

José María Bernabéu Vergara

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~La orden europea de protección, análisis de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2011/99/UE y su eficacia en el ámbito de la violencia de género~

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Tiene como objeto el presente trabajo poner de manifiesto el marco jurídico básico en el que tuvo lugar el nacimiento y desarrollo en el ámbito comunitario la denominada Orden Europea de Protección (en adelante OEP), la forma en que dicho instrumento, a efectos protección con medidas de naturaleza penal, ha encontrado acomodo en el ordenamiento jurídico español y, por último, la realización de un análisis de su sentido práctico para el cumplimiento de los finalidad tuitiva que se le asigna. Se pretende incidir de modo especial en los supuestos en que la utilización de la OEP ha venido dada por la previa comisión de un delito de violencia de género o doméstica, con las particularidades que ello conlleva, especialmente en lo relativo a la esfera de protección, ante el riesgo de reiteración delictiva, que debe dispensarse en favor de la víctima y su círculo familiar.

Se ha de puntualizar con carácter previo que en el presente trabajo, distinguiéndose en la normativa aplicable entre el caso de emisión y el supuesto de ejecución de la OEP, centraremos la atención en lo relativo al primer supuesto, ello es el caso en que el órgano jurisdiccional español acuerda la orden de protección a solicitud de la víctima de delito que modifica su lugar de emplazamiento y pasa residir en Estado extranjero pero miembro de la UE.

II. MARCO NORMATIVO

Como punto de partida, la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección, fue presentada para su aprobación por un conjunto de doce Estados miembros, incluido España, de acuerdo al procedimiento legislativo ordinario y gracias a la alianza entre el Parlamento Europeo y la mayoría del Consejo, superando numerosos obstáculos en su tramitación, tanto técnicos como institucionales (entre otros, por la oposición de la

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

Comisión Europea, centrándose el parecer de ésta en que dados los antecedentes de orden de protección que existían en diversos Estados miembros, en unos de naturaleza penal y en otros de naturaleza civil, la armonización que pudiera derivar de la adopción de una directiva, aunque no era imposible, aparecía como sumamente compleja)¹.

La estructura formal de la Directiva viene dada por una parte preliminar con 42 considerandos, muy útiles a nivel interpretativo, 25 artículos y 2 anexos, con modelos de formulario de orden europea de protección y de notificación de incumplimiento de ella medida de protección acordada, respectivamente.

Es finalidad esencial de la OEP. el asegurar que las medidas de protección adoptadas en un Estado miembro para proteger a una víctima de una infracción penal se mantengan y continúen cuando ésta se traslada a otro Estado miembro, recordando, pues, ab initio, que ese marco de protección se dispensa con carácter general, confirma su considerando 9, para “proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Estos derechos personales de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros”.

Desde otra perspectiva, se excluye de su aplicación, de modo expreso, la protección de personas que no tengan la consideración de víctima de delito como tal, sino que sean testigos en el proceso (considerando 11).

Tiene como fuente de inspiración la OEP, y así se refiere en su parte preliminar (considerando 4), la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en la cual se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de

¹ OLIVERAS, N. La Orden Europea de Protección: Su aplicación a las víctimas de violencia de género. Ed Tecnos, Madrid, 2015, pp. 35-36.

**Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2019.**

2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea 2009, se refrendó la propuesta de establecer una orden de protección europea de las víctimas.

Configurada, pues, la OEP como un mecanismo de protección para toda víctima de delito, cobra especial trascendencia su contenido en lo relativo a la protección a las víctimas mujeres, de modo general, y en particular a las que sufren la comisión de ilícitos de violencia de género o doméstica, como será objeto de análisis en el presente. En el contenido de la Directiva indicada únicamente se prevén medidas de naturaleza penal, y ello en consonancia con lo que dispone el considerando 10 que de modo rotundo y sin margen de duda determina que la OEP no contiene medidas de protección de naturaleza civil.

