cautelares de naturaleza penal y civil, con el fin de evitar ese desamparo que se venía produciendo con las víctimas y dar respuesta a esa situación de riesgo”, p. 13231.

<sup>5</sup> Me gustaría citar en relación a estas cuestiones la interesante evaluación que realiza el Consejo General del Poder Judicial en su *Acuerdo del Pleno de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*, en el que por lo referente a la tutela cautelar y de protección y su conveniencia de que se extienda a las faltas indica lo siguiente: “...es clara la imposibilidad legal de adoptar determinadas medidas cautelares cuando la violencia ejercida es constitutiva de falta y no de delito. Indudablemente, esta limitación -derivada del tenor de la vigente legislación y de una inadecuada manera de interpretar el principio constitucional de proporcionalidad- perjudica la eficacia en la lucha contra la violencia doméstica al impedir, en no pocas ocasiones, la adopción de una respuesta judicial contundente y propiciar la reiteración de las conductas violentas, en lugar de servir para cercenar radicalmente la probabilidad de que se produzca un incremento cuantitativo y cualitativo de las agresiones en el seno de la misma familia... De lo anterior cabe deducir que las conductas que en nuestra legislación y en la práctica forense habitual se vienen considerando como de escasa gravedad -las constitutivas de falta- carecen de un adecuado tratamiento legal, por no permitir éste en muchos casos la adopción, con la amplitud requerida, de las medidas precautorias adecuadas, por prever para aquéllas sólo una respuesta penal muy limitada, y por no servir para frenar la progresión cuantitativa y cualitativa de las acciones violentas en el seno familiar, ni coadyuvar a la erradicación de las causas que las originan. En consecuencia, es necesario que la cuestión atinente a las medidas cautelares y de protección de la víctima se aborde actualmente de manera diferente,... En este sentido, pues, aparece con toda evidencia la necesidad de transformar radicalmente el panorama de la tutela cautelar de la víctima, evitando que la calificación como falta de una agresión impida dispensar a aquélla la protección que en cada caso necesite...”.

el órgano jurisdiccional competente de modo principal<sup>6</sup> será el Juez de Instrucción en funciones de guardia, ello contribuirá a la prontitud de su adopción y con ello a su eficacia<sup>7</sup>.

Sin embargo, tras la reforma que se realiza por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se atribuye la competencia para adoptar dicha orden de protección al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer en aquellos casos que deba instruir, y allí donde exista<sup>8</sup>, sin perjuicio de las atribuciones que en esta materia posea el Juez de Instrucción en funciones de guardia.

Es decir, en casos en los cuales no exista una necesidad de actuación urgente por parte del servicio de guardia para los supuestos competencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer<sup>9</sup>, órgano de naturaleza mixta,

---

<sup>6</sup> Con carácter residual se prevé por la legislación que el órgano jurisdiccional competente para dictar una orden de protección, con el contenido que considere adecuado y proporcional a las circunstancias fácticas concretas del caso, sea cualquier otro órgano jurisdiccional penal –Juez o Tribunal que conozca de la causa, dice el apartado 11 del art. 544 ter de la LECrim.- que en el transcurso de un procedimiento por un delito o falta observe que se genera una situación de riesgo para alguna de las personas que constituyen el ámbito subjetivo de aplicación de la orden de protección y que se detallan en el art. 173.2 del Código Penal.

<sup>7</sup> Algunas voces se han levantado indicando que, a pesar de que esta orden de protección es un gran avance para la tutela integral de las víctimas de la violencia doméstica, será necesario en el caso de que no se adopte como parte de su contenido la medida cautelar de prisión provisional del presunto agresor, que éste se encuentre sometido a control y vigilancia policial siempre que exista un riesgo detectado para la víctima, para garantizar por ejemplo que no va a incumplir órdenes de alejamiento. En este sentido se expresa A. Alemany Rojo, “Aún queda mucho por hacer”, *Diario de Noticias La Ley, Especial Violencia doméstica*, julio de 2003, p. 7.

<sup>8</sup> Además de la creación de nuevos órganos jurisdiccionales de Violencia sobre la Mujer se legisla la posibilidad de que las competencias propias de este nuevo Juzgado sean asumidas por un Juez de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, en función de la carga de trabajo existente, siendo acordado por el Consejo General del Poder Judicial, previo informe de las Salas de Gobierno; la atribución de competencia pueden ser exclusiva o añadirse al conocimiento de otras materias; es decir, un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, ya en funcionamiento, se transformaría en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Si nos encontramos ante un Partido Judicial que tiene únicamente un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma dichas competencias.

<sup>9</sup> Se encarga de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

puesto que aglutinará competencias penales y civiles, será el nuevo Juzgado, creado por la citada Ley integral, el encargado de adoptar la orden de protección.

Hay que recalcar que salvo donde exista servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer<sup>10</sup>, también será objeto del servicio de guardia del Juzgado de Instrucción la regularización de la situación personal de quienes sean detenidos por su presunta participación en delitos cuya instrucción sea competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la resolución de las solicitudes de adopción de las órdenes de protección de las víctimas de los mismos, siempre que dichas solicitudes se presenten y los detenidos sean puestos a disposición judicial fuera de las horas de audiencia de dichos Juzgados.

A estos efectos, el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Violencia sobre la Mujer. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al imputado. Será también de aplicación cuando la intervención judicial haya de producirse fuera del período de tiempo en que preste servicio de guardia el Juzgado de Violencia sobre la Mujer allí donde esté establecido.

Sin embargo, el problema de la violencia de género no es nuevo ni exclusivo de nuestro país, puesto que nos encontramos ante un fenómeno generalizado que afecta a todos los países de la comunidad internacional produciéndose en todos y cada uno de los ámbitos de la sociedad con independencia del grado de cultura o del nivel económico. Las mujeres víctimas mortales de estas agresiones alcanzan cifras alarmantes en todos los países del mundo tanto desarrollados como subdesarrollados. Según datos del Consejo de Europa, en la Comunidad Europea la violencia de género es la primera causa de muerte o invalidez grave en mujeres de dieciséis a cuarenta y cuatro años, cifra superior a los fallecimientos por cáncer o por accidente de tráfico.

Según el Informe elaborado por el relator *Jean Guy Branger*: “La violencia doméstica en Europa está aumentando otra vez y sucede en cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa. No conoce de fronteras geográficas, no tiene límite de edad, no es particular de ninguna raza en concreto y ocurre en cada tipo de familia y en cada ángulo social. La violencia doméstica se caracteriza por la conducta violenta en varias formas, física, sexual o psicológica y puede estar basada en la dependencia económica”.

---

<sup>10</sup> El servicio de guardia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer existe únicamente si en el partido judicial hay 4 o más Juzgados de este tipo. Su horario es de 9 a 21. Con una periodicidad cada tres días.

Como muestra de lo expresado en el párrafo anterior podemos introducir la siguiente gráfica<sup>11</sup> que refleja los últimos datos estadísticos que se conocen a nivel Europeo:

	<b>FEMICIDIOS EN DIVERSOS PAÍSES EUROPEOS</b>					
	2006		2003		2000	
	<b>FEMICIDIOS. TOTAL</b>		<b>FEMICIDIOS. TOTAL</b>		<b>FEMICIDIOS. TOTAL</b>	
	Incidencia	Prevalencia(*)	Incidencia	Prevalencia(*)	Incidencia	Prevalencia(*)
<b>Alemania</b>	387	9,2	426	10,19	437	10,42
<b>Andorra</b>	0	0	0	0	-	-
<b>Austria</b>	57	13,4	63	15,05	49	11,78
<b>Bélgica</b>	-	-	152	29,3	75	14,46
<b>Bulgaria</b>	55	13,86	-	-	42	9,94
<b>Chipre</b>	4	10,24	2	4,89	-	-
<b>Croacia</b>	27	11,73	23	10,02	-	-
<b>Dinamarca</b>	11	4,01	28	10,41	32	11,96
<b>Escocia</b>	19	7,18	-	-	-	-
<b>Eslovaquia</b>	16	5,77	43	15,43	-	-
<b>Eslovenia</b>	5	4,89	14	13,79	-	-
<b>España</b>	115	5,15	168	7,75	193	9,42
<b>Estonia</b>	29	40,01	40	56,9	35	47,3
<b>Finlandia</b>	35	13,02	32	11,98	43	16,21
<b>Francia</b>	-	-				
<b>Holanda</b>	56	6,78	73	9,08	70	8,79
<b>Hungría</b>	88	16,64	132	25,69	-	-
<b>Irlanda</b>	11	5,19	10	5,14	12	6,39
<b>Islandia</b>	0	0	0	0	2	14,29
<b>Italia</b>	169	5,64	192	6,57	186	6,31
<b>Liechtenstein</b>	0	0	-	-	-	-
<b>Lituania</b>	93	51,32	-	-	-	-
<b>Luxemburgo</b>	2	8,38	3	13,16	1	4,57

<sup>11</sup> (\*) Número de femicidios por millón de mujeres. Actualizado: Informe 2010. Fuente: [www. http://www.inmujer.gob.es/ss/Satellite?pagename=InstitutoMujer%2FPagina%2FIM\\_UJ\\_Home](http://www.inmujer.gob.es/ss/Satellite?pagename=InstitutoMujer%2FPagina%2FIM_UJ_Home)

<b>Malta</b>	0	0	0	0	-	-
<b>Mónaco</b>	0	0	-	-	-	-
<b>Noruega</b>	21	8,95	20	8,7	23	10,21
<b>Polonia</b>	-	-	-	-	217	10,89
<b>Portugal</b>	52	9,52	-	-	51	9,95
<b>R. Unido</b>	195	7,73	230	7,65	267	8,92
<b>Rep. Checa</b>	48	9,12			-	-
<b>Rumanía</b>	-	-	199	17,77	351	30,87
<b>Serbia</b>	-	-	-	-	-	-
<b>Suecia</b>	-	-	27	5,96	31	6,9
<b>Suiza</b>	-	-	36	9,45	81	21,69
<b>Turquía</b>	334	9,47	-	-	-	-

La reacción frente a esta situación de hecho ha sido diversa en los diferentes países de la UE. A la vanguardia en la lucha contra la violencia de género están España y Austria. La ley austriaca recoge desde 1997 una orden de protección de características muy similares a la nuestra. Protege a la víctima y a sus hijos, le otorga su custodia y prohíbe el acceso del presunto autor al hogar conyugal.

Parece que el origen de esta medida es la *orden of protection* o *protection order* propia de EEUU que puede incluir medidas tales como el alejamiento de la víctima, de los hijos comunes, del domicilio o del lugar de trabajo. Esta institución extendida en países anglosajones es un mandamiento judicial para proteger a una persona frente a otra, tiene validez en todo el territorio estatal, y contiene ciertas condiciones que el presunto autor tiene la obligación de cumplir, como por ejemplo la prohibición de poseer armas de fuego, o la prohibición de mantener todo contacto directo o indirecto con la víctima.

En Francia, el esposo presuntamente agresor puede ser expulsado del hogar conyugal. No existen medidas singulares de protección distintas a las de otros hechos punibles, puede que el Juez acuerde que el presunto autor y víctima residan separados o que decrete una prohibición de acercamiento pero lo que, en mi opinión, más llama la atención es que se admite la mediación en este ámbito.

En 2001 Alemania aprueba una normativa sobre violencia doméstica que recoge, también, una orden de protección. Así el órgano jurisdiccional puede prohibir que los presuntos autores llamen a sus mujeres por teléfono, intenten comunicarse con ellas por otros medios e incluso se prevé una prohibición de acercamiento a las víctimas.

En la regulación inglesa –en este contexto se delimita que hay dos mujeres asesinadas cada semana por su pareja o expareja lo que hace que el Lord Chancellor describa esta estadística como: “*It is an appalling, a*

*despicable, a disgusting statistic.*”, es decir, una estadística espeluznante, despreciable, repugnante- existe por un lado, la “*non-molestation order*” una especie de orden de alejamiento, cuyo fin es evitar que se violente, amenace u hostigue a la pareja o al hijo en común y por otro, la “*occupation order*” que delimita la asignación del domicilio familiar.

Sin embargo, Irlanda, Portugal, Bélgica, Italia -donde se prevé el alejamiento de la casa familiar o de lugares habitualmente frecuentados por la víctima-, o Luxemburgo tienen cierta normativa protectora pero en ningún caso con el alcance y la especialidad de la española y de la austriaca. El denominador común en este caso es que no se regulan medidas singulares de protección de la víctima de violencia de género más allá de las previstas para otros hechos punibles.

## II. FUNDAMENTOS DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Es evidente que ante este preocupante, globalizado y extendido fenómeno, la comunidad internacional y de modo especial las instituciones propias del ámbito de la Unión Europea, han reconocido que esta situación de violencia de género, por lo que se refiere a la mujer como sujeto pasivo del maltrato, constituye una verdadera violación de los derechos y libertades fundamentales. Por ello debe ser considerada como un verdadero atentado contra el derecho a la vida, la seguridad, la libertad, la dignidad y la integridad física y psíquica de la presunta víctima, lo que supondrá un obstáculo para el completo desarrollo de la sociedad democrática.

La Unión Europea ha ido dando un protagonismo creciente en sus políticas a la problemática de la violencia ejercida contra las mujeres. Para poner esta cuestión de manifiesto elabora diversas Resoluciones, Recomendaciones, Declaraciones y Acciones con el objetivo, parece que conseguido, de sensibilizar acerca de esta materia a los países del ámbito de la Unión que, de manera paulatina, van adquiriendo conciencia del fenómeno que estamos analizando. La Comisión Europea sitúa el problema de violencia contra el sexo femenino en un lugar destacadísimo dentro del programa político de la Unión.

Es en este contexto donde se enmarca, por tanto, la orden de protección a las víctimas de la violencia de género en la Unión Europea que se recoge en la Directiva que vamos a analizar a continuación.

Su objetivo no es otro que proteger a determinadas personas, no sólo a las víctimas de violencia de género, tal y como veremos después, pues sus pretensiones son más amplias, con independencia del Estado en que se



encuentren dentro de la Unión Europea.

Su marco normativo se relaciona con:

1.- El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Como piedra angular del Espacio Libertad, Seguridad y Justicia formulado en Tampere. Los Estados miembros deciden dar un paso más en ese reconocimiento de resoluciones judiciales dictadas por otros Estados miembros; es pieza central de los Consejos Europeos de Ámsterdam y Tampere, y que va a conseguir que cada autoridad judicial, en aplicación de ese principio de reconocimiento recíproco, reconozca *ipso facto* y previos controles mínimos la decisión de otra autoridad como si fuera propia. En un espacio de libertad, seguridad y justicia resulta lógico que unos Estados posean confianza en los otros en relación a que sus decisiones judiciales han sido dictadas con todas las garantías posibles y son fruto de un sistema democrático, lo que desemboca en la posibilidad de eliminar los diversos controles jurídicos y políticos existentes en esta materia.

Llevamos varios años en los que estamos asistiendo a un profundo cambio en la manera de entender y desarrollar la cooperación judicial en materia penal en el contexto de la UE; es necesario abandonar la idea del Estado como compartimento estanco soberano que influía en la colaboración entre los diversos Estados; el concepto de Soberanía Nacional se ha ido flexibilizando debido a la modificación de las circunstancias del entorno europeo; si partimos de la potenciación de la integración europea y el deseo de consolidación de un espacio único sin fronteras, debemos desembocar en el necesario crecimiento de la cooperación internacional en el ámbito de la Unión.

En la Unión Europea el objetivo parece estar claro: si se pretende instaurar una nueva libertad de las personas para que puedan ir y venir libremente sin controles ni fronteras, es preciso completar esta situación con unas actuaciones que impidan la disminución de la seguridad de los Estados y las personas, que podría generarse con la citada desaparición. Debe conjugarse el principio de seguridad con la libre circulación de las personas, hacerse compatible, por tanto, y en nuestro caso, el hecho de que una persona protegida como víctima en un Estado se traslade al territorio de otro Estado miembro, no debiendo significar que tenga que perder la citada tutela, incrementándose el riesgo para su vida o integridad. El ciudadano de la Unión desea poder gozar plenamente de la libertad de circulación que permite el desarrollo de la UE, quedando al mismo tiempo protegido de las amenazas contra su seguridad personal e incluso, en nuestro caso, familiar.

Debe producirse un desarrollo creciente en la colaboración entre Estados y en la asistencia mutua, realizándose una sustitución de los tradicionales instrumentos de cooperación internacional, que devienen ineficaces en la nueva realidad al responder a parámetros de Derecho

Internacional clásico, por unas nuevas formas de cooperación internacional basadas en el ya citado principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de la Unión Europea. Este principio se considera como la “piedra angular” de la cooperación internacional; veamos por lo tanto cuál es el origen del mismo y en qué consiste.

El principio de reconocimiento mutuo posee su origen<sup>12</sup> en la creación del mercado único comunitario. Debido a la variedad de legislaciones existentes en las materias relacionadas con la circulación de mercancías, la Comisión Europea decide instaurar dicho principio para salvar las diferencias aludidas; en vez de llegar a un acuerdo en la armonización de cada una de las legislaciones estatales -proceso lento y complejo- se decidió que cada Estado miembro considerase o reconociese que la legislación de otro Estado miembro era equivalente a la existente dentro de sus fronteras.

Lo que va a suceder ahora es que se pretende que dicho reconocimiento se extienda no al tráfico de mercancías, bienes y servicios, sino al de resoluciones judiciales; de dicha “libre circulación de decisiones judiciales en materia penal”, como medio de sustituir la relación clásica de cooperación, habla, a modo de ejemplo, el Considerando 5º de la Decisión Marco creadora de la orden europea de detención y entrega. Dado que nos encontramos ante la situación de que un principio de liberación económica se convierte en uno de liberación jurídica, pueden producirse dificultades y críticas; en nuestro país estas últimas no son demasiado abundantes, y la doctrina española, en general, parece estar satisfecha con esta novedosa situación.

El primer Consejo en el cual toma protagonismo el principio de reconocimiento mutuo de manera relevante en el ámbito penal es el Consejo Europeo de Cardiff del año 1998 (15 y 16 de junio); de sus conclusiones emana el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión, de fecha 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, es en la Cumbre de Tampere del año 1999 donde se consolida de manera definitiva: en sus conclusiones<sup>13</sup> se sientan los fundamentos y bases del principio de

<sup>12</sup> C. Gómez-Jara Díez, “Orden de detención europea y Constitución Europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo”, *Diario La Ley*, nº 6069, 26 de julio de 2004, p. 2, indica que este origen resulta “un lugar común”.

<sup>13</sup> Conclusión 33: Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales: por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las Sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales. Conclusión

reconocimiento mutuo en el ámbito penal. Para cumplir las previsiones de este Consejo el 15 de enero de 2001 ve la luz el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal. De acuerdo al mismo, el citado principio se aplicará tanto a aquellas resoluciones judiciales firmes que deciden sobre el fondo, como a todas aquellas resoluciones que puedan producirse a lo largo del proceso que ordenen la aprehensión de pruebas y productos del delito, así como la detención y puesta a disposición del presunto delincuente. También se prevé para medidas de control no privativas de libertad garantizando la cooperación en el supuesto de que una persona esté sometida a obligaciones o medidas de vigilancia en el marco de un control judicial antes de que se juzgue al interesado. Con fundamento en esta última referencia vemos que, *de facto*, el citado principio se extiende a la protección de las víctimas cumpliendo, además, recomendaciones que analizaremos más adelante.

Desde Tampere el crecimiento de la implantación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito penal ha sido realmente espectacular<sup>14</sup>. Se aboga porque este crecimiento se una al aumento de los esfuerzos para armonizar las diversas legislaciones europeas en materia penal y procesal penal, con la finalidad de que el reconocimiento mutuo no vulnere los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos<sup>15</sup>. A esta tarea, que parece ser el futuro de esta materia en la Unión, se dirigen el Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea y el Libro Verde sobre las garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea

---

35: En materia penal, el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por Sentencia firme que eluden a la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el art. 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a que formule propuestas en ese sentido, a la luz del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen. Conclusión 36: El principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los Tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos.

Fuente: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

<sup>14</sup> C. Gómez-Jara Díez, "Orden..." *cit.*, p. 5, citando a Schünemann, habla de que es un "turbo-principio".

<sup>15</sup> Indica C. Gómez-Jara Díez, "Orden..." *cit.*, p. 4, que "Sólo de esta manera puede superarse el primer ámbito de críticas referidas al favorecimiento del máximo punitivismo unido al menor garantismo".

así como la Directiva de la orden europea de protección que estamos analizando.

El principio de reconocimiento mutuo posee el siguiente significado: una vez que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución -que contiene una determinada decisión- en el ejercicio de sus competencias, de acuerdo a su propia legislación, si la misma tiene implicaciones internacionales en el seno de la UE deberá ser aceptada de manera automática por todos los Estados miembros, debiendo producir, además, en los Estados de la UE los mismos efectos o muy similares a los que produciría en su Estado de origen .

Dicho principio tiene su fundamento en dos elementos

1. La idea de equivalencia: a pesar de que la resolución no sea exactamente igual que la que podría producirse en el Estado de ejecución, o que en ella no se trate la materia que recoge de manera igual o similar, el Estado que recibe la resolución judicial entenderá que los resultados de la decisión del Estado emisor son equivalentes a los de la decisión que podrían haber adoptado sus propios órganos jurisdiccionales.

2. La idea de la confianza: cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados. Esto se basa en que los diversos Estados miembros de la UE tienen un mismo fundamento común en sus legislaciones nacionales basado en los principios del Estado de Derecho y de la democracia; todos ellos han ratificado el CEDH del año 1950 y se ven vinculados en toda la materia relacionada con los derechos, libertades y garantías fundamentales procesales por la Jurisprudencia del TEDH.

Lo ideal sería que el reconocimiento fuese puro y automático. En nuestro caso esto significaría que el órgano jurisdiccional del Estado de ejecución únicamente debería comprobar la existencia de una orden de protección a favor de una persona en riesgo, que aún esté vigente en la fecha de ejecución, y que la autoridad emisora es la competente para dictarla. Con lo cual la actuación que llevaría a cabo el órgano del Estado de ejecución sería muy similar a la que realizaría el órgano del Estado de emisión.

Esto, sin embargo, resulta un deseo, y la mayoría de las veces es imposible en la práctica; la propia Comisión alude a dificultades de la lengua y del control del cumplimiento de los requisitos para que la resolución concreta pueda considerarse como judicial. A las razones esgrimidas por la Comisión hay que añadir las diversidades de legislación, de procesos, de procedimientos, de autoridades judiciales y su número, los criterios distintos de jurisdicción y competencia, e incluso el diverso nivel de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales en el proceso penal, todo ello entre unos Estados miembros y otros; lo expuesto dificultará el reconocimiento automático que hemos descrito en el párrafo anterior. Por ello, la Directiva tiene en cuenta las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros y por consiguiente no establece la

obligación de modificar los ordenamientos jurídicos nacionales para adoptar medidas de protección, ni de establecer o modificar su normativa penal para ejecutar una orden europea de protección.

En definitiva, cuanto menor sea el número de extremos que deba controlar y verificar la autoridad judicial de ejecución, más intensa resultará la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, lo que generará una agilidad tremenda en la cooperación judicial en materia penal y en la asistencia entre autoridades judiciales; desembocando en la disminución de los plazos y en la evitación de las dilaciones y retrasos.

Por ello, y en un claro reflejo de lo que acabamos de exponer, con la finalidad de impedir que se cometa un delito contra la víctima en el Estado de ejecución de la orden, que será el Estado donde se encuentra o reside en la actualidad la persona protegida, el mismo debe disponer de instrumentos legales para el reconocimiento de la resolución adoptada anteriormente en el Estado de emisión a favor de la misma, evitando, como no podía ser de otro modo en el nuevo marco jurídico que estamos analizando, que tenga que incoar nuevos procedimientos o volver a presentar los indicios en el Estado de ejecución. Si se obrase de esta manera sería como si el Estado de emisión no hubiese adoptado la resolución, cuestión inadmisibles en el seno de la UE.

El reconocimiento de la orden europea de protección por el Estado de ejecución supone, entre otras cosas, que la autoridad competente de dicho Estado, a reserva de las posibles y tasadas limitaciones previstas en la Directiva, acepta la existencia y la validez de la medida de protección adoptada en el Estado de emisión, reconoce los hechos expuestos en la misma y acuerda que debe facilitarse y mantenerse esa protección de acuerdo con su Derecho nacional. Es evidente que los Estados miembros deben mantener la capacidad de decidir el régimen que van a seguir para dictar o ejecutar medidas de protección.

Además como consecuencia de lo anterior los Estados miembros deben promover, en la medida de lo posible, el contacto directo entre las autoridades competentes en todo lo relativo a la orden europea de protección.

2.- Programa de Estocolmo de 11-XII-2009: Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano<sup>16</sup>:

<sup>16</sup> Hasta el nacimiento de esta nueva institución, al margen de las normas contenidas en la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, solamente existen buenas intenciones y meras cuestiones programáticas en la materia que nos ocupa. Para fundamentar nuestra postura pueden verse las SSTEDH, de 30 de noviembre de 2010 (caso *Hajduová v. Eslovaquia*), referida a un supuesto de violencia de género habitual, en el que las medidas adoptadas por las autoridades del Estado demandado se mostraron absolutamente ineficaces e insuficientes para dar la debida protección tanto a la víctima como a sus familiares; y de 20 de marzo

- Ampliación del reconocimiento mutuo a todos los tipos de sentencias y decisiones de carácter judicial, ya sean penales o administrativas.

- Necesidad de ofrecer a las víctimas del delito las medidas especiales de protección que deben ser efectivas en toda la Unión Europea. Los grupos vulnerables en situaciones particularmente expuestas, como las mujeres que son víctimas de la violencia o de la mutilación genital, necesitan también mayor protección, incluida la protección jurídica. Se les proporcionará una ayuda financiera apropiada a través de los programas de financiación disponibles.

- Necesidad de una actuación conjunta de todos los Estados para garantizar que la protección ofrecida a una persona en un Estado se mantenga y continúe en cualquier otro Estado al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado. Se puede ofrecer a las víctimas del delito o a los testigos que estén en peligro medidas especiales de protección que deberían ser efectivas en toda la Unión.

- El Consejo Europeo insta a la Comisión y a los Estados miembros a examinar los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas, entre otras las de violencia de género, y de mejorar la aplicación de los instrumentos existentes.

3.- Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer:

La citada Resolución delimita que la violencia de los hombres contra las mujeres no es sólo un problema de salud pública sino también un aspecto de la desigualdad entre mujeres y hombres, ámbito éste en el que la UE dispone de mandato para actuar, la igualdad entre mujeres y hombres es un principio fundamental de la UE, reconocido en el Tratado CE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Además la violencia de género representa una violación de los derechos humanos, en particular: el derecho a la vida, a la seguridad, a la dignidad y a la integridad física y mental, así como el derecho a la opción y a la salud sexual y reproductiva.

Por todo ello se reclama el establecimiento de mecanismos para facilitar el acceso de las mujeres víctimas de la violencia de género a una asistencia jurídica gratuita que les permita hacer valer sus derechos en toda la Unión; además resulta imprescindible mejorar la cooperación entre los profesionales de la justicia y el intercambio de buenas prácticas en la lucha contra las discriminaciones y la violencia de género, y movilizar los medios para suprimir los obstáculos al reconocimiento de los actos jurídicos en otros Estados miembros, incluidas las órdenes de alejamiento

---

de 2012 (caso *C. A. S. y C. S. v. Rumanía*), relacionada con la falta de eficacia de la debida protección a un menor que había sido sometido a abusos sexuales continuados por parte de un tercero.

dictadas contra los maltratadores.

En este contexto se insiste en que la Comisión y los Estados miembros emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y que garanticen el acceso efectivo de las mujeres víctimas de violencia a la asistencia y protección jurídicas.

4.- Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales.

Debe crearse un mecanismo encaminado a asegurar el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las decisiones relacionadas con las medidas de protección, tanto civiles como penales. Veremos que la orden europea de protección sólo prevé las segundas, por lo tanto resultaría útil la creación de una Directiva similar que arbitrara el reconocimiento y ejecución de las primeras en cualquier Estado miembro, con independencia del de emisión.

### III. LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. PERSPECTIVA CRÍTICA

La Directiva establece normas que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, dicte una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro, a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión.

De manera previa es necesario acotar que la Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida, su integridad física, psicológica o sexual, su dignidad o libertad personal; además, su finalidad busca evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Es evidente que estos derechos de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros.

Hay que poner de manifiesto por ser una cuestión especialmente relevante que la Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas

a amparar a cualquier víctima y no sólo a las víctimas de la violencia de género. Por tanto, su ámbito de aplicación excede la materia que nos ocupa que es la salvaguardia de las mujeres víctimas de violencia de género, tal y como hemos referido en párrafos anteriores, y a pesar de que nuestra orden de protección se aplique para víctimas de violencia familiar, doméstica y de género. Por lo expuesto, con este novedoso instrumento europeo no sólo será factible proteger a mujeres, que son por esencia las víctimas de este tipo de violencia, sino que la tutela se extenderá a hombres, niños, etc.

La pretensión de la orden europea de protección es, por tanto, mucho más amplia que la de nuestra orden, tiene vocación de generalidad, y se aplicará a las diversas víctimas valorando en cada caso concreto las características propias de cada tipo delictivo.

Incluso, la institución europea da un paso más, peligroso en mi opinión, y cuanto menos discutible por la inseguridad jurídica que genera el mismo; me refiero a que habla de la tutela de posibles víctimas de delitos, en este supuesto sería necesario efectuar una valoración de probabilidad o pro futuro que detecte personas candidatas a ser víctimas de un hecho delictivo que tratará de evitarse a través de las medidas de protección. Este puede resultar un ejercicio difícil, pues considero que los cálculos de probabilidad tienen sus riesgos, y teniendo en cuenta que las medidas que tutelan a las potenciales víctimas se dictan en contra de un sujeto, deben existir datos fehacientes acerca de la imputación del mismo y del peligro real para la persona protegida.

Es decir, debe existir una situación objetivable de riesgo, debe traducirse ésta en la potencial y probable comisión o reiteración de un presunto hecho delictivo o bien en el ataque contra otros bienes jurídicos diferentes de titularidad de la potencial víctima; pues, de lo contrario, se estarían lesionando derechos fundamentales del imputado con fundamento en meras sospechas o conjeturas, esto es, sin duda, inadmisibles.

Además de lo expuesto, puede extenderse la orden europea de protección a familiares de las víctimas siempre y cuando hayan sido protegidos en el Estado emisor. Por ejemplo, nuestra orden de protección permite este supuesto en el marco de la violencia familiar, doméstica y de género.

Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, esta novedosa institución no se aplica a testigos -aunque debemos tener en cuenta que la víctima es al fin y al cabo un testigo, aunque sea cualificado y, por tanto ostenta esta doble condición-; además decae la obligación para el Estado miembro de ejecución de dictar una orden de protección europea si el fundamento busca la consecución de finalidades adicionales más allá de proteger a una persona, como por ejemplo, la reinserción social del condenado.



La Directiva tiene como objetivo la protección de las personas en situación de peligro con independencia del Estado miembro en el que se encuentren, por lo que completa, pero no afecta, a los instrumentos ya existentes en este ámbito, tales como la Decisión Marco 2008/947/JAI 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, y la Decisión marco 2009/829/JAI relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. Si en el Estado de emisión se hubiera dictado una resolución sobre la base de alguno de los instrumentos mencionados, el Estado de ejecución debe aplicar el procedimiento de reconocimiento correspondiente, sin que ello excluya, sin embargo, la posibilidad de que se transmita la orden europea de protección a un Estado miembro distinto del Estado que deba ejecutar las resoluciones basadas en dichos instrumentos.

Además, hemos de recordar que la Directiva se aplica únicamente a las medidas de protección adoptadas en asuntos penales, y no cubre por tanto las medidas del mismo tipo adoptadas en materia civil<sup>17</sup>, con lo cual, y por lo expuesto, una mujer española protegida como víctima de violencia de género que se traslade a otro Estado miembro se encontrará, en su caso, con el reconocimiento parcial de la tutela reconocida por el órgano jurisdiccional español, y no habrá reconocimiento ni de medidas de carácter civil, ni, por supuesto, de las asistenciales.

Entiendo que lo primero puede generar riesgos y situaciones indeseables para la mujer. Es necesario reiterar la ya citada recomendación de la Resolución del Consejo de 10 de junio de 2011 sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas, en particular en los procesos penales, que recomienda la adopción de una institución similar a la que estamos analizando para las medidas de carácter civil.

Por lo expuesto, se quiebra de este modo en la normativa europea la idea de tutela integral que potencia nuestra orden de protección. En mi opinión es un verdadero y auténtico acierto la inclusión en la orden española de la posibilidad de adopción de medidas provisionales civiles. Es fundamental la coordinación entre los dos ámbitos, para las hipótesis

---

<sup>17</sup> La Directiva impide cualquier intento de incidir, a través de una orden europea de protección, sobre aspectos referentes a la responsabilidad parental y medidas de protección respecto de hijos, en cuanto pudiera interferir en materias sometidas a los Reglamentos 44/2001/CE o 2201/2003/CE; ni tampoco respecto del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, o del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

en las cuales, de una misma situación fáctica de presunto maltrato de género, surgen por un lado unas diligencias penales para la depuración de responsabilidades, con la presentación de la correspondiente denuncia, y por otro una decisión de entablar ante el orden jurisdiccional civil un pleito de separación con una demanda en este sentido.

En la orden española se soluciona el grave problema que existía anteriormente, y que consistía en que ambas tutelas tenían un devenir procesal diferenciado que, en determinadas ocasiones, transcurría de manera desconectada o incluso opuesta, lo que dificultaba enormemente el encontrar respuestas eficaces a las demandas de las víctimas de violencia de género.

Es necesario acotar que la orden europea de protección será una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente<sup>18</sup> de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio Derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida.

Es, por tanto, importante el concepto de medida de protección a efectos de la orden europea de protección, puesto que se considera como tal únicamente, tal y como hemos visto, una resolución en materia penal, adoptada en el Estado de emisión con arreglo a su legislación y procedimientos nacionales, por la cual se impone a una persona causante de peligro una o más de las prohibiciones o restricciones previstas en el art. 5, a fin de proteger a la persona protegida de actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual; es decir, no se contempla cualquier tipo de prohibición o limitación sino únicamente las recogidas en la Directiva, concretamente:

a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta;

b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o

c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

De hecho si no se cumplen estos parámetros se prevé la posibilidad de utilizarlo como motivo del no reconocimiento de una orden europea de protección. La Directiva contiene una lista exhaustiva y tasada de prohibiciones y restricciones que, una vez impuestas en el Estado de emisión e incluidas en la orden europea de protección, deben reconocerse

<sup>18</sup> Civil o administrativa.

y ejecutarse en el Estado de ejecución, a reserva de las limitaciones previstas.

Sin embargo, y como plantea la propia Directiva, en cada Estado miembro pueden existir también otras medidas de protección adicionales. Se me ocurre, por ejemplo, la obligación de permanecer en un lugar determinado en períodos también determinados, o bien la obligación que impone limitaciones a la salida del territorio del Estado de emisión si la legislación nacional así lo prevé.

Evidentemente tales medidas pueden imponerse en el Estado de emisión en el marco del procedimiento de adopción de una de las medidas de protección que, de acuerdo con la Directiva, puede ser la base de una orden europea de protección, pero en ningún caso, tal y como hemos delimitado con anterioridad, serán objeto de reconocimiento y ejecución en el Estado donde permanezca, se encuentre o resida la víctima.

Es decir, si las medidas nacionales de protección exceden de las expuestas esto, en principio, no significa que no pueda dictarse una orden de protección europea, sino que las citadas prevenciones no serán en ningún caso objeto de la misma. Considero que no podrá, sin embargo, dictarse una orden europea de protección si las únicas medidas contenidas en la orden nacional son diferentes a las que menciona el citado art. 5. Así se delimita taxativamente en el texto del mismo al indicar: *“Solo se podrá dictar una orden europea de protección cuando previamente se haya adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las siguientes prohibiciones o restricciones...”*.

Esta situación me parece reprobable, pues no debería haberse elaborado una lista tasada y restrictiva de medidas protectoras penales fuera de las cuáles no habrá posibilidad, tal y como he expuesto, o bien de dictarse una orden europea de protección, o bien de reconocerlas y ejecutarlas en el seno de la misma. Debería haberse acudido aquí a la tan predicada flexibilidad y diversidad de tradiciones y sistemas jurídicos que se menciona en diversas ocasiones a lo largo de la Directiva. Podría, por lo expuesto, suceder que una víctima en riesgo con una orden de protección nacional a su favor con un contenido que no prevea ninguna de las citadas medidas de tutela del ya referido art. 5, se viera indefensa al trasladarse a otro Estado miembro. Esta idea se opone al espíritu de la directiva y a su vocación de generalidad y exhaustividad en lo referente a la protección no sólo de víctimas sino incluso de posibles víctimas.

Además, es necesario reseñar que para que una medida de protección pueda ejecutarse de conformidad con la Directiva, no es necesario que se haya declarado mediante resolución firme la existencia de un delito penal. Por tanto, se prevé tanto el reconocimiento de la contenida como pena en Sentencia firme como de la que se adopta como medida cautelar en el

seno de un proceso penal en tanto que recae ésta.

Al mismo tiempo, para la Directiva carece de importancia la naturaleza penal, civil o administrativa de la autoridad que adopte la medida de protección; esta cuestión se delimita así, una vez más, para dotar de flexibilidad suficiente a la orden europea como mecanismo de cooperación entre Estados miembros.

He de mostrarme absolutamente contraria a esta cuestión; considero fundamental el hecho de ver quién adopta la medida. No es indiferente para nuestro ordenamiento jurídico que sea una autoridad administrativa lo que excluye a la judicial, entendiéndolo que es posible que la penal y civil sean Jueces de uno de estos órdenes jurisdiccionales, cosa que no queda nada clara pues, ¿una autoridad penal puede ser la policía? O bien, ¿autoridad administrativa sería un Juez del orden jurisdiccional administrativo? Expongo estas dudas porque la Directiva en otro de sus apartados habla de decisión judicial o equivalente... ¿Equivalente a la judicial? Mucho me temo que o es judicial o no lo es... En nuestro ordenamiento jurídico no existen decisiones no judiciales equivalentes a las judiciales...

En nuestro Derecho Procesal Penal la regla general es que, salvo contadas excepciones determinadas por Ley e interpretadas de manera restrictiva, las medidas limitativas de derechos fundamentales serán adoptadas por una autoridad judicial. En el caso que nos ocupa de la orden de protección de las víctimas de violencia de género hemos abordado esta cuestión al inicio de este trabajo.

La decisión en Derecho interno viene atribuida al poder judicial en régimen de monopolio; esto a pesar de que, cuando se estaba discutiendo su puesta en funcionamiento, desde algunas asociaciones de tutela de la mujer se abogaba porque la medida de protección se pudiera adoptar en sede policial. La Asociación de Mujeres Juristas (Themis)<sup>19</sup>, expresó a los Grupos parlamentarios que incluyesen una enmienda nueva a la Ley durante su tramitación en el Senado, en el sentido de que el agente de la Policía Judicial pudiera adoptar de modo inicial, y previo a los órganos jurisdiccionales, medidas de protección para las víctimas de malos tratos.

La petición se fundamentaba en que dicha Asociación considera que el único modo de proteger a las víctimas de modo eficaz es que se actúe de modo inmediato, y consideran que los plazos establecidos para la actuación judicial son demasiado amplios –se establece que la comparecencia para la posible adopción de medidas cautelares se producirá en el plazo máximo de setenta y dos horas-, y que es primordial que la determinación del desalojo de la vivienda del presunto agresor y/o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima debe adoptarse de modo

<sup>19</sup> Vid. *Diario de Noticias La Ley* de 19 de junio de 2003, [www.laley.net](http://www.laley.net)

instantáneo una vez que la mujer se decide a denunciar. Esta asociación considera que el lapso de tiempo es muy largo y debe reducirse al mínimo posible. Terminaban su propuesta indicando que posteriormente la Policía se encargará de comunicar las medidas de protección adoptadas al Juez de guardia de modo inmediato, que será el que en el menor tiempo posible debe confirmar o revocar lo realizado por la Policía, dentro siempre del plazo de setenta y dos horas contado desde la fecha de adopción de la medida por la Policía Judicial.

Personalmente considero que esta situación no podría admitirse, pues es necesario por respeto a los principios y valores fundamentales de nuestro Estado de Derecho que una resolución de estas características no pueda ser adoptada por una autoridad u órgano diferente de los jurisdiccionales con todas las garantías establecidas en la Ley. Esta cuestión es fundamental, así como el respeto que se produce a los derechos fundamentales de todos los implicados -y no sólo a los de la víctima- así como al principio de contradicción. Además, si la Orden de Protección aglutina en un único instrumento jurídico las medidas cautelares y provisionales que se establecen en la ley, precisamente una de las características de esas medidas cautelares y provisionales es la jurisdiccionalidad, es decir que se adoptan por un órgano jurisdiccional. Estos mismos argumentos, y los expuestos con anterioridad, me llevan a rechazar de plano el reconocimiento y ejecución por España de una orden de protección de otro Estado miembro que haya sido dictada por una autoridad no judicial, o que sea una decisión “equivalente” a la judicial sin serlo.

Pues bien, así las cosas, aquello que en España por incidir en los derechos y libertades fundamentales del imputado (al que en la Directiva se le denomina y define como la “persona causante del peligro” o persona física a la que se haya impuesto una o más de las prohibiciones o restricciones contempladas en el ya consabido art. 5, cosa que no acierto a comprender, pues tal vez se le podría haber denominado sospechoso, y no de esta manera tan extravagante), se atribuye en exclusiva a un órgano jurisdiccional, y fuera de esta competencia no hay posibilidad de que otro tipo de autoridades, por ejemplo administrativas, tomen la decisión acerca de una orden de protección, ahora se pretende que sea reconocido por un órgano español, que sin duda será judicial, cuando proviene de una autoridad no judicial de otro Estado miembro; la Directiva indica que la competencia para hacerlo deberá ser decidida por cada Estado miembro.

Entiendo, en coherencia con nuestro sistema procesal penal, que en nuestro país, la competencia para dictar una orden europea de protección de una víctima de violencia de género cuando seamos Estado de emisión será la ya referida para la adopción de una orden de protección de las víctimas de violencia de género.

Cuando seamos el Estado de ejecución la competencia para reconocerla

y ejecutarla, entiendo que debe ser la misma; bien el Juzgado de violencia sobre la mujer, bien el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia. No considero que en este caso deba dejarse, como sucede en el supuesto de la orden europea de detención y entrega, la competencia centralizada en los Juzgados Centrales de Instrucción y en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que nada tienen que ver con la materia de violencia de género; otra cuestión sería, en su caso, regular que sean autoridades judiciales competentes en materia de ejecución cuando la víctima o posible víctima se vincule con los delitos de su competencia, el terrorismo, por ejemplo.

En relación a la competencia territorial y siguiendo con la coherencia del sistema, el órgano jurisdiccional de ejecución entiendo que debería ser el del lugar del domicilio o residencia en España de la víctima o aquel donde decida residir en el momento de producirse la solicitud. Aquí es evidente que no puede acudir al lugar de comisión del hecho delictivo, porque no existirá a menos que haya reincidencia en nuestro país o incumplimiento de una de las medidas que pudiera, en su caso, originar responsabilidades penales.

Cuando la orden de protección de otro Estado miembro proviene de una autoridad que no pertenece al poder judicial porque así se permite en su legislación, ¿alguien se imagina a un juez español reconociendo y ejecutando la decisión de un policía alemán o de una autoridad administrativa sueca? Sinceramente me resulta impensable, no sólo porque lesiona nuestro sistema constitucional de derechos y libertades fundamentales, sino porque si ya es difícil que se produzca el reconocimiento mutuo y la idea de equivalencia entre resoluciones judiciales aún lo es más que sea con resoluciones no jurisdiccionales. En mi opinión es un loable deseo pero inalcanzable, pues es muy difícil que un órgano judicial reconozca y ejecute de manera automática, con fundamento en la equivalencia y confianza mutua, la decisión de una autoridad no judicial de otro Estado miembro.

Las autoridades judiciales en ocasiones no confían y tienen reticencias acerca de otras autoridades judiciales de otro Estado miembro. Y esto, sin duda, será aún más acusado y probable si la otra autoridad es administrativa o *pseudojudicial*. En todo caso una resolución judicial y una no judicial serán difícilmente equivalentes por provenir de órganos diferenciados.

Además en este caso estaríamos dando un paso adicional en el principio de reconocimiento mutuo que se prevé sólo para decisiones judiciales, no para decisiones equivalentes. Si aún no hemos llegado a la plena vigencia de este pilar de la UE, ¿cómo pretendemos ahora extenderlo a decisiones de otro tipo? Todo lo expuesto en este punto debería ser tenido en cuenta cuando la Directiva sea incorporada a nuestro Derecho interno. Existe el mandato de que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para

dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 11 de enero de 2015.

Una vez más, y con fundamento en la flexibilidad, la autoridad competente del Estado de ejecución no está obligada a aplicar en todos los casos la misma medida de protección que la adoptada en el Estado de emisión, sino que tiene un margen de apreciación para adoptar cualquier medida que estime oportuna y adecuada, con arreglo a las disposiciones de su Derecho nacional para un asunto similar, con el fin de garantizar la protección ininterrumpida de la persona protegida, teniendo en cuenta la medida de protección adoptada en el Estado de emisión descrita en la orden europea de protección. Aún más, el Estado de ejecución podrá aplicar medidas penales, administrativas o civiles, en función de lo que disponga el Derecho nacional.

La Directiva, como suele suceder en normas de este tipo, no incluye plazos concretos para llevar a cabo la tramitación. Entiendo que ésta es otra polémica cuestión, pues debería haberse recogido e incluso sancionado su incumplimiento injustificado, ya que en la materia que nos ocupa es fundamental la agilidad e inmediatez en la tutela de las víctimas. La norma se limita a determinar que las solicitudes de expedición de una orden europea de protección deben tratarse con la diligencia apropiada, sin demora indebida, conceptos jurídicos indeterminados donde los haya; aunque tal vez pueda clarificarlo la referencia a que *se reconocerá con la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar*, y para ello hay que tener en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución y, en la medida de lo posible, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida.

Otra cuestión a reseñar son las referencias a los derechos fundamentales, en particular a los del extrañamente denominado “causante del peligro”. La Directiva recoge la referencia siguiente: *“De conformidad con el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se debe brindar a la persona causante del peligro la posibilidad de ser oída y de impugnar la medida de protección bien durante el procedimiento que conduce a la adopción de la medida de protección o bien antes de que se dicte una orden europea de protección”*.

Posteriormente se delimita que antes de emitir la orden europea de protección, se dará a la persona causante del peligro el derecho a ser oída y a impugnar la medida de protección, en caso de que no hubiera tenido esos derechos en el curso del procedimiento que haya conducido a la adopción de la medida de protección.

Sin duda, la afirmación que acabamos de exponer resulta de lo más

sorprendente, ¿será posible que el órgano competente para la emisión de la orden europea conozca si la persona causante del peligro ha sido o no oída en la adopción de la medida de protección que sirve a ésta de fundamento?, ¿debe indagarlo? ¿Y si no se produce este control y la medida se dictó *inaudita parte*? La consecuencia va a ser la emisión de una resolución europea que va a dilapidar el sistema de derechos y garantías fundamentales... ¿O es que la autoridad que dicta una y otra medida será siempre y en todo caso la misma? La Directiva no lo aclara...

Ahora bien, imaginemos que el órgano emisor de la orden europea indaga y descubre que no ha habido audiencia, ¿qué debe hacer? Darle, a la persona causante del peligro, este trámite, evidentemente, y no sólo esto sino, en su caso, arbitrar una impugnación...

Sigamos imaginando... Sucedido este trámite pensemos que el órgano entiende que no puede mantener la medida de protección por lesión de derechos fundamentales, de los principios de audiencia y contradicción, ¿esto significa que no va a dictar la orden europea de protección? Evidentemente si prospera la impugnación, puesto que ésta es contra la medida de protección, que fundamenta la orden europea de protección, no puede dictarse ésta si la medida de protección decae por lesión de derechos fundamentales.

Al margen de lo expuesto se delimita una referencia genérica -evidentemente, no podía ser de otro modo-, en el sentido siguiente: *“La presente Directiva debe respetar los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de conformidad con el artículo 6 del TUE se insta a los Estados miembros a tener en cuenta los derechos y los principios consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979”*.

Por último, hay que reseñar que la autoridad competente del Estado de ejecución debe informar a la persona causante del peligro, a la autoridad competente del Estado de emisión, y a la persona protegida, de todas las medidas que haya adoptado atendiendo a la orden europea de protección. Al efectuar la notificación a la persona causante del peligro debe tenerse debidamente en cuenta el interés de la persona protegida en que no se revele su domicilio ni otros datos de contacto. Esos datos deben excluirse de la notificación, salvo en caso de que el domicilio u otro dato de contacto, esté incluido en la prohibición o restricción impuestas a la persona causante del peligro en calidad de medidas de ejecución.

Y para finalizar... ¿Quién y cómo se controla el cumplimiento de la orden europea de protección en el Estado de Ejecución? Pensemos en la falta de medios materiales y personales que existe, por ejemplo en nuestro país, para el seguimiento de las órdenes de protección de las víctimas de



violencia familiar, doméstica y de género. Y unamos ahora el control de esta nueva orden, que no sólo es para víctimas de esta naturaleza, sino para cualquier víctima o posible víctima (e incluso para familiares, tal y como hemos delimitado), incrementemos esto con el factor libre circulación y falta de control en las fronteras de *las personas causantes del peligro* y añadamos el potencial, por ejemplo, turístico de nuestro Estado en los meses de verano, en determinadas zonas así como el retraso, el colapso y la carga de trabajo de los Jueces de Instrucción en servicio de guardia y de los de Violencia sobre la mujer... Esto nos da la ecuación perfecta de ineficacia en el control de las citadas órdenes con el consiguiente riesgo para las víctimas. De nada sirve la protección sin que exista una buena y eficaz vigilancia, control y seguimiento de las órdenes, de otro modo se convierten, tristemente, en papel mojado que en realidad sólo protege a aquella autoridad que la dictó o la reconoció y ejecutó. Esta es la dura y cruda realidad.

## IV. CONCLUSIONES

Es evidente que el instrumento analizado tiene su fundamento último en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en la Unión Europea, lo que desemboca en la potenciación del principio de confianza mutua entre los diversos Estados.

Estos desean llevar a la práctica el hecho de que cualquier Estado miembro debe proteger la paz social de otro contribuyendo a la depuración de las posibles responsabilidades penales, sin olvidar que los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados poseen unos principios generales comunes comprometidos con la protección de los derechos y libertades fundamentales y su garantía; en este caso los de la víctima de violencia de género.

Es fundamental en mi opinión conseguir la tutela y protección de las víctimas de violencia de género en todo el territorio de la UE con independencia del lugar al que viajen.

Sin embargo he de finalizar indicando que esta institución se encuentra deficientemente regulada en la Directiva que hemos analizado por todos los argumentos expuestos con anterioridad. No tengo palabras para calificar la inadecuación de la regulación que, sin duda, debería clarificarse. Soy partidaria de la institución, sin duda, si bien no en los términos que recoge esta norma. Entre otros, veo problemas con las decisiones equivalentes a las judiciales que no lo son, con las que dictan autoridades administrativas, con los derechos del causante del peligro (¿por qué no denominarlo sospechoso?), con el control de las órdenes, etc.

Además, las ya aludidas ideas de reconocimiento mutuo, confianza recíproca y equivalencia que se encuentran detrás de su regulación me llevan a plantearme si no sería más respetuoso con todo ello y con el verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia, no que el Estado de ejecución pueda adoptar las medidas que tomaría conforme a su Derecho nacional en un caso análogo para garantizar protección de la víctima, posible víctima o familiares, según el caso, sino que simplemente la decisión de cada autoridad judicial de cada Estado miembro -y sólo judicial, no de otro tipo, ni siquiera aquella que se englobaría, y que desconozco, en el término “equivalente” de la Directiva- se reconociera en su conjunto como propia, disminuyendo los controles. Esto sí es confianza, equivalencia y reconocimiento mutuo.

Así se entendería verdaderamente equivalente a una interna, y simplemente se garantizarían las medidas de control para tutelar el cumplimiento de la misma, a pesar de las dificultades expuestas con anterioridad en este punto, y por tanto la seguridad de la víctima, que entiendo debe ser una prioridad.

Por último deseo hacer una pequeña reflexión, ¿no se discrimina a la víctima española al trasladarse a otro Estado miembro, dada la amplia protección que goza en España, que apenas tiene comparación en otro Estado, al protegerla menos o de manera distinta?, ¿podemos penalizar a la víctima de género que se traslada a Francia o a Portugal donde no existen medidas específicas de protección?, ¿qué pasa si en un Estado miembro no hay concretas medidas de protección de las víctimas de violencia de género tal y como hemos indicado al inicio de esta comunicación?, ¿cómo y en qué términos va a reconocerse la orden europea de protección?

Lo ideal en mi opinión sería, por tanto, que el reconocimiento fuese puro y automático, el órgano jurisdiccional, no de otro tipo, del Estado de ejecución únicamente debería comprobar la existencia de una orden en este sentido que aún está vigente en la fecha de ejecución y que la autoridad emisora es la competente para dictarla. Con lo cual la actuación que llevaría a cabo el órgano del Estado de ejecución sería muy similar a como lo haría el órgano del Estado de emisión.

Esto sin embargo, resulta un deseo y la mayoría de las veces es imposible en la práctica. Ya hemos visto que la propia Comisión alude a dificultades de lengua, y del control del cumplimiento de los requisitos para que la resolución concreta pueda considerarse como judicial. A las razones esgrimidas por la Comisión hay que añadir las diversidades de legislación, de procesos, de procedimientos, de autoridades judiciales y su número, los criterios distintos de jurisdicción y competencia e incluso el diverso nivel de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales en el proceso penal, todo ello entre unos Estados miembros y otros; lo expuesto, dificultará el reconocimiento automático que hemos

descrito en el párrafo anterior.

Otra opción que se me ocurre es crear una verdadera orden europea de protección para víctimas de violencia de género de la UE para víctimas que tengan pensado trasladarse. Recogería un contenido común y las mismas medidas de protección para el conjunto de los Estados miembros, pero... esta idea, quizás, será objeto de otra investigación.

## TITLE

THE EUROPEAN PROTECTION ORDER. A SPECIAL REFERENCE TO VICTIMS OF GENDER VIOLENCE

## SUMMARY

I. DO PROTECTION ORDERS FOR VICTIMS OF GENDER VIOLENCE EXIST FOR THE WHOLE EU?.- II. BASIS OF THE EUROPEAN PROTECTION ORDER.- III. THE EUROPEAN PROTECTION ORDER: CRITICAL PERSPECTIVE.- IV. CONCLUSIONS.

## KEY WORDS

European protection order; Victim; Mutual recognition; Criminal measure; Gender violence.

## ABSTRACT

The aim of this work is to assess, from a critical point of view, the European Union DIRECTIVE 2011/99/UE FROM THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE EUROPEAN COUNCIL from 13<sup>th</sup> December 2011 about the European protection order, which lying on the principles of mutual recognition, trust and equivalence expects to recognize and execute in a member state the criminal protection given in another member state to a victim, potential victim or his/her relatives, if they were protected in the member state which made the order that in the current moment is recognized by the petitioner state as European protection order. The perspective will be focused in the guardianship of victims of gender violence.

Fecha de recepción: 11/06/2012

Fecha de aceptación: 18/07/2012

