

La lucha contra la violencia de género en la Unión Europea: una propuesta de directiva y varios interrogantes a resolver

The fight against gender-based violence in the European Union: a proposal for a directive and several questions to be solved

Raquel BORGES BLÁZQUEZ*

RESUMEN: La falta de un concepto de violencia de género a nivel europeo complica el reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. La redacción de un concepto de violencia de género es algo técnicamente sencillo pero políticamente complejo. Las distintas sensibilidades frente al problema de la violencia de género sitúan a la Unión en una encrucijada de difícil solución. Al legislador europeo se le presentan dos alternativas. La primera es la creación de una directiva de mínimos para así conseguir un respaldo sin oposición de todos los países del entorno. La segunda alter-

* Graduada en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Actualmente trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia como Profesora Ayudante Doctora en el departamento de Derecho Administrativo y Procesal. He realizado estancias en diversos centros de investigación europeos de prestigio en materia de Derechos Humanos (Max Planck Institut de Freiburg, Fundamental Rights Agency de Viena, Max Planck Institut de Heidelberg) y soy autora de dos monografías en editoriales españolas de prestigio. Además, obtuve el premio Olga Quiñones y el Premio Extraordinario de Doctorado por mi tesis doctoral sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección para las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Contacto: <Raquel.Borges@uv.es> ORCID: 0000-0003-4899-406X. Este artículo se ha realizado en el marco del proyecto PID 2021-123170OB-I00, claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género. Fecha de recepción: 29/09/2023. Fecha de aprobación: 23/10/2023.

nativa corresponde a una apuesta decidida por luchar contra la lacra social de la violencia contra las mujeres, forzando así a los legisladores nacionales con menor conciencia social del problema a adaptar sus legislaciones. Como veremos, en determinados aspectos la propuesta de directiva ha sido valiente, pero en otros parece que ha optado por el conservadurismo para así obtener un mayor apoyo de los diferentes países. No es ésta una decisión sencilla, por las implicaciones políticas que trae consigo. En el trabajo nos limitaremos al análisis del punto de vista jurídico comparando los avances de la directiva junto con los que se han dado en España.

PALABRAS CLAVES: Violencia de Género; Unión Europea; Reconocimiento Mutuo; Armonización; Proceso Penal.

ABSTRACT: The lack of a concept of gender-based violence at European level complicates the mutual recognition of criminal decisions at EU level. The creation of a concept of gender-based violence is technically simple but politically complex. The different sensitivities to the problem of gender-based violence place the EU at a crossroads that is difficult to resolve. The European legislator is presented with two alternatives. First one is the creation of a minimum directive in order to obtain unopposed support from all neighbouring countries. Second one would be to show an strong commitment to fight against violence against women, forcing national legislators who are less socially aware of the problem to adapt their legislation. As we shall see, in certain aspects the proposal for a directive has been courageous, but in others it seems to have opted for conservatism in order to obtain greater support from the different countries. This is not a simple decision, given the political implications it entails. In this paper we will limit ourselves to an analysis of the legal point of view, comparing the advances of the directive with those that have taken place in Spain.

KEYWORD: Gender Violence; European Union; Mutual Recognition; Harmonisation; Criminal Procedure.

Los trabajos preparatorios han revelado la necesidad de actuar en los ámbitos del acceso a la justicia, incluidas las normas mínimas sobre las definiciones y sanciones correspondientes a determinadas infracciones penales, los derechos y la protección de las víctimas en relación con los procesos penales, el apoyo especializado a las víctimas, la prevención de este tipo de violencia y el refuerzo de una coordinación y cooperación más estrechas a escala de la UE y nacional. Las normas pertinentes de la UE están fragmentadas en diversos instrumentos jurídicos y no han dado lugar a un seguimiento y un cumplimiento eficaces.¹

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Tanto el Parlamento como la Comisión Europea acusan la necesidad de una directiva para combatir la violencia de género a nivel europeo pues, aunque reconocen que los diversos Estados miembros tienen en agenda la lucha contra este tipo de violencia, las legislaciones distan mucho en cuanto a protección otorgada así como a definiciones de qué se considera violencia de género. La falta de armonización, como se verá más adelante, dificulta el reconocimiento mutuo de resoluciones. Además, la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen, ha puesto énfasis en la gravedad de la violencia de género y ha propuesto que sea una prioridad para la Comisión durante su período de mandato (2019-2024). Así, el 8 de marzo de 2022, coincidiendo con el Día Internacional de la Mujer Trabajadora, la Comisión Europea

¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Estrasburgo, 8.3.2022 COM (2022) 105 final 2022/0066 (COD), p. 4. Consultado en: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0105&from=ES>>.

adoptó una propuesta legislativa para combatir la violencia de género y doméstica con el objetivo de buscar unos estándares mínimos en toda la Unión. Esta propuesta se envió el 12 de enero de 2023 a los diferentes Parlamentos nacionales y a diversos comités. Fruto de estos debates y aportaciones, el 28 de febrero de 2023 se incluyeron hasta 481 enmiendas a la propuesta original.²

La violencia de género no es sólo una violación flagrante de Derechos Humanos, es también un grave problema para la Unión en términos económicos. Según el Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), la violencia de género le cuesta a la UE 289.000 millones de euros al año. La investigación del EPRS también ha cuantificado el coste de la ciber violencia contra mujeres y niñas entre 49.000 y 89.300 millones de euros al año.³ No obstante, como el propio informe reconoce, no tenemos datos para cuantificar la entidad del problema y la última macroencuesta realizada por la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA) es de 2014.⁴ Diez años han pasado, con numerosos cambios sociales, una pandemia y una guerra incluidas. Trabajamos con aproximaciones y por eso la propia propuesta de directiva propone la creación de registros. Además, sería conveniente realizar de nuevo una macroencuesta de este calibre para disponer de datos actualizados.

La UE ha tenido un rol importante impulsando políticas que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres.⁵ El artículo 2 del

² SHREEVES, Rosamund, *European Parliament - Combating violence against women and domestic violence*, 2023. p. 1.

³ Traducción libre: “According to the European Institute for Gender Equality (EIGE), it costs the EU €289 billion per year. EPRS research quantifies the cost of cyber-violence against women and girls at €49.0 to €89.3 billion per year”. SHREEVES, Rosamund, *op. cit.*

⁴ Consultado en: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>>.

⁵ GUTIERREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a las mujeres: genera-

Tratado de la Unión Europea (TUE) indica que la “igualdad de mujeres y hombres” es fundamento de la propia Unión y el apartado tercero del artículo 3 TUE compromete a la Unión a “fomentar la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres”, asumiendo, por ende, que se parte de una situación de desigualdad. El artículo 13 TUE permite la adopción de acciones adecuadas para luchar contra todo tipo de discriminación, entre otras, por razones de sexo u orientación sexual. Pero comparto con Gutiérrez-Solana Journoud que la labor desarrollada por las instituciones de la Unión ha tenido un carácter parcial, centrando su labor en determinadas áreas e ignorando la transversalidad del heteropatriarcado. La normativa europea se ha centrado en la lucha contra la desigualdad de género en el ámbito laboral.⁶ De nue-

lidad frente a especificidad”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 838.

⁶ Entre otras, STJUE, Asunto C-426/75, Alemania c. Consejo, de 9 de noviembre de 1995 (ECLI:EU:C:1995:367). Sentencia Defrenne II de 8 de abril de 1976 (asunto C-43/75): efecto directo del principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres tanto en empresas públicas como privadas; STJUE, Asunto 170/84, Bilka – Jauflhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz, de 13 de mayo de 1986 (ECLI:EU:C:1986:204). Sentencia Bilka de 13 de mayo de 1986 (asunto C-170/84): una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una “discriminación indirecta” si ésta afectaba a un número más elevado de mujeres que de hombres salvo que pudiese demostrarse que se basaba en factores objetivamente justificados ajenos al sexo; STJUE, Asunto C-262/88 INT, Barber (Manuel Enrique Peinado Guitart), de 17 de diciembre de 2010 (ECLI:EU:C:2010:795). Sentencia Barber de 17 de mayo de 1990 (asunto C-262/88): los derechos en materia de jubilación o de supervivencia deben darse a la misma edad en hombres y mujeres; STJUE, Asunto C-409/95, Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, de 11 de noviembre de 1997 (ECLI:EU:C:1997:533). Sentencia Marschall de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95): el Tribunal declaró que la legislación

vo, suscribo lo referido por Vidal Fernández, aunque numerosos instrumentos normativos nacionales y supranacionales regulan la protección de las víctimas en la UE, las normas básicas en la materia son pocas y, además, ninguna específica⁷ siendo “dicho panorama es el resultado visible de la batalla institucional⁸ librada en defensa del derecho de iniciativa legislativa entre el Consejo y la Comisión, modificado por el Tratado de Lisboa”.⁹ Probablemente aquí resida gran parte de la novedad e importancia de la Directiva.

Pero no es ésta la primera vez que desde el Parlamento Europeo se pide que la Comisión proponga legislación a nivel de la Unión sobre la violencia contra las mujeres. De hecho, existe diversa normativa europea que, poco a poco, ha ido abriendo camino a algo que parecía tan lejano como la creación de un concepto de violencia de género y la tipificación de delitos a nivel europeo. Algunas de estas normas son específicas para las vícti-

comunitaria no se oponía a la norma nacional que obligase a promover de manera prioritaria a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad en los que las mujeres eran menos numerosas que los hombres; STJUE, Asunto C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats y otros, de 1 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:100). Sentencia Test-Achats de 1 de marzo de 2011 (asunto C-236/09): el Tribunal declaró que debe aplicarse el mismo sistema de cálculo actuarial a hombres y mujeres en el momento de determinar las primas y las prestaciones a efectos de seguros.

⁷ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en: JIMENO BULMES, Mar (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, 2014, p. 157.

⁸ En el mismo sentido, PEYRÓ LLOPIS, Ana, “La protección de las víctimas en la Unión Europea: la orden europea de protección”, *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, p. 16.

⁹ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Capítulo IV (1) Instrumentos procesales. Protección de las víctimas en el proceso penal”, en: JIMENO BULMES, Mar (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, 2014, p. 157.

mas de violencia de género y otras son legislación que las complementa. En este segundo supuesto es en el que se encuentran la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección y la Directiva 2012/29/UE de derechos de las víctimas, instrumentos que la propia propuesta de directiva cita expresamente. Como he indicado estos instrumentos no son específicos para las víctimas de violencia de género. La ampliación para abarcar y proteger a un mayor número de víctimas, aunque pudiera parecer beneficiosa, resta especificidad y olvida matices importantes respecto de las víctimas. En cambio, existen una serie de directivas sobre la igualdad de género en materia laboral y de acceso a bienes y servicios específicas y de las que la propia propuesta de directiva se hace eco: la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

Es precisamente intentando prevenir y combatir esta violencia que surge la propuesta de directiva para dotar de mayor eficacia a los instrumentos ya existentes. Para ello propone la tipificación penal de aquellas formas de violencia que afectan de manera desproporcionada a la mujer. Toma como punto de referencia el Convenio de Estambul y da una definición de violencia de género en línea con este instrumento internacional así como con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)¹⁰ y la Conferencia de Pekín de

¹⁰ *Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (indica sexo y no género) que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el recono-*

1995.¹¹ No en vano, refiere que sucede tanto en el ámbito público como el privado, siendo ésta una de las mayores aportaciones que realizó CEDAW en 1979 y que fue reiterada 16 años después en Pekín. Así, CEDAW hacía referencia a la esfera pública con múltiples ejemplos para terminar haciendo referencia a “o en cualquier otra esfera” que sería la privada. En Pekín, indica pública o privada, sin distinción alguna.

Pero, además, indica que quién más sufre la violencia doméstica son las mujeres.¹² Esto es importante porque, en cierto modo, la propuesta de directiva aúna el concepto internacional de violencia de género junto con el que manejamos en nuestro país con la Ley Orgánica de Violencia de Género (LOVG)¹³ siendo que la mayoría de las medidas de protección que encontramos en la propuesta van dirigidas a las víctimas de violencia de género en el ámbito del hogar. La similitud de conceptos facilitará la adopción de la futurible directiva por el Estado español.

La propuesta de directiva es valiente y apuesta por referir las diversas vulneraciones de derechos humanos respecto de la violencia sobre las mujeres llamando a las cosas por su nombre. En

cimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. (Artículo 1).

¹¹ *Todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada.* (Párrafo 113 Plataforma Acción de Beijing).

¹² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, pp. 2-4.

¹³ *La violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.* (Artículo 1).

su Considerando (7) refiere que “La violencia contra las mujeres es una manifestación persistente de la discriminación estructural contra las mujeres, resultado de relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Es una forma de violencia de género, infligida principalmente a mujeres y niñas, por hombres.” Y continúa refiriendo que sus orígenes se encuentran en aquellos roles y comportamientos que como sociedad venimos manteniendo desde el origen de los tiempos. Pero que estos roles cada vez sean más difusos no significa que las vulneraciones de derechos humanos dejen de existir. Del mismo modo, en el Considerando (8) refiere que la violencia doméstica es un problema social grave que a menudo permanece oculto. Puede ocasionar traumas psicológicos y físicos importantes de graves consecuencias, porque el autor suele ser una persona conocida para las víctimas, en la que ellas esperarían poder confiar. Ambas violencias se entrecruzan y superponen en determinados momentos siendo que las víctimas de violencia contra la mujer en el ámbito del hogar tienen un mayor riesgo de intimidación, represalias y victimización secundaria. Su victimario sabe todo de ellas, tiene una sociedad (cada vez menos) cómplice y las víctimas no son capaces de valorar su riesgo con objetividad porque son las únicas víctimas que quieren o han querido a su agresor. En las siguientes páginas presentaremos el contexto global que proporciona las bases para el trabajo actual y los principales objetivos que se persiguen, junto con la estructura y metodología seguida para realizar la investigación.

II. HIPÓTESIS

La disyuntiva entre una directiva puntera o conservadora la encontramos en la historia de la lucha por la conquista de derechos de las mujeres. Sirva a modo de ejemplo, el debate que Maud y Ethel mantienen en la caída de los gigantes respecto del voto femenino en la Inglaterra de la primera guerra mundial y post-

guerra. Mientras que Ethel –hija de un minero– considera que la obtención del voto femenino solo a aquellas mayores de 30 años es un avance y las conquistas deben ir realizándose poco a poco Maud –hermana de un conde– considera que no existen motivos para excluir al resto de mujeres y que no caben las conquistas a medias. Refiere Maud, “la mayoría de las mujeres que se dedican a la fabricación de armamento, y que son esenciales para la campaña de guerra, serán demasiado jóvenes para votar. Y también la mayoría de las enfermeras que han arriesgado su vida al cuidar a los heridos en Francia. Las viudas de los soldados no pueden votar, pese al terrible sacrificio que han hecho, si resulta que viven en casas de alquiler”¹⁴ Ethel, en cambio, considera que “las reformas tienen que hacerse paso a paso. Poco a poco, todos los hombres han ido consiguiendo el derecho al voto. Incluso ahora, solo la mitad de ellos puede votar...”¹⁵ Ken Follet ilustra a la perfección la lucha feminista. La disyuntiva entre progresismo y conservadurismo, al fin y al cabo no tiene otra que valorar si se está avanzando demasiado rápido en determinadas cuestiones y cuántos escollos va a tener que superar la propuesta.

La realidad es que nuestro legislador tiene de sobra la técnica para crear un “código penal europeo” o una legislación en materia de protección de mujeres porque dispone de ejemplos en los diversos países así como de las críticas que tanto la doctrina, la sociedad civil como la judicatura han hecho a la aplicación de las leyes para poder mejorarlas. La hipótesis de partida que mantene-
mos es que, de fondo, existen razones políticas¹⁶ que harán que el legislador opte, en determinados casos, por una política de mínimos y, en otros, decida ser valiente.

¹⁴ FOLLET, Ken, *La caída de los gigantes*, Barcelona, Plaza & Janes, 2010, p. 647.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ En el mismo sentido, “National identity rethoric currently permeates the political debate in many European countries”. CLOOTS, Elke, *National Identity in the EU Law*, Oxford University Press, 2015, p. 1.

La protección de los derechos básicos de naturaleza procesal solo podrá considerarse efectiva en el momento en que se haya instituido y consolidado un sistema europeo de cooperación judicial (de carácter penal)¹⁷ por medio de disposiciones que bien unifiquen o armonicen¹⁸ las legislaciones procesales nacionales y doten así de operatividad al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, pilar de la cooperación judicial.¹⁹ Es éste el objetivo de la propuesta de directiva que analizamos.

La armonización legislativa penal –sustantiva y procesal– a través del proceso legislativo ordinario, consagrado en los artículos 82, 83 y 84 del Tratado de Lisboa se ha llevado a cabo con referencias de política criminal centradas en tipologías delictivas tales como el terrorismo, la delincuencia organizada y económica, el tráfico de drogas o la delincuencia informática intentado armonizar primero y aproximar más tarde las diferentes legislaciones de los estados miembros en materia de investigación, enjuiciamiento

¹⁷ Indica Vervaele que los EEMM son libres para establecer las sanciones en vía civil, administrativa o penal de acuerdo con su tradición jurídica. Es el legislador comunitario en que tiene, consecuentemente, una competencia normativa centrada en la instauración y puesta en funcionamiento de los sistemas de tutela dentro de los distintos EEMM. Éstos deben presentar los resultados, pero son libres de elegir el instrumento a utilizar para alcanzarlos. VERVAELE, John A. E., “De Eurojust a la fiscalía europea en el espacio judicial europeo. ¿El inicio de un derecho procesal penal europeo?”, en: ESPINOSA RAMOS, Jorge A.; VICENTE CARBAJOSA, Isabel (dir.) *La futura Fiscalía Europea*, 2009, p. 135.

¹⁸ A propósito de la armonización judicial de carácter penal, puede leerse: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, “La Orden Europea de Investigación Penal en España: aplicación y contenido. Posible relación con la Orden Europea de Protección (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8660, 2015.

¹⁹ FAGGIANI, Valentina, “I. Derechos y garantías procesales ante el reto del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en: GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier, FAGGIANI, Valentina, “La armonización de los derechos procesales en la UE”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 16, 2013, p. 7.

y ejecución.²⁰ La violencia de género no había sido una prioridad en esta armonización. El informe 38/2022 de las Cortes Generales²¹ tilda a la propuesta de “necesaria y urgente” para que así la UE, dentro de su ámbito de competencia, pueda forzar la tipificación de determinadas formas de violencia que afectan de forma desproporcionada a las mujeres y que no siempre encuentran una respuesta óptima en su país. Reconocemos la valentía del legislador europeo al indicar que la violación se basa meramente en la falta de consentimiento, forzando así a los estados miembros que para tipificar el delito piden que haya fuerza o amenaza a modificar sus legislaciones. Aunque se comentará más adelante, la importancia que se da al consentimiento en las agresiones sexuales debe leerse en clave política atendiendo a las reformas legislativas que estamos viviendo diversos países europeos. Por otro lado, refuerza los derechos de las víctimas a la protección potenciando diversos instrumentos europeos de reconocimiento mutuo. Pero, tal vez aquí, el legislador se quede corto. La cuestión de fondo en esta potenciación es el conocimiento y la efectividad de los instrumentos, porque, como veremos, no basta con que la directiva refuerce instrumentos ya existentes, debe realizarse una labor de formación a los diversos operadores jurídicos para que conozcan las herramientas que les brinda el sistema europeo y para, como refiere la magistrada Lucía Avilés, que el juez nacional tenga conciencia de juez europeo.

²⁰ GONZÁLEZ CANO, M. Isabel, “Justicia penal e integración europea: hacia nuevos modelos de cooperación judicial penal”, en: ETXEBARRÍA ESTANKONA, Katixa; ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; OTAUZA ZABALA, Goixeder (dirs.) *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 793.

²¹ Informe 38/2022 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 18 de mayo de 2022, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. A 004016, 20.05.2022,

III. METODOLOGÍA

La metodología seguida para el desarrollo de este trabajo se basa en la investigación doctrinal tradicional, que implica la revisión de doctrina, legislación, jurisprudencia y datos estadísticos para analizar la situación actual de un instrumento jurídico particular y construir un argumento que sea consistente dentro de la disciplina del derecho procesal para desarrollar propuestas que mejoren las medidas de protección de las víctimas de violencia de género dentro de la UE. Por lo tanto, las fuentes utilizadas para realizar la presente investigación pueden ser clasificadas en los siguientes grupos: literatura científica, informes oficiales, legislación y jurisprudencia, con variación en la importancia de cada una según los diferentes campos de estudio y etapas de la investigación.

Para analizar el surgimiento y expansión de los derechos de las mujeres a una vida sin violencia, la investigación se ha centrado principalmente en el análisis de herramientas jurídicas nacionales e internacionales, informes oficiales y la jurisprudencia más reciente de las autoridades españolas y europeas. Además, la información recopilada por medio de estas fuentes se ha completado, en la medida de lo posible, con literatura nacional e internacional. Además, se ha analizado la literatura científica sobre el surgimiento y expansión de un sistema penal a nivel europeo. Por ello, la investigación ha consistido en la revisión de literatura sobre la construcción de la UE y los acuerdos de reconocimiento mutuo más importantes para la protección de víctimas en el espacio UE. Si bien este trabajo escapa de lo meramente jurídico y enlaza con cuestiones políticas a la hora de decidir hasta donde está dispuesta la Unión a llegar en materia de protección de víctimas, no es éste el objeto sobre el que se reflexionará al escapar del ámbito de conocimiento de quién suscribe estas líneas. Por ello, nos limitaremos a reflexionar respecto de aspectos concretos de la propuesta de directiva que tienen especial relevancia para el derecho procesal.

IV. REFLEXIONES

De entre las novedades de la propuesta de directiva me gustaría detenerme en el impulso decidido a los instrumentos de reconocimiento mutuo y la tipificación del delito de violación para aportar una pequeña reflexión a la doctrina. La elección se debe a la falta de espacio para realizar un estudio exhaustivo de todos. He optado por el consentimiento penal por referirse a éste expresamente nuestras Cortes en el informe que realizan y por el reconocimiento mutuo de instrumentos de protección al ser éste un tema en el que llevo trabajando desde mi tesis doctoral y que considero clave en la lucha contra la violencia de género pues, como indica Pérez-Olleros, “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”.²²

Reflexión primera: El impulso decidido a los instrumentos de reconocimiento mutuo de protección de víctimas, entre estos la Orden de Protección Europea.

Probablemente sea en este punto en el que considero que el legislador europeo ha sido más conservador. Considero que no proteger o proteger de manera insuficiente manda el mensaje a la sociedad de pasividad estatal que favorece la reiteración de las conductas por parte de los agresores.²³ Los derechos deben ser protegidos por el propio Estado que debe, también, favorecer su ejercicio real e igualitario.²⁴ El TEDH se ha pronunciado en este sentido en diversas sentencias, entre ellas: A. v. Croatia, núm. 55164/08, de 14 de octubre de 2011, Hajduová v. Slovakia,

²² PÉREZ-OLLEROS SÁNCHEZ-BORDONA, Francisco Javier, “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 13 de junio de 2005, p. 12.

²³ FRA, *Women as victims of partner violence. Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, p. 60.

²⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH”, *Indret*, 2016, p. 5.

núm. 2660/03, de 30 de noviembre de 2010 y Opuz v. Turkey, núm. 33401/02, de 9 de septiembre de 2009. Entre las medidas de protección, la propuesta de directiva indica expresamente que se busca “garantizar la protección mediante órdenes urgentes de prohibición y de protección”. Estas medidas urgentes invocan, en cierto modo, lo que Ruiz López ha denominado el “derecho a la presunción de victimidad”, que consistiría en adelantar derechos procesales como puede ser el de la protección “antes de que exista resolución judicial firme que acredite su condición de víctima con un carácter procesal”.²⁵

En los considerandos (33) a (37) la propuesta de directiva reitera la necesidad de la adopción de medidas de protección además del artículo 21. Pero, al igual que lo fue con la promulgación de la Directiva sobre la orden europea de protección, el legislador europeo es cauteloso y no entra a valorar cómo deben adoptarse dichas medidas: “El presente artículo no obliga a los Estados miembros a modificar sus sistemas nacionales por lo que respecta a la clasificación jurisdiccional de las órdenes urgentes de alejamiento y las órdenes de protección en el Derecho penal, civil o administrativo” (art. 22.5). En el año 2011 no fue posible el consenso respecto del concepto de medida europea de protección, se optó por el pragmatismo. El derecho procesal penal debía ser el encargado de ir acercando, poco a poco, las legislaciones a medida que el instrumento se utilizase. No en vano, disponemos de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección y del Reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil como dos instrumentos casi idénticos para el mismo uso dependiendo de si nos movemos en ámbitos civiles o penales.

Ya me pronuncié en el pasado respecto del profundo respeto que tiene el legislador europeo de las legislaciones nacionales. La

²⁵ RUIZ LÓPEZ, Cristina, *Las víctimas de violencia contra las mujeres en la Unión Europea: Derechos procesales desde una perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 267.

creación de un Código Penal Europeo no presenta problemas técnicos, los problemas son políticos por la complicación que supone que todos los Estados renuncien a sus diferentes historias legislativas para crear categorías jurídicas comunes. El derecho procesal está armonizando las legislaciones poco a poco. Mientras sigamos utilizando los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo acercaremos los diferentes sistemas entre sí manteniendo lo mejor de cada uno.²⁶

Reflexión segunda: Basar la existencia, o no, del delito de violación en el consentimiento y la prueba de éste.

Como se indicó previamente, considero que la decisión de basar la existencia del delito de violación en el consentimiento debe leerse en clave política. La base jurídica existe, pues el artículo 83.1 TFUE abre la puerta a que se requiera a los diversos Estados miembros legislar y criminalizar ofreciéndoles unas reglas mínimas al respecto. Cuestión diferente será valorar si efectivamente podría dar lugar a una inversión de la carga de la prueba o si el principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el artículo 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 24 de la Constitución Española hace que la duda respecto del consentimiento traiga consigo el *in dubio pro reo*. Esta cuestión deberá ser estudiada a la luz de la jurisprudencia más reciente pues a efectos de prueba deviene complicado exigir al acusado

²⁶ Traducción propia de la propuesta cuarta: “The creation of a European Criminal Code does not present technical problems. The problems are political due to the complication that involves all the States to give up their different legislative histories in order to create common juridical categories. Procedural law is harmonizing legislations little by little. As long as we keep using the different mutual recognition instruments we will approach the different systems to each other keeping the best of each one.” BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, Tesis defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 2019, p. 558.

que pruebe que sí que existió el consentimiento ya que se es inocente hasta que se pruebe lo contrario y compete a la acusación presentar las pruebas de cargo. En caso contrario corremos el riesgo de invertir la carga de la prueba. Permaneceremos atentos a las novedades jurisprudenciales. A este respecto, García Arroyo, no deja de ser significativo tener que indicar una y otra vez -y siempre que se trata de mujeres- que la presunción de inocencia no va a verse vulnerada.²⁷ Como refiere Lorente Acosta nadie pone en duda las estafas a los seguros cuando entran a robar en una casa, pero el argumento a las denuncias falsas en violencia de género es recurrente cuando tratamos de legislar para conseguir una igualdad real.²⁸

No obstante, no quería dejar de mencionar esta cuestión en el estudio y apuntar las reflexiones de nuestras propias Cortes Generales: “El texto es muy novedoso y destaca la importancia que se da al consentimiento: dice de forma muy concreta la Directiva que si se da consentimiento inicial este debe poder retirarse en cualquier momento del acto, en consonancia con la autonomía sexual de la víctima, y no debe implicar automáticamente el consentimiento para actos futuros. La ausencia de consentimiento no puede ser refutada exclusivamente por el silencio de la mujer, la no resistencia verbal o física o la conducta sexual anterior. Se incluyen los supuestos en que la víctima no está en condiciones de consentir libremente (sueño, intoxicación, discapacidad ...). En el considerando se indica que la penetración sexual no consentida

²⁷ A este respecto: GARCÍA ARROYO, Cristina, “Solo ‘el sí es sí’ no es suficiente para acabar con la cultura de la violación”, *Diario de Pontevedra*, 22 de agosto de 2022.

²⁸ LORENTE ACOSTA, Miguel, “¿...Y los hombres asesinados?”, Disponible en: <https://www.huffingtonpost.es/miguel-lorente/y-los-hombres-asesinados_b_8953808.html>; LORENTE ACOSTA, Miguel, “¿... “Hombres asesinados y mentiras resucitadas”, Disponible en: <<https://blogs.elpais.com/autopsia/2013/06/index.html>>.

debe constituir una violación incluso cuando se comete contra el cónyuge o la pareja.”²⁹

En el caso Español, recoge el citado informe 38/2022, no nos será difícil adaptarnos a la tipificación propuesta pues ya disponemos de una redacción muy similar en nuestro país. Considero que este artículo debe entenderse incluyendo factores sociopolíticos que deberán ser estudiados por los profesionales en la materia y que nos haría iniciar un debate que excede del objeto de estas líneas: el uso de la política criminal de urgencia cuyo eje esencial es la neutralización del riesgo.³⁰ Aunque pudiera parecer que las víctimas de violencia de género³¹ no forman parte de este “populismo punitivo”, la realidad nos muestra que, frente a los crímenes más espantosos frente a mujeres –y niños–, la sociedad despierta y pide condenas ejemplares contra la barbarie.³² En nuestro caso,

²⁹ Informe 38/2022 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 18 de mayo de 2022, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. A 004016, 20.05.2022, p. 5.

³⁰ DONINI, Massimo, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima, Ara Editores, 2010, pp. 37-46.

³¹ En este caso vamos a utilizar el concepto género en un sentido omnicompreensivo, agresiones contra mujeres y niños en el marco de una relación de afectividad (LOVG) y agresiones contra mujeres por su género (Pacto de Estado).

³² Tras el crimen de las niñas de Alcàsser, el periódico El País publicó el Editorial “Espanto y talión” (1993): “La utilización del dolor de otros niños, compañeros de las víctimas, para convertir el drama en espectáculo resulta indecente. Especialmente cuando, como ocurrió ayer en algunos espacios televisivos, se aprovecha la tensión vivida por esos niños durante más de dos meses para convertirlos en heraldos de la ley del talión”. Disponible en: <https://elpais.com/diario/1993/01/29/opinion/728262007_850215.html>. Esta misma sed de venganza puede leerse en distintos Editoriales a propósito del caso Diana Quer (2017) populismo punitivo a costa del dolor de las víctimas: <https://elpais.com/diario/2017/01/29/opinion/728262007_850215.html>.

esta modificación surgió de una demanda social a raíz del conocido caso de “la manada” en unas fiestas de San Fermín.³³

V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Primera. Como ha podido leerse a lo largo de estas páginas, estamos ante una propuesta de directiva valiente que en la disyuntiva ha optado por el progreso. La tipificación de las conductas hará que aquellos países que minimizan los actos de violencia de género, deban reconocerlos y condenarlos. Vaya por delante mi valoración positiva a la creación de un delito de violencia de género en la Unión y en los términos en los que está plasmado en la propuesta de la Directiva. Por un lado, la tipificación penal de la violencia de género a nivel UE responde a una demanda feminista que facilitará el reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas por los diversos Estados miembros. Además, puede acabar generando el efecto de lluvia fina que la profesora Martínez García refiere en diversos textos.³⁴ Es decir, que aquellos estados que no reconocen esta lacra social como una vulneración de derechos humanos y, consecuentemente, un delito, terminen por acercarse a las legislaciones de aquellos países que sí lo hacen.

com/elpais/2018/03/14/opinion/1521045684_650337.html> o Gabriel Cruz (2018) y el contagio del odio: <https://verne.elpais.com/verne/2018/03/12/articulo/1520864657_272631.html>.

³³ Puede leerse la STS 344/2019 en: <<https://ep00.epimg.net/descargables/2019/07/05/6c492a5ff38b11ed77a1a8166acec175.pdf>>.

³⁴ Por todos: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La orden Europea de Protección en el marco de la nueva ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea” en: MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.) y VEGAS AGUILAR, Juan Carlos (coord.), *La Orden de Protección Europea. Protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 40-58.

Segunda. El derecho penal (procesal y sustantivo) europeo acercará los diversos ordenamientos jurídicos de la Unión en temas sensibles y de derechos humanos. La directiva ha dado un paso adelante muy importante dejando claro que la UE ya no solo se mueve por intereses económicos, también busca ser un lugar en el que los derechos humanos se respeten. Por otro lado, incide en la necesidad de reforzar las medidas de protección, pues existen retos importantes en cuanto al fortalecimiento de las medidas de protección actualmente existentes.

Tercera. Finalmente, deviene necesario poner de relieve la falta de datos estadísticos concretos que necesitaríamos para realizar estudios más precisos en la materia. Esto se observa en la recogida de datos para conocer la entidad del problema. Como he indicado en la introducción, nos movemos con datos aproximados y no es posible realizar un estudio riguroso sin datos estadísticos concretos y actualizados. Es ésta una demanda que también se viene realizando desde hace tiempo. Y no es la primera vez que se apuesta por la recogida de datos y acaba siendo un brindis al sol. En este sentido, el Considerando (32) de la Directiva sobre la orden de protección europea: “Con el fin de facilitar la evaluación de la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros deben facilitar a la Comisión datos pertinentes sobre la aplicación de los procedimientos nacionales relativos a la orden europea de protección, al menos sobre el número de órdenes europeas de protección solicitadas, dictadas o reconocidas. A este respecto, también serían útiles otros tipos de datos, referentes, por ejemplo, a los tipos de delitos de que se trata”. Estos datos no se han facilitado. Esperemos que con la propuesta de directiva se cree finalmente dicho registro que, ya en repercusiones presupuestarias, ha dejado indicado que sería el *European Institut for Gender Equality* (EIGE) el encargado de 1) desarrollar e implantar la herramienta, 2) asegurar el mantenimiento técnico y funcionamiento de ésta, 3) desarrollar e implantar la metodología y desagregación de datos comunes en materia de cooperación con los diversos Estados así como 4) elaborar directrices que armonicen y normalicen las estadísticas sobre delitos de violencia de género y doméstica.