En el ámbito civil es plenamente aplicable, en el espacio de la UE., el Reglamento nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. En dicho instrumento normativo, cuyo interesante estudio excede de los límites en el presente marcados, afirma de modo literal en su considerando 9 que “El ámbito de aplicación del presente Reglamento queda incluido dentro del ámbito de la cooperación judicial en materia civil en el sentido del artículo 81 del TFUE. El presente Reglamento se aplica solamente a las medidas de protección dictadas en materia civil. Las medidas de protección adoptadas en materia penal están contempladas en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección”.

De tal modo, de acuerdo al art. 5 de la Directiva, las medidas penales de protección que pueden adoptarse en el ámbito de la OEP ámbito son:

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.

Es apreciable, como resultado de la armonización normativa la gran similitud

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

existente entre las medidas indicadas y las que en el ámbito español son adoptadas en el caso de adopción de orden de protección prevista en el art. 544 ter LECrim.. Este último precepto fue introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y se constituye como un elemento sobre el que gira la protección cautelar que se dispensa en favor de la víctima de un delito relacionado con la violencia doméstica, haciéndose expresa previsión en el precepto del trámite procedimental para la adopción de medidas cautelares penales, y en tal caso también civiles, instaurando así, como refiere su norma de creación, un “estatuto integral de protección” para la víctima.

A fin de culminar el proceso de armonización normativa comunitaria que la Directiva 2011/99/UE perseguía, la misma fue objeto de transposición al ordenamiento jurídico español a través de la **Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea**, cuyo Título VI (arts. 130-142) regula de modo expreso la OEP. Recoge la norma estatal, en su art. 130.2, las medidas penales de protección antes citadas en el art. 5 de la directiva, y a efectos de competencia (art. 131) dispone en su contenido que la orden será emitida o transmitida por los Jueces de Instrucción o de Violencia sobre la mujer de donde la víctima resida o donde tenga la intención de hacerlo que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección.

Se prevé como requisito indispensable en el art. 133 de la ley para que el Juez o Tribunal español competente adopte la OEP, amén de valorar el periodo temporal de vigencia de la medida en atención al periodo de tiempo que la persona protegida se disponga a pasar en el país de ejecución así como necesidades de protección, “que se haya dictado una resolución judicial penal adoptando la medida de protección, tanto si se trata de medidas cautelares impuestas como de penas privativas de derechos que, por su contenido análogo, persigan idéntica finalidad de protección de la víctima”, eliminándose así los problemas o cuestiones derivadas de la competencia entre órganos judiciales, pues siempre será competente para la emisión de una OEP el juzgado que esté conociendo del proceso en el que se han establecido medidas de protección a nivel nacional interno.

Dicha previsión legal, sin perjuicio de su trascendencia práctica que a posteriormente se tratará, impedirá el nacimiento ex novo de una medida de protección a ejecutar en el país extranjero que no tenga la cobertura de una previa orden de protección en España

entre las mismas personas implicadas, y, a su vez, por lógica procedimental conllevará la cancelación de la OEP ya adoptada a ejecutar en el territorio comunitario cuando la vigente en territorio español ya no se entiende necesaria para el cumplimiento de sus fines legales, entre otros casos, por la apreciación de inexistencia de riesgo objetivo para la víctima.

III. NECESIDAD Y UTILIDAD DE LA OEP. SITUACIÓN OBJETIVA DE RIESGO PARA LA VÍCTIMA.

La extensión de las medidas de protección a las víctimas de delito se torna imprescindible en un mundo globalizado como el que nos encontramos, donde las posibilidades de desplazamiento han crecido considerablemente en los últimos tiempos y donde, en sintonía con lo anterior, la comisión delictiva puede sobrepasar las fronteras de los Estados y consumarse en las diversas localizaciones que pueda ocupar la víctima en un periodo de tiempo determinado, y sin que el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la UE. deba conllevar inseguridad o aumento de riesgo para la víctima de un delito. No es admisible en modo alguno el sacrificio de la protección de las víctimas de delito con motivo en las posibles divergencias y contradicciones normativas, a causa de las particularidades nacionales, que existan entre los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros UE.

Así, ante la necesidad de mantener dicha esfera de protección fuera de territorio del Estado propio, la OEP se conforma como un instrumento verdaderamente útil a tal fin, pues con su adopción el Juez nacional del Estado miembro, y observándose los requisitos legales previstos en la normativa, dispondrá de un mecanismo para que la medida de protección hacia la víctima, trasladada a otro Estado miembro, se proyecte en el nuevo lugar de residencia elegido; manteniendo el órgano judicial de origen, debidamente informado sobre posibles incidencias, el control sobre la medida, su mantenimiento, cesación, modificación y demás circunstancias.

La utilidad de la OEP se manifiesta del mismo modo en que se dispensa a la víctima del delito de verse en la obligación de presentar denuncia con solicitud de protección en el nuevo Estado de residencia, basta recapacitar sobre el caso de violencia de género cuando el agresor se desplaza de modo continuo hacia los diferentes lugares o países donde se pudiere refugiar la acosada. Tal situación, la obligación continuada de presentación de denuncia, agravaría la situación de la víctima y constituiría un supuesto de victimización secundaria que con la OEP se erradicaría. En tal sentido, tradicionalmente se ha

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

considerado que las gestiones procesales que las víctimas tienen que realizar en las dependencias policiales y ante los órganos jurisdiccionales se caracterizan, a pesar de los esfuerzos legislativos para evitarlo, por la desatención institucional respecto de las necesidades básicas que aparecen junto al delito: acogida emocional, escucha, apoyo para la superación del hecho delictivo sufrido, información, etc.².

Aun cuando en los artículos referidos de la Ley 23/2014 no existe previsión expresa de la necesaria concurrencia para la adopción de OEP de una situación objetiva de riesgo para la víctima, debemos entender que dicho requisito está en todo caso presente e impregna el espíritu de la normativa aplicable. Así, dicha situación de riesgo aparecería confirmada en la finalidad de la OEP, que no es otra, como refiere el considerando 9 de la Directiva 2011/99 que “proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual”.

Entiendo que serían, por tanto, aplicables las consideraciones que respecto al art. 544 ter.1 LECrim. se refieren, ello es amén de la concurrencia de indicios delictivos por ilícito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad , que conste en el caso una situación objetiva de riesgo para la víctima.

Ello nos conduce a una problemática tarea interpretativa en determinados supuestos. Ante la falta de concreción legislativa, no siendo determinada en la normativa qué ha de entenderse como situación objetiva de riesgo, se ha de anticipar la dificultad que dicha interpretación comporta y, en ocasiones, la disparidad de criterios que los operadores jurídicos utilizan en orden a acordar la orden de protección sobre tal premisa.

Desde un punto de vista jurisprudencial, dicho elemento es integrado por la constatación objetiva de posibilidad de advenimiento de una acción lesiva para la integridad física o psíquica de la víctima, como indicó el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sec. 26ª, nº 1119/2009.

Debe huirse, en cualquier caso, de los automatismos interpretativos en la materia, no debiendo caer el instructor del procedimiento en el exceso consistente en la adopción de la medida de protección en aras a prevenir males futuros imprevisibles y que pudieren derivar

² GONZÁLEZ CANO, M., La mediación penal en España, en: La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia, 2009, p. 20.

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

de una valoración eminentemente subjetiva, en mayor medida, a raíz de la declaración de la víctima o denunciante en sede judicial en inmediata proximidad temporal al acaecimiento de los hechos que desencadenan el inicio del proceso judicial.

Se hace, por lo tanto, imprescindible extremar las precauciones, y absolutamente necesario ponderar los intereses jurídicos en juego que colisionan con la adopción de la orden de protección, siendo insoslayable que, hallándonos ante posiblemente la comisión de un ilícito penal grave, aun cuando la investigación sumarial sea incipiente, la protección de la víctima de violencia de género o doméstica, rigurosamente tratada, ha de gozar de cierta prevalencia frente a otros intereses en juego, tales como el derecho de libertad de comunicación o libertad deambulatoria del investigado.

El deber de motivación propio de toda resolución judicial requiere que se expliciten en el Auto no solo los indicios de la comisión del delito investigado, sino también la situación de riesgo objetivo que justifique, en el caso en concreto, la limitación de derechos del imputado, no siendo admisible una fundamentación meramente estereotipada o de modelo con expresiones tales como: “en atención al profundo temor que dice sentir la víctima” u otras que impidan conocer cómo llega el Juez/a la convicción de que existe riesgo, en qué consiste éste y cómo se puede atajar con la medida que se adopta. Solo así se puede cumplir el mandato del artículo 68 de la Ley Integral de Violencia de Género L.O 1/2004 que señala que “las medidas restrictivas de derechos deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.”³

La verificación de una situación objetiva de riesgo para la víctima, en el caso de la OEP, se ve facilitada por la necesidad de que exista previamente adoptada medida de protección en el ámbito estatal, lo que confirmaría, según dicho planteamiento, que ya ha sido valorada y confirmada dicha situación de riesgo por el juzgador nacional cuando estableció la orden de protección interna. Tal y como anteriormente se ha referido, se confirma como requisito necesario en el caso de la OEP, antes de su emisión a instancia de la propia víctima denunciante, de acuerdo al art. 133.c) Ley 23/2014, que en el ámbito interno o nacional del Estado en cuestión conste ya adoptada una medida protectora de

³ GÓMEZ VILLORA, José M.^a, La valoración judicial del riesgo. IV Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Madrid. Noviembre 2011, pp. 5-6.

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

semejante naturaleza preventiva. En tal sentido el apartado a) del art. 133 indica la necesaria constancia de “que se se haya dictado una resolución judicial penal adoptando la medida de protección, tanto si se trata de medidas cautelares impuestas como de penas privativas de derechos que, por su contenido análogo, persigan idéntica finalidad de protección de la víctima.”

De tal forma existe plena coordinación sobre dicho particular entre la OEP y la Orden Europea de Detención y Entrega, instrumento normativo de gran valor en la lucha contra la delincuencia a nivel europeo y regulada en el ámbito español en los arts. 34 y ss Ley 23/2014. Se aprecia confirmado dicho requisito de procedibilidad en el caso de la orden de detención, y entendemos que extrapolable a la OEP, por la Sentencia TJUE de 1 de junio de 2016 (C-241/2015), la cual prevé que cuando una orden de detención europea, que se basa en la existencia de una «orden de detención», no menciona la existencia de una orden de detención nacional, la autoridad judicial de ejecución no podrá darle curso si, habida cuenta de la información facilitada, así como de todos los demás datos de que disponga, dicha autoridad comprueba que la orden de detención europea no es válida por haber sido emitida sin que se hubiera dictado efectivamente una orden nacional distinta de la orden de detención europea.

En el mismo sentido la Sentencia TJUE de 10 de noviembre de 2016 (C-453/2016) especifica que el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que constituye una «resolución judicial», una ratificación por el Ministerio Fiscal de una orden de detención nacional emitida anteriormente, con el fin de ejercitar una acción penal, por un servicio de policía.

De otro lado, establecida la OEP, en el ámbito de la violencia de género es especialmente delicada la supervisión del cumplimiento de las medidas de protección, y ello ante el inminente riesgo de reiteración delictiva para el caso, muy común, de vulneración de la prohibición de aproximación física hacia la víctima. En dicha materia, la gran mayoría de los Estados de la UE (entre ellos cabe citar a Francia, Italia, Reino Unido, España, Luxemburgo, Holanda o Finlandia) encomiendan la supervisión de las medidas de protección a la policía. No es de extrañar que así sea, teniendo en cuenta las atribuciones que este cuerpo de seguridad posee en el plano nacional como garante de los derechos y libertades fundamentales de la ciudadanía. Sin embargo en países como Chipre, Grecia, Malta o Polonia no consta mención expresa a la supervisión policial de las medidas, aun

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

cuando en Grecia o Polonia, la función de supervisión se delega en una figura específica: “el fiscal mediador” en el primer caso y el “agente de libertad vigilada” en el segundo⁴.

Sería altamente recomendable, y muy deseable a fin lograr plena eficacia de las medidas protectoras, que en el ámbito UE se contara con un sistema de registro informático, a modo en el ámbito español del SIRAJ (Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia), o del Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica que fue previsto por la Ley 27/2003 reguladora de la orden de protección, en el que constaran las emisiones y recepciones de OEP vigentes en un momento determinado, y ello a fin de que por los distintos operadores jurídicos intervinientes en el proceso, especialmente jueces y fiscales, amén de por su puesto la fuerza policial del Estado ejecutante de la orden, se pudiese comprobar de modo rápido, y sin dilaciones, la vigencia de las medidas de protección en un país determinado del espacio europeo y entre personas perfectamente identificadas.

Ello otorgaría gran seguridad, como decimos, a la resolución de protección acordada para su ejecución en país correspondiente al ámbito comunitario, reduciéndose los problemas aplicativos, otorgando rapidez ante la solicitud judicial a la respuesta policial y, en definitiva, redundando en la efectiva protección de la víctima, especialmente desprotegida ante un inminente ataque por su agresor en los casos de violencia de género; supuestos donde la rapidez de respuesta y prevención policial es especialmente importante.

No puede olvidarse que la OEP tiene limitada su vigencia territorial al país UE donde es remitida, con lo que, en el caso de que la víctima cambie de país de residencia, queda de modo inmediato desprotegida, so pena que lleve a cabo una nueva petición de protección bien ante las autoridades judiciales del nuevo Estado bien ante el juez español, en el caso de OEP emitida en España, para que se dirija y extienda la protección al nuevo lugar de residencia.

Es posible observar un remedio legal ante dicha disfunción, pues como advierte HOYOS SANCHO⁵, además, la víctima puede solicitarlo también desde el Estado de ejecución, ante autoridad extranjera por tanto, quien deberá transmitir a la mayor brevedad

4 VAÑÓ, R. La Orden de Protección Europea: su aplicación a las víctimas de violencia de género. Ed. Tecnos, pp. 130-131.

5 HOYOS SANCHO, M. La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española. (Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i del Mº de Economía y Competitividad que lleva por título “El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea” - DER2012-31549-), p. 8.

Actas del XXII Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2019.

la solicitud de OEP que le cursa la víctima para que resuelva y, en su caso, la acuerde, el juez o tribunal competente en nuestro país según los criterios anteriormente expuestos. Finalmente, debe considerarse también la posibilidad prevista en el art. 136 Ley 23/2014 de transmitir la OEP a varios Estados UE si la víctima manifiesta su intención de permanecer en varios de ellos y se aprecia un riesgo es cierto en todos ellos; en ese caso, deberá informarse a Eurojust, a quien se puede solicitar asistencia, según dispone el art. 9 de la citada ley.

BIBLIOGRAFÍA

FREIXES, T./ROMÁN, L./OLIVERAS, N./VAÑÓ, R. La Orden europea de protección: su aplicación a las víctimas de violencia de género. Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

GÓMEZ VILLORA, José M.^a La valoración judicial del riesgo. IV Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, Madrid. Noviembre 2011.

GONZÁLEZ CANO, M., “La mediación penal en España”, La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia, 2009.

HOYOS SANCHO, M. La orden europea de protección de víctimas desde la perspectiva española. (Proyecto de Investigación del Plan Nacional I+D+i del M^o de Economía y Competitividad que lleva por título “El estatuto de la víctima. Propuestas para la incorporación de la normativa de la Unión Europea” - DER2012-31549-).