



**UNIVERSIDAD
DE BURGOS**

FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS, ECONÓMICAS Y SOCIALES

**DERECHOS PROCESALES DE LAS VÍCTIMAS DE
VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES
BASADA EN EL GÉNERO
EN LA UNIÓN EUROPEA**

Memoria de Tesis para la obtención del grado de Doctora presentada por
CRISTINA RUIZ LÓPEZ
bajo la dirección de la Profa. Dra. D^a. MAR JIMENO BULNES,
Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos

Burgos, 2020

AGRADECIMIENTOS

Durante mi estancia en Países Bajos, en el marco de la conmemoración de la liberación de la invasión nazi del Estado holandés durante la Segunda Guerra Mundial, desarrollé en La Haya una actividad para la toma de consciencia de los privilegios que disfrutamos y no somos conscientes. Soy plenamente consciente de los privilegios que he tenido y tengo por haber podido culminar los estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Burgos. Sobre tres focos se asientan estos privilegios. En primer lugar, disfruto del derecho a la educación siendo mujer y no es sino la exteriorización de las reivindicaciones históricas de tantas mujeres conocidas y anónimas y de algunos hombres que destinaron su vida al reconocimiento del derecho de las mujeres a la educación en igualdