

LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN*

ANA PEYRÓ LLOPIS

Investigadora Ramón y Cajal. Universidad Jaume I.
Maître de Conférences. Université de Cergy Pontoise

Revista de Derecho Europeo 46
Abril – Junio 2013
págs. 9 a 28

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL PARTICULAR CONTEXTO NORMATIVO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. *A. Un ELJS también para las víctimas.* 1. La inclusión de la protección de las víctimas en los tratados. 2. El acercamiento del Programa de Estocolmo a las víctimas. *B. La Directiva sobre la orden europea de protección como laboratorio de ensayo de los nuevos equilibrios institucionales.* 1. La «comunitarización» del ELJS. 2. La orden europea de protección y el reducto de iniciativa legislativa de los Estados. II. LA BASE JURÍDICA DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN. *A. La orden europea de protección: un instrumento de cooperación judicial en materia penal.* 1. La defensa del artículo 82 del TFUE como base jurídica. 2. La posición del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales sobre la OEP. *B. La orden europea de protección: entre cooperación judicial en materia penal y cooperación judicial en materia civil.* 1. La argumentación de la Comisión sobre la insuficiencia del artículo 82 del TFUE. 2. Las iniciativas de la Comisión para la protección de las víctimas. III. UN RESULTADO LIMITADO: UNA NORMATIVA PARCIAL Y DE APLICACIÓN INCIERTA. *A. El ámbito de aplicación parcial de la Directiva sobre la orden europea de protección.* *B. Las zonas de sombra de la Directiva sobre la orden europea de protección.*

RESUMEN: La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.12.2011, sobre la orden europea de protección, responde a

ABSTRACT: The Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council, of 13.12.2011, on the European protection order,

* La autora, entonces asesora del Gabinete del Secretario de Estado de Justicia, participó en las negociaciones de la Directiva sobre la OEP. La autora desea expresar su agradecimiento a Juan José Molinos, Consejero en la Representación permanente de España ante la Unión Europea, por la información proporcionada.

la detección de una laguna en el ordenamiento europeo en materia de protección de víctimas de delitos en un entorno caracterizado por la creciente movilidad de los ciudadanos de la Unión Europea. La negociación de esta Directiva planteó numerosas dificultades. El particular contexto en el que se presentó la iniciativa permite entender los obstáculos a los que se enfrentó. Si bien el debate central fue eminentemente jurídico y se focalizó en torno a la base jurídica de la orden europea de protección, se percibió claramente desde el principio que lo que se estaba librando era una batalla institucional, con el fin de establecer estrategias y precedentes en el marco del entonces flamante Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Cooperación judicial en materia penal, cooperación judicial en materia civil, espacio de libertad, justicia y seguridad, orden europea de protección, víctimas, artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

has the purpose of filling a loophole on the protection of crime victims in European legislation, in the framework of an increasing mobility of European Union citizens. The negotiation of this Directive had many difficulties, which can be better understood in the light of the particular context in which the initiative was presented. Although the debate was mainly legal and focused on the legal basis of the European protection order, since the beginning the real battle had an institutional dimension, in order to fix strategies and precedents in the framework of the new Treaty on the Functioning of the European Union.

KEYWORDS: Judicial cooperation in criminal matters, judicial cooperation in civil matters, area of justice, freedom and security, European protection order, victims, article 81 of the Treaty on the Functioning of the European Union, article 82 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Fecha recepción original: Fecha recepción original: 21 de marzo de 2012

Fecha aceptación: Fecha aceptación: 4 de abril de 2013

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la cooperación europea en el marco del Tercer Pilar se ha centrado ante todo en mejorar la eficacia de la lucha contra el crimen, principalmente mediante la armonización de legislaciones en materia penal. En una segunda fase, y como la otra cara de la moneda, se han ido estableciendo ciertas facilidades para los procesados por conductas criminales, por ejemplo, para el cumplimiento de las penas¹ o para la armonización de las garantías procesales en los procesos penales². En definitiva, el centro de atención siempre ha estado

1. Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27.11.2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.
2. El Consejo adoptó el 30 de noviembre de 2009 un plan de trabajo en materia de garantías procesales, para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales. Esta «hoja de ruta», que forma parte integrante del Programa de Estocolmo adoptado el 10 de diciembre de 2009, identifica las cinco propuestas legislativas siguientes: el derecho a la traducción e interpretación, la información sobre los derechos, la asistencia jurídica, el derecho de comunicarse con parientes y las salvaguardias especiales para sospechosos y acusados considerados vulnerables. De momento, la primera se plasma en la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20.10.2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; y la segunda en la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.05.2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

puesto en la lucha contra la delincuencia y en los derechos de los imputados. Quedaba por idear algún instrumento legislativo que regulase el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales desde el punto de vista de las víctimas, garantizando su libertad de movimientos por el espacio común y velando por su protección y por el respeto de sus derechos.

La Presidencia española de la Unión Europea de 2010³ apostó por centrar sus propuestas relativas al Espacio de Libertad, Justicia y Seguridad (en adelante ELJS), precisamente, en la protección de las víctimas⁴. En una alocución en el Senado sobre el programa de la Presidencia española, comenzaba el entonces Secretario de Estado de Justicia diciendo: «[q]uiero hablar con Vds. de las víctimas, de esos grandes olvidados, durante mucho tiempo, de las políticas públicas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional»⁵. La agenda española incluía, entre otras cosas, iniciar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶ y la negociación de un instrumento para la protección de las víctimas de delitos violentos.

Respecto de este último, la propuesta de Directiva sobre la orden europea de protección (en adelante OEP) fue lanzada a comienzos de 2010⁷, a iniciativa de España y con el copatrocinio de otros once Estados miembros (Bélgica, Bulgaria, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Portugal, Rumania y Suecia). Unos dos años después, la propuesta fue adoptada y se convirtió en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13.12.2011,

3. La Presidencia española de la Unión Europea a la que se refiere el presente artículo tuvo lugar el primer semestre de 2010, siendo la primera de un trío de presidencias compuesto por España, Bélgica y Hungría.
4. Véase, en particular, MARTÍN MARTÍNEZ, M., «Protección a las víctimas, violencia de género y cooperación judicial penal en la Unión Europea post-Lisboa». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 39, 2011, pp. 407-442, SANZ CABALLERO, S., «Los particulares como titulares de derechos y como actores legislativos: balance de la Presidencia española del Consejo de la UE (enero-junio 2010)», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Colección Escuela Diplomática, nº 17, 2011, pp. 111-137. Desde la perspectiva de la práctica española en materia de lucha contra la violencia de género, véase, en particular, GALLEGO SÁNCHEZ, G., «La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: la Orden Europea de Protección», *Revista de Jurisprudencia*, nº 4, 29.03.2012; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La Orden europea de protección», *La Ley*, nº 7854, 09.05.2012; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «La orden europea de protección: crónica de un fracaso anunciado», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, nº 172, 2012, pp. 15-25.
5. Intervención del Secretario de Estado de Justicia, Juan Carlos Campo Moreno, en el Senado, el 20.5.2010. Disponible en la web del Ministerio de Justicia (www.mjusticia.gov.es).
6. Tanto el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, como su Protocolo nº 8 se refieren a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
7. La negociación de la OEP comenzó formalmente el lunes 4 de enero de 2010 en Bruselas (en el marco de una reunión de Consejeros de Justicia y Asuntos de Interior), si bien se venía discutiendo informalmente desde el mes de septiembre de 2009.

sobre la orden europea de protección⁸. Los Estados miembros tienen de plazo para incorporarla a sus ordenamientos internos hasta el 11 de enero de 2015⁹.

La presentación de esta iniciativa respondía a la detección de una laguna en el ordenamiento europeo y a la voluntad de mostrar una especial atención de la Unión Europea hacia las víctimas de delitos y, de manera particular, hacia las víctimas de la violencia de género, en un entorno caracterizado por la creciente movilidad de los ciudadanos de la Unión Europea. La idea que subyacía en esta propuesta –el refuerzo de la protección ofrecida a las víctimas de delitos– ha dado lugar, como veremos más adelante, a la negociación y adopción de otros instrumentos europeos orientados hacia su protección.

La Directiva 2011/99/UE define la OEP como «una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente 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»¹⁰. Por medida de protección, la Directiva entiende que se trata de «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 artículo 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»¹¹.

Por tanto, puesto que la OEP pretende proteger a las víctimas de delitos violentos, su objetivo es que la medida de protección de la que es beneficiaria una víctima en un Estado miembro le «siga» durante sus desplazamientos por el espacio común. Si bien fue concebida, en un principio, para proteger especialmente a las víctimas que son objeto de violencia de género o de violencia doméstica, la Directiva sobre la OEP no se limita a esta categoría de víctimas y extiende la protección a cualquier persona víctima de actos delictivos «que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual»¹².

La negociación de la Directiva sobre la OEP planteó numerosas dificultades jurídicas que llegaron a convertirse en enfrentamientos institucionales entre partidarios y detractores de la propuesta. El particular contexto en el que se presentó dicha Directiva y determinadas circunstancias que acompañaron su negociación explican, en parte, los escollos a los que se enfrentó (I). Si bien el debate central fue eminentemente jurídico y se focalizó en torno a la base jurídica de la OEP, se percibió claramente desde el principio que lo que se estaba

8. DOUE, nº L 338, de 21.12.2011, p. 2.

9. Artículo 21.1 de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento y del Consejo, de 13.12.2011, sobre la orden europea de protección.

10. *Ibid.*, artículo 2.

11. *Ibid.*, artículo 2.2.

12. *Ibid.*, artículo primero.

librando era una batalla institucional, con el fin de establecer estrategias y precedentes en el marco del entonces flamante Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (II). El resultado de todo ello es un instrumento normativo tan ambicioso en su intención como limitado en su contenido (III).

I. EL PARTICULAR CONTEXTO NORMATIVO DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

La propuesta de Directiva sobre la OEP fue el primer instrumento presentado en materia de ELJS tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009. Esta situación propició que los distintos actores involucrados en legislar en esta materia midieran sus fuerzas con ocasión de su negociación. Se trataba de negociar aplicando todos los cambios que el Tratado de Lisboa había introducido: cambios normativos en materia de cooperación judicial que, entre otras cosas, inciden en la protección de las víctimas (A) y cambios institucionales con un nuevo reparto de poderes que fortalece a la Comisión europea (B).

A. UN ELJS TAMBIÉN PARA LAS VÍCTIMAS

Fue bajo Presidencia española de la Unión Europea que se aplicaron por primera vez los mecanismos previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) para el ELJS. En particular, con la propuesta de Directiva sobre la OEP, se aplica el nuevo marco para la cooperación judicial, que el TFUE amplía, con el fin de proteger a las víctimas de actos criminales (1). La especial protección de las víctimas también forma parte integrante del Programa de Estocolmo (2).

1. *La inclusión de la protección de las víctimas en los tratados*

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha tenido importantes consecuencias para el ELJS. De manera general, la reforma contribuye a simplificar y, en cierta medida, a homogeneizar la regulación del ELJS, en particular en materia de cooperación judicial civil y penal. El Título V del TFUE, que regula las cuestiones relativas al ELJS, dedica su capítulo tercero a la cooperación judicial en materia civil y el cuarto a la cooperación judicial en materia penal.

Respecto de esta última, los cambios introducidos por el TFUE van a amparar la presentación de la Directiva sobre la OEP. En efecto, el artículo 82 TFUE relativo a la cooperación judicial en materia penal supone una ampliación de competencias respecto del anterior artículo 31 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) al prever, entre otras cosas, la posibilidad de adoptar directivas en materia de pruebas, garantías procesales, derechos de las víctimas y otros elementos específicos del procedimiento penal (art. 82.2 TFUE).

Por tanto, es al amparo del artículo 82.2 TFUE que la propuesta de Directiva sobre la OEP va a ser presentada por los Estados miembros. En efecto, dicho artículo establece que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán estable-

cer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, entre otras cosas, en materia de «derechos de las víctimas de los delitos» (apartado c).

Además, la voluntad del legislador europeo en aras a la protección de víctimas se ve reforzada por lo dispuesto en el Programa de Estocolmo.

2. *El acercamiento del Programa de Estocolmo a las víctimas*

Es en el Programa de Estocolmo¹³, que establece un plan de trabajo para la Unión Europea en el ELSJ para el período 2010-2014, donde se van a incluir las primeras referencias explícitas a la necesidad de idear instrumentos para la protección de las víctimas de delitos.

Por una parte, en su apartado 2.3.4., dedicado en su integridad a las víctimas de delitos, se menciona el apoyo especial y protección jurídica que requieren «[l]as personas más vulnerables o que se encuentran en situaciones particularmente expuestas, como aquellas sujetas a una violencia repetida en las relaciones personales, las víctimas de violencia de género o las víctimas de otros tipos de delitos» cuando éstas se encuentran en un Estado miembro del cual no son nacionales o residentes. Entre las recomendaciones que el Consejo Europeo dirige a la Comisión y a los Estados miembros, y que se incluyen en dicho apartado del Programa de Estocolmo, se encuentran las siguientes:

«– examinar los modos de mejorar la legislación y las medidas prácticas de apoyo a la protección de las víctimas, y de mejorar la aplicación de los instrumentos existentes,

– dar mejor apoyo a las víctimas por otros medios, acaso mediante las redes europeas existentes que dan apoyo práctico, y a presentar propuestas en este sentido,

– estudiar la posibilidad de crear un único instrumento jurídico global sobre la protección de las víctimas, fundiendo la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos y la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, sobre la base de una evaluación de estos dos instrumentos».

Por otra parte, en el apartado 3.1.1 del Programa de Estocolmo, que se refiere a las medidas para fomentar la aplicación del reconocimiento mutuo en materia penal, además de insistir en los esfuerzos que deben hacerse para aumentar la eficacia de la cooperación judicial frente a la delincuencia transfronteriza, reserva también un apartado para las víctimas. En efecto, indica que «[s]e 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». Encontramos aquí la referencia más cercana a la voluntad de que se negocien y

13. Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (DOUE, n° C 115, de 4.5.2010).

adopten instrumentos como el que ha dado lugar a la Directiva sobre la OEP. En efecto, este apartado aboga por que el reconocimiento mutuo en materia penal alcance también a las víctimas de delitos, a través del reconocimiento de las medidas de protección de las que son beneficiarias en los Estados miembros.

B. LA DIRECTIVA SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN COMO LABORATORIO DE ENSAYO DE LOS NUEVOS EQUILIBRIOS INSTITUCIONALES

Más allá de los cambios introducidos para la cooperación judicial desde un punto de vista material, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa supone un nuevo reparto de poderes entre las instituciones europeas en el ELJS. En efecto, la «comunitarización» de este ámbito (1) implica nuevos métodos, de entre los cuales cabe destacar, por lo que respecta a la orden europea de protección, una nueva manera de legislar (2).

1. La «comunitarización» del ELJS

El artículo 4.2 j) del TFUE establece que el ELJS es una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros. Por tanto, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la «comunitarización» del ELJS, se generaliza el procedimiento de codecisión entre el Parlamento y el Consejo, que recibe el nombre de procedimiento legislativo ordinario (art. 289 TFUE)¹⁴. Se refuerza así sustancialmente el papel del Parlamento Europeo, exigiendo su aprobación de las propuestas legislativas, en codecisión con el Consejo, en el ámbito de la cooperación judicial penal.

Cabe destacar asimismo que el TFUE facilita la toma de decisiones en el seno del Consejo mediante la extensión de la regla del voto por mayoría cualificada (salvo excepciones, como el mantenimiento del requisito de la unanimidad

14. Cabe recordar que, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los actos relativos a la cooperación judicial en materia penal, regulada en el Título VI del Tratado de la Unión Europea, eran adoptados por el Consejo por unanimidad, previa consulta no vinculante al Parlamento Europeo. Por el contrario, la cooperación judicial en materia civil, regulada en el Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), sí estaba sometida al procedimiento de codecisión (con mayoría cualificada en el Consejo), excepto para los aspectos relativos al Derecho de familia –art. 67.5 TCE– para los que se exigía la unanimidad en el Consejo con mera consulta al Parlamento Europeo. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y hasta el 31 de octubre de 2014, o eventualmente el 31 de marzo de 2017, la mayoría cualificada requiere al menos 255 votos (de un total de 345) que representen a la mayoría de los Estados miembros cuando se trate de actos que tienen su origen en una propuesta de la Comisión. En los demás casos, el umbral de 255 votos debe corresponderse al menos con los dos tercios de los miembros del Consejo. Como requisito adicional, se requerirá que esa mayoría cualificada represente al menos al 62% de la población total de la Unión (art. 3 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias). En consecuencia, una minoría de bloqueo necesita 91 votos o, alternativamente, un número de países que juntos reúnan al menos un 39% de la población total de la Unión. A partir del 1 de noviembre de 2014, ese número deberá ser al menos de cuatro Estados miembros, en virtud del art. 16.4 TUE.

para el tratamiento del derecho de familia¹⁵ o para la creación de la Fiscalía Europea¹⁶).

Por lo que respecta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, éste pasa a ejercer un control pleno del acervo del ELJS, en particular respecto de la transposición de directivas en el ámbito de la cooperación policial y judicial penal¹⁷, con la salvedad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas o derivadas de las responsabilidades en materia de orden público y salvaguardia de la seguridad interior (art. 276 TFUE).

Pero lo que merece ser destacado especialmente respecto de la Directiva sobre la OEP son los cambios introducidos en materia de iniciativa legislativa.

2. *La orden europea de protección y el reducto de iniciativa legislativa de los Estados*

La incorporación del procedimiento legislativo ordinario al ámbito JAI merece, en efecto, algunos comentarios específicos en la medida en que la batalla institucional que se libró durante la negociación de la Directiva sobre la OEP giró, en gran parte, en torno a quién tenía la iniciativa legislativa para esta propuesta.

Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Comisión tenía atribuido el monopolio de la iniciativa legislativa en materia civil, mientras que en materia penal (cooperación policial y cooperación judicial penal) compartía dicha iniciativa con los Estados miembros (art. 34.2 TUE). Con la reforma, si bien los Estados miembros siguen pudiendo presentar propuestas, ya sólo pueden hacerlo si suman al menos la cuarta parte del total (art. 76.b TFUE). Con la composición actual de la Unión Europea, significa que el Consejo sólo puede presentar una propuesta si ésta cuenta con el apoyo de al menos siete Estados miembros. Aprovechando este reducto de iniciativa legislativa de los Estados, la propuesta de Directiva sobre la OEP fue presentada a iniciativa de España durante su Presidencia de la UE y contó con el copatrocinio de otros once Estados miembros, convirtiéndose en el primer instrumento legislativo que se presentaba aprovechando la vía dejada abierta por el TFUE a la iniciativa legislativa de los Estados en el ELJS.

Este particular contexto institucional, en el que Comisión y Estados miembros comparten la iniciativa legislativa en alguna parcela de la cooperación judi-

15. El Derecho de familia permanece inalterado, aunque se abre una «pasarela» para su incorporación, caso por caso, al procedimiento legislativo ordinario (art. 81.3 TFUE).

16. El art. 86 TFUE prevé no obstante la posibilidad de recurrir a una cooperación reforzada para crear la Fiscalía Europea en caso de falta de unanimidad.

17. La Comisión y el Tribunal de Justicia podrán ejercer las competencias que el Tratado les atribuye en materia de transposición transcurrido un plazo máximo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado sobre aquellos actos (Decisiones Marco) adoptados antes de dicha entrada en vigor y, antes de dicho plazo, sobre aquellos otros que se modifiquen tomando como base el nuevo derecho primario (arts. 10.1, 2 y 3 del Protocolo 36).

cial penal, frente al monopolio de la iniciativa de la Comisión en materia de cooperación judicial civil, explica en gran parte la situación actual de la normativa europea en materia de protección de víctimas. En efecto, como veremos a continuación, en el ELJS, el régimen jurídico de la protección de las víctimas se ha disgregado en varios instrumentos, según se considere que se lleva a cabo mediante instrumentos de naturaleza civil o penal. Ello explica que la base jurídica de cualquier iniciativa en el ELJS, y en particular de la propuesta de Directiva sobre la OEP, haya estado en el centro de los debates.

II. LA BASE JURÍDICA DE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Durante las negociaciones, los debates acerca de la propuesta de OEP giraron prácticamente todos en torno a la base jurídica de dicho instrumento. Por una parte, los Estados que la habían presentado, para justificar su iniciativa, defendieron que se trataba de un instrumento de cooperación judicial penal y, por tanto, la suficiencia del artículo 82 del TFUE como base jurídica (A). Por otra parte, tanto la Comisión como los Estados reacios a dicha propuesta consideraron que dicho artículo era insuficiente en la medida en que el objeto de la iniciativa también comprendía aspectos civiles y que, por tanto, eran necesarios otros fundamentos jurídicos (B).

A. LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN: UN INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL

El Consejo, ya sea a través de los Estados promotores de la iniciativa sobre la OEP como mediante sus servicios jurídicos (1), como el Parlamento Europeo (2) defendieron, desde el principio, la suficiencia del artículo 82 TFUE como base jurídica de la propuesta de Directiva.

1. *La defensa del artículo 82 del TFUE como base jurídica*

Para los Estados que presentaron la propuesta de Directiva, la base jurídica estaba constituida por el artículo 82.1. letras a) y d) del TFUE que, en su capítulo relativo a la cooperación judicial en materia penal, se refiere a las «medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas, [...] d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones».

Las delegaciones de algunos Estados miembros emitieron, desde un principio, sus dudas sobre la base jurídica escogida. El problema radicaba en que, si bien en la mayoría de los Estados miembros estas medidas se adoptan por autoridades judiciales del orden penal, en algunos Estados miembros son adoptadas por sus autoridades judiciales civiles¹⁸. En otros casos, pueden hacerlo también

18. En particular en Austria, Alemania, Suecia, Luxemburgo y Finlandia.

autoridades administrativas¹⁹, o bien ser tanto jueces penales como civiles quienes las dicten²⁰.

Dicha divergencia de sistemas entre los Estados miembros se tuvo no obstante en cuenta desde la misma elaboración de la propuesta y a lo largo de todas las negociaciones. De ahí que el artículo primero de la Directiva diga que el objetivo de la OEP es que las medidas adoptadas en un Estado miembro para «proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad²¹, su libertad individual o su integridad sexual» permitan que se mantenga la protección en otro Estado miembro «*a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión*»²². Esta última expresión, algo alambicada, no es original en la medida en que encontramos una solución parecida en el artículo primero de la Decisión marco 2005/214/JAI, de 24.02.2005, sobre sanciones pecuniarias²³. Con la inclusión de dicha precisión se consigue hacer frente al problema de la divergencia entre sistemas jurídicos. En efecto, por una parte, se refuerza el marco penal puesto que se incluyen tanto situaciones en las que ha tenido lugar un procedimiento penal como otras en las que, habiéndose podido iniciar dicho procedimiento, no se hizo. Por otra parte, se cubren algunos sistemas, como el finlandés, el estonio o el sueco, en el que este tipo de medidas son adoptadas por tribunales penales pero en el curso de un procedimiento civil. Por último, se abarcan los sistemas civiles en los que sólo se abre un procedimiento penal si la víctima denuncia (delitos privados). Y es que puede ocurrir que la víctima no denuncie penalmente pero sí lo haga en la vía civil y que el juez de lo civil, basándose en la existencia de una agresión, adopte una medida de protección sin mediar condena penal del agresor.

El anclaje penal de la iniciativa no sólo se encuentra en el artículo primero de la Directiva sino también en su artículo 2, que contiene una serie de definiciones y cuyo apartado 2 reitera que, con la medida de protección, se trata de proteger a una persona frente a un acto delictivo. Asimismo, en su artículo 10.c), se contempla, como motivo de no reconocimiento de una OEP, que «la medida de protección se refiera a un hecho *que no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución*»²⁴. Cabe señalar que este motivo de rechazo contó, en un primer momento, con la oposición del Parlamento Europeo, que terminó aceptándolo al considerarse necesario para mantener la relación con una base jurídica de naturaleza penal.

19. En particular en Holanda y Dinamarca.

20. Es el caso en el Reino Unido.

21. Este bien jurídico protegido fue añadido por el Parlamento Europeo.

22. Texto resaltado por la autora.

23. Dicho artículo define el término resolución empleado en la Decisión marco como «una resolución firme por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica cuando dicha resolución emane: i) de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión respecto de una infracción penal contemplada en la legislación del Estado de emisión [...]».

24. Texto resaltado por la autora.

Al comienzo de los debates sobre la propuesta de OEP en el grupo de trabajo, las delegaciones reacias a la iniciativa solicitaron una opinión al Servicio Jurídico del Consejo (SJCONS) sobre la base jurídica de la misma y sobre su relación con el Reglamento Bruselas I y con el relativo a la competencia y el reconocimiento de sentencias en asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental. El SJCONS emitió un dictamen²⁵ en el que afirmaba que la base jurídica del artículo 82 TFUE, relativo a la cooperación judicial en materia penal, era suficiente y adecuada, y ello en virtud de la finalidad de la medida. El SJCONS consideró que el objetivo de la OEP era, en efecto, la protección de bienes jurídicos –la vida, la integridad física o psíquica, la dignidad, la libertad individual, la integridad sexual– contra conductas atentatorias y constitutivas de delito, por lo que la propuesta se inscribía en el ámbito penal, con independencia de que las medidas de origen en el Estado de emisión de la OEP hubieran sido dictadas por la jurisdicción civil, administrativa o penal.

Durante las negociaciones, quienes se opusieron a esta base jurídica también habían planteado la dificultad de poner en relación directa a una jurisdicción no penal con una jurisdicción penal. De nuevo, el SJCONS, en su informe, señaló que ese escollo quedaba salvado mediante el denominado mecanismo de los tres pasos. En virtud de este mecanismo, no es la medida de protección dictada por una autoridad competente –primer paso– la que debe reconocerse y aplicarse (en el Estado de ejecución) según las previsiones de la propuesta de Directiva, sino la OEP –segundo paso– relacionada con aquella medida de protección originaria y que puede ser emitida por otra autoridad distinta de la que adoptó dicha medida de protección. El tercer paso se corresponde con las medidas de protección dictadas por el Estado de ejecución²⁶. Dicho de otro modo, el Estado de ejecución sólo tiene que reconocer la OEP, es decir la necesidad de proteger a la persona y los hechos acaecidos en el Estado de emisión que originaron la toma de la medida en aquel Estado. No se le pide por tanto al Estado de ejecución que aplique la misma medida que el Estado de emisión, sino que el Estado de ejecución tomará sus propias medidas, conforme a su legislación. Por tanto, con la OEP, no se reconoce la medida sino la necesidad de protección.

Cabe destacar que el dictamen del SJCONS, al confirmar la suficiencia y adecuación del artículo 82 TFUE como base jurídica de la propuesta, apoyaba al mismo tiempo el que se tratara de una iniciativa de los Estados miembros, al no invadir el terreno de la cooperación judicial civil donde el monopolio de la iniciativa legislativa corresponde a la Comisión.

En definitiva y en resumen, mediante esta iniciativa de Directiva sobre la OEP, el Consejo reconoce la existencia, a nivel europeo, de bienes jurídicos protegidos típicos del Derecho penal, contribuyendo así a la formación de un Derecho penal europeo, desvinculado de lo que cada legislación nacional esta-

25. Dictamen del servicio jurídico del Consejo, de 17.02.2010, doc. n° 6516/10. Expediente interinstitucional: 2010/0802 (COD), JUR 95 JAI 139 COPEN 44 CODEC 120.

26. *Ibid.* Originalmente en su párr. 10, no accesible para el público.

blezca. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha declarado al respecto que los conceptos derivados de instrumentos comunitarios deben considerarse como conceptos autónomos que no deben equipararse a los conceptos nacionales ni interpretarse a la luz de las concepciones de cada Estado miembro. Han de ser interpretados, en primer lugar, a la luz de los objetivos del instrumento comunitario y, en segundo lugar, a la luz de los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales²⁷.

2. *La posición del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales sobre la OEP*

También el Parlamento Europeo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la base jurídica de la propuesta de Directiva sobre la OEP, antes de su aprobación formal en el marco del procedimiento legislativo ordinario. La Comisión parlamentaria sobre asuntos jurídicos (JURI), que era la competente para pronunciarse sobre esta cuestión, aprobó el 29 de octubre de 2010, por unanimidad, una opinión favorable a la base jurídica de la OEP basada en el artículo 82.1.a) y d) del TFUE²⁸. Asimismo, el servicio jurídico del Parlamento Europeo emitió un informe el 16 de junio de 2010 del que cabe destacar uno de sus últimos apartados: «en este contexto, podría decirse que sería difícil encontrar un mejor ejemplo que el de la OEP para mostrar la perfecta interrelación que puede hacerse entre las competencias nacionales y de la UE, entre las medidas de protección nacionales y europeas que se funden en un instrumento de la Unión que refleja el interés general de los ciudadanos de la Unión para poder beneficiarse de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia»²⁹.

En cuanto a los Parlamentos nacionales, en relación con esta iniciativa, aunque no se pronunciaron directamente sobre su base jurídica, sí tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre el respeto de la propuesta al principio de subsidiariedad³⁰. Dentro del plazo de ocho semanas establecido, cuatro Parlamentos dieron su opinión. Los Parlamentos de Bélgica, Italia (Senado) y Grecia reconocieron, por un lado, la conformidad de la propuesta a dicho principio, mientras que el Parlamento alemán se pronunció en sentido contrario. En efecto, el Bundesrat consideró que, para pronunciarse sobre este principio, tenía que estudiar primero la competencia y que, para decidir sobre ésta, debía analizar la base jurídica, planteando por tanto las mismas objeciones que la Comi-

27. STJ de 21.04.1993, as. *Sonntag* (C-172/91) y STJ, de 16.12.1980, as. *Rüffer* (814/79), referidas a asuntos civiles pero de idéntica aplicación a los conceptos penales.

28. Opinión sobre el fundamento jurídico de la iniciativa con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la orden europea de protección [00002/2010 – C7 0006/2010 – 2010/0802(COD)], de 29.10.2010, PE 452.603v01-00 JURI_AL(2010)452603.

29. Informe del Servicio Jurídico del Parlamento Europeo de 16.06.2010, SJ-0343/10.

30. El Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad atribuye un derecho de oposición a los parlamentos nacionales en los procedimientos legislativos. Así, un tercio de los parlamentos nacionales pueden solicitar que se vuelva a examinar un proyecto de texto legislativo si consideran que no se respeta el principio de subsidiariedad.

sión europea y que los Estados contrarios a la iniciativa, liderados precisamente por Alemania. Por último, el Senado de la República Checa también se mostró contrario a la propuesta aunque ya lo hizo fuera del plazo establecido.

B. LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN: ENTRE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL Y COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

Frente a la posición de los Estados promotores de la iniciativa y del Parlamento Europeo, tanto la Comisión europea como los Estados reacios a la propuesta de Directiva sobre la OEP argumentaron que el artículo 82 TFUE no constituía una base suficiente para este instrumento (1). El resultado de la batalla institucional es la presentación de otros instrumentos normativos por parte de la Comisión europea y, en particular, de un instrumento relativo al reconocimiento de «órdenes civiles» (2).

1. *La argumentación de la Comisión sobre la insuficiencia del artículo 82 del TFUE*

La Comisión defendió desde un principio la insuficiencia de la base jurídica del artículo 82 TFUE³¹ respecto de la propuesta de Directiva sobre la OEP. Consideraba que dicho artículo sólo permitía la cooperación entre jurisdicciones de carácter penal. En consecuencia, la base jurídica elegida era insuficiente y tenía que incluir el artículo 81 TFUE relativo a la cooperación judicial en materia civil. Ahora bien, tal y como ya se ha señalado, a partir del momento en el que se defendía la ampliación de la base jurídica al ámbito civil, se estaba asimismo retirando el poder de iniciativa a los Estados para entregárselo a la Comisión europea, única competente en el ámbito civil.

La posición de la Comisión se fundamentaba en que la cooperación judicial en materia penal dentro de la Unión Europea requiere la existencia previa de un delito, considerando como tal el que cada legislación nacional establezca y el desarrollo de un procedimiento penal. Por tanto, según la Comisión, si la OEP era emitida en un procedimiento civil, ya sea por un juez civil o penal, la cooperación sería civil, aunque se dirigiera a un juez de lo penal, mientras que si la orden emanaba de un procedimiento penal, la cooperación sería penal, aunque el destinatario fuera un juez de lo civil. Por tanto, dependería siempre de la naturaleza del procedimiento en el Estado de emisión, con independencia de que la orden se emitiera para evitar un delito y se dictara como consecuencia de una agresión tipificada en la ley penal. La Comisión llegó incluso a plantear que los instrumentos que se adoptaran a nivel europeo sólo pudieran emplearse entre jurisdicciones del mismo orden (de sistema penal a sistema penal o de sistema civil a sistema civil).

Con esta posición, la Comisión excluía además la prevención del delito del

31. Tras el informe del SJCONS, la Comisión encargó una especie de «contra informe» a su servicio jurídico, que se expresó oralmente el 22.03.2010. La versión escrita de dicho informe nunca llegó a redactarse, aunque sí circuló un *non-paper* de la Comisión entre las delegaciones el 07.04.2010.

ámbito de la cooperación judicial penal. En un *non-paper* circulado entre las delegaciones el 7 de abril de 2010, la Comisión afirmaba que el Tratado tiene como límite lo dispuesto en el artículo 84 TFUE, que excluye claramente toda armonización de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros en el campo de la prevención del crimen. Y ello, proseguía la Comisión, porque la prevención del crimen es una materia muy vasta y por ello se apoya naturalmente en otras bases jurídicas, citando a título de ejemplo la responsabilidad civil por actos dañinos, la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo o la protección de las infraestructuras críticas en el marco de la prevención del terrorismo.

Según la Comisión, la cooperación civil respecto de medidas de protección se regiría, básicamente, por los Reglamentos Bruselas I³² y Bruselas II bis³³, relativos a la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, respectivamente, en el ámbito civil y mercantil y en los procedimientos de separación y divorcio y responsabilidad parental. La cooperación penal para medidas de protección se regiría por la Directiva sobre la OEP, que se limitaría a la cooperación entre Estados que las adoptan mediante un procedimiento penal. Ello conllevaría que, para un mismo tipo de medidas, se tuvieran que utilizar dos, o hasta tres instrumentos distintos, dependiendo del tipo de procedimiento que en cada Estado miembro se siguiera. Por ejemplo, Alemania usaría los Reglamentos Bruselas I y II bis, mientras que España o Francia utilizarían la Directiva sobre la OEP.

Cabe señalar que el Reglamento Bruselas I no está en modo alguno concebido para instrumentar la cooperación en este tipo de medidas ni regula las cuestiones matrimoniales, como lo prueba la existencia misma del Reglamento Bruselas II bis. Por su parte, el considerando octavo del Reglamento Bruselas II bis señala que este último se aplica exclusivamente a la separación o a la disolución del vínculo matrimonial, excluyendo expresamente de su regulación las medidas accesorias, como lo son precisamente las medidas de protección, que en estos procesos se puedan dictar. Además, si tomamos la lista de tribunales o autoridades competentes para la ejecución de las resoluciones judiciales del anexo II del Reglamento Bruselas I, vemos que, en el caso de España, se trata de los jueces de primera instancia, o en el caso de Francia, del *greffier* así como del presidente de la cámara departamental de los notarios, en definitiva, de órganos que carecen de competencia conforme a su legislación nacional para ejecutar el tipo de medidas de protección a las que se refiere la OEP. Consciente de esta circunstancia, la Comisión reconoció que habría que reformar Bruselas I para dar cobijo a este tipo de medidas.

32. Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22.12.2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
33. Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Con el fin de buscar un consenso y de dejar clara la distinción entre la Directiva sobre la OEP y el ámbito civil, se optó por la inclusión en la Directiva sobre la OEP del artículo 20.1 que dispone que «[l]a presente Directiva no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001, ni del Reglamento (CE) n° 2201/2003, ni tampoco 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, ni del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores».

2. *Las iniciativas de la Comisión para la protección de las víctimas*

Al final, más que reformar el Reglamento Bruselas I, la Comisión se decantó por un nuevo instrumento que abarcara los procedimientos civiles. El 20 de mayo de 2011, la Comisión presentó dos nuevas propuestas cuyo objetivo era la protección de las víctimas de delitos violentos en cualquier país de la UE al que éstas se desplacen y que completaban la Directiva sobre la OEP (todavía sin adoptar al presentarse las nuevas iniciativas). Por una parte, la Comisión presentó una propuesta de Directiva sobre el Estatuto de la víctima, ya regulado por una Decisión marco de 2001, y cuya modificación se plasmó en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25.10.2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la mencionada Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15.03.2001³⁴.

Por otra parte, la Comisión presentó una propuesta de Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, con el fin de regular las llamadas «órdenes civiles» frente a las «órdenes penales» de la Directiva sobre la OEP.

Por lo que respecta a esta última, el 8 de marzo de 2013, el Consejo (Justicia y Asuntos de Interior) confirmó un texto transaccional del proyecto de Reglamento, con vistas a un acuerdo en primera lectura con el Parlamento Europeo³⁵. En su sesión anterior, de 6 y 7 de diciembre de 2012, el Consejo había llegado a una orientación general sobre el texto transaccional de los artículos del Reglamento y de algunos considerandos fundamentales³⁶. Tras ese primer acuerdo, el Comité de representantes permanentes (Coreper), aprobó el 24 de enero de 2013 el texto de los demás considerandos y dio a la Presidencia el mandato para que negociara un acuerdo en primera lectura con el Parlamento Europeo. El diálogo a tres bandas tuvo lugar el 19 de febrero de 2013 y los ponentes de las comisiones JURI y FEMM indicaron que el Parlamento Europeo

34. DOUE, n° L 315, de 14.11.2012, p. 57.

35. Expediente interinstitucional 2011/0130 (COD), documento 6838/13 JUSTCIV 41 COPEN 27 CODEC 424, de 28.02.2013.

36. Véase el documento 17165/12 JUSTCIV 348 COPEN 265 CODEC 2900 + COR 2, de 03.12.2012.

estaba en condiciones de dar su aprobación a las propuestas transaccionales presentadas por la Presidencia.

Se trata de un proyecto de Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, con base jurídica esta vez en el artículo 81.2, letras a), e) y f), cuyo objeto es «establecer normas relativas a un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil» (art. –1). Siempre según el texto transaccional de 8 de marzo de 2013 del proyecto de Reglamento³⁷, su ámbito de aplicación cubre «las medidas de protección en materia civil dictadas por una autoridad conforme a la definición del artículo 2, punto 4» (art. 1.1) y se aplicará a «asuntos transfronterizos» (art. 1.2).

III. UN RESULTADO LIMITADO: UNA NORMATIVA PARCIAL Y DE APLICACIÓN INCIERTA

La Directiva sobre la OEP quizás tenga como principal mérito el haber incorporado a la agenda del ELJS, por primera vez, el reconocimiento mutuo de medidas de protección de las víctimas. Ahora bien, las batallas institucionales libradas bajo apariencia de discusión jurídica han hecho que se resienta su contenido. El resultado es la adopción de un instrumento jurídico cuyo ámbito de aplicación es parcial (A). Asimismo, la Directiva sobre la OEP suscita algunas dudas sobre su futura aplicación (B).

A. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PARCIAL DE LA DIRECTIVA SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Como ya se ha señalado anteriormente, el objeto de la Directiva sobre la OEP es el establecimiento de normas que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección dicte la llamada «orden europea de protección» que faculta a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado. Se entiende que la medida de protección en cuestión está 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 (art. primero). Tal y como se recuerda en el considerando 9 de la Directiva, los derechos mencionados son valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros de la UE.

Se trata por tanto de regular la aplicación de determinadas medidas de protección dictadas con arreglo al derecho de un Estado miembro (el Estado de emisión) en otro Estado miembro (el Estado de ejecución) en el que la persona objeto de la protección decide residir o permanecer (art. 6). Lo interesante –y

37. Expediente interinstitucional 2011/0130 (COD), documento 6838/13 JUSTCIV 41 CO-PEN 27 CODEC 424, de 28.02.2013.

pragmático— del instrumento es que, como ya se ha señalado, no se trata de que los Estados reconozcan exactamente las mismas medidas de protección, que pueden presentar disparidades, a veces importantes, entre los Estados miembros, sino la necesidad de protección de la víctima. Compete entonces a cada Estado adaptar la protección otorgada en su origen mediante la adopción de las medidas que cada ordenamiento jurídico brinda.

Ahora bien, aunque inicialmente se consideró que este razonamiento era aplicable a cualquier tipo de medida, por tanto independientemente de su naturaleza, la consecuencia de la discusión sobre la base jurídica de la Directiva sobre la OEP fue la restricción de su ámbito de aplicación.

En efecto, por una parte, y como consecuencia directa del debate sobre la naturaleza penal o civil de la OEP, la Directiva se aplica exclusivamente a las medidas de protección adoptadas en asuntos penales. Quedan por tanto fuera de este marco normativo las medidas de protección adoptadas en materia civil, para las que será de aplicación, cuando se adopte definitivamente, el Reglamento sobre órdenes civiles al que nos referimos anteriormente. Ahora bien, tal y como precisa el considerando nº 10 de la Directiva, «[p]ara que una medida de protección pueda ejecutarse de conformidad con la presente Directiva, no es necesario que se haya declarado mediante resolución firme la existencia de un delito penal. También carece de importancia la naturaleza penal, civil o administrativa de la autoridad que adopte la medida de protección». Por tanto y como resultado de la referida discusión, es cierto que se limita a asuntos penales pero se opta por una concepción amplia de dicha naturaleza penal.

Por otra parte, cabe precisar que la Directiva sólo se aplica a las medidas de protección adoptadas en favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos, pero no a las medidas adoptadas con fines de protección de testigos³⁸.

La Directiva también aporta una lista de lo que debe entenderse por medida de protección. En su artículo 5, enumera las siguientes prohibiciones o restricciones impuestas a la persona causante del peligro: «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». Puesto que las autoridades competentes para imponer este tipo de medidas pueden ser de naturaleza distinta (civiles, penales o administrativas) según los Estados, la Directiva señala la importancia de «dotar de un importante grado de flexibilidad al mecanismo de cooperación entre Estados miembros». En consecuencia, el Estado de ejecución puede acor-

38. El considerando nº 11 dispone que «[l]a presente Directiva está destinada a aplicarse a las medidas de protección adoptadas en favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos. Por lo tanto, no debe aplicarse a las medidas adoptadas con fines de protección de testigos».

dar aplicar medidas de protección distintas de las adoptadas en el Estado de emisión y se le reconoce «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» (considerando 20).

La Directiva también regula, entre otras cosas, el procedimiento de transmisión de la OEP (art. 8), la designación de las autoridades judiciales o equivalentes, competentes para dictar una OEP y para reconocerla (art. 3) así como la intervención, en su caso, de una o varias autoridades centrales para asistir a las autoridades competentes (art. 4).

B. LAS ZONAS DE SOMBRA DE LA DIRECTIVA SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

Si bien habrá que esperar a la emisión de las primeras órdenes europeas de protección para detectar los problemas de aplicación que plantean, algunos elementos del texto de la Directiva que suscitan incertidumbres merecen ser resaltados.

Por una parte, más allá del ámbito de aplicación limitado tras las arduas negociaciones, la Directiva sobre la OEP introduce la regulación de una serie de limitaciones al reconocimiento de medidas de protección que pueden reducir considerablemente los casos en los que se aplique la Directiva. El artículo 10 de la Directiva recoge en efecto un elenco de motivos de no reconocimiento de una OEP³⁹. En dicho listado, se incluyen tanto los clásicos defectos meramente formales –por ejemplo que la OEP esté incompleta o no se formalice en el plazo requerido (art. 10 a)– como otro tipo de supuestos que plantean dificultades de fondo. En particular, cabe destacar la prescripción del ejercicio de la acción

39. Se trata de los motivos siguientes: «a) cuando la orden europea de protección esté incompleta o no se haya completado en el plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución; b) cuando no se hayan cumplido los requisitos previstos en el artículo 5; c) cuando la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución; d) cuando la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho del Estado de ejecución, haya sido objeto de amnistía y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia con arreglo a dicho Derecho; e) cuando la persona causante del peligro goce de inmunidad conforme al Derecho del Estado de ejecución, y ello imposibilite la adopción de medidas fundadas en una orden europea de protección; f) cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, exista prescripción de la actuación penal contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, si tal hecho o conducta es de su competencia de conformidad con su Derecho nacional; g) cuando el reconocimiento de la orden europea de protección vulnere el principio *non bis in idem*; h) cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, la persona causante del peligro no pueda considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, por razón de su edad; i) cuando la medida de protección se refiera a una infracción penal que, según el Derecho del Estado de ejecución, se considere cometida totalmente, en su mayor parte o fundamentalmente dentro del territorio de su jurisdicción» (art. 10).

penal contra la conducta del causante del peligro (art. 10 f), susceptible de plantearse debido a las divergencias existentes en materia de plazos entre los Estados miembros. Asimismo, el apartado h del mismo artículo recoge la situación en la que la medida de protección se refiere a un acto que en el Estado de ejecución no constituye infracción penal, cosa que, una vez más, puede ocurrir debido a la disparidad en materia de tipificación penal entre los Estados miembros. En particular, puesto que la Directiva versa sobre medidas de protección y que, en su gestación, se pensaba en particular en la protección de mujeres víctimas de violencia de género, cabe señalar que no son muchos los Estados de la UE que tipifican como delito autónomo las conductas de violencia contra la mujer⁴⁰.

También se incluyen como motivos de no reconocimiento situaciones en las que existan problemas de competencia *ratione materiae* (art. 10 d) o *ratione loci* (art. 10 i) así como una serie de causas por las que el Estado de ejecución puede suspender las medidas adoptadas en virtud de una OEP⁴¹.

Por otra parte, por lo que respecta a la protección efectiva de la víctima mediante la OEP, habrá que ver si quedó zanjado uno de los riesgos de la OEP que se señaló durante las negociaciones, a saber, la preocupación respecto de la comunicación al agresor de la localización de la víctima. Ciertamente es que para evitar la comunicación de la localización exacta de la víctima, se incluyó en la Directiva el considerando 22 que, tras establecer el deber de información de todas las medidas adoptadas atendiendo a la OEP a la persona causante del peligro, precisa no obstante que «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». Por tanto, en un principio, los datos de localización exacta de la víctima (domicilio, lugar de trabajo, etc.) deberán permanecer secretos⁴².

40. GALLEGOS SÁNCHEZ, G., «La violencia contra la mujer en la Unión Europea. La Directiva 2011/99/UE: la Orden Europea de Protección», *Revista de Jurisprudencia*, nº 4, 29.03.2012.

41. El artículo 14.1 recoge las siguientes: «a) cuando existan indicios claros de que la persona protegida no reside ni permanece en el territorio del Estado de ejecución, o de que ha abandonado definitivamente dicho territorio; b) cuando haya expirado, con arreglo a su Derecho nacional, el plazo máximo de vigencia de las medidas adoptadas en ejecución de la orden europea de protección; c) en el caso previsto en el artículo 13, apartado 7, letra b), o d) cuando, tras el reconocimiento de la orden europea de protección, se haya transmitido al Estado de ejecución una sentencia, según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI».

42. Asimismo, en los dos anexos de la Directiva que contienen sendos formularios, se precisa al principio de cada uno de ellos que «[l]a información contenida en este formulario debe recibir el debido tratamiento confidencial». Anexo I: Formulario de la OEP contemplada en el artículo 7 de la Directiva. Anexo II: Formulario para la notificación de incumplimiento de la medida adoptada en virtud de la OEP, contemplada en el artículo 12 de la Directiva.

En definitiva, la complejidad de la normativa actual para la protección de las víctimas tiene su origen fundamentalmente en la batalla institucional librada en uno de esos pocos ámbitos en los que los Estados todavía tienen un reducto de iniciativa legislativa. En un tema tan sensible y políticamente expuesto como el de la protección de las víctimas, ni la Comisión ni los Estados han querido ceder y abandonar sus propias iniciativas con el fin de encontrar una solución conjunta que permitiera tratar de manera global el reconocimiento mutuo de las órdenes de protección emitidas en los Estados miembros. La solución de compromiso ha pasado entonces por una multiplicación de los instrumentos normativos para así compartir la iniciativa entre los distintos actores institucionales. Queda ahora por ver la aplicación que se dará tanto a la Directiva sobre la OEP como, una vez que se adopte, al Reglamento sobre órdenes civiles y si, en el caso de comunicaciones entre jurisdicciones de distintos órdenes, existirá confusión sobre el instrumento normativo aplicable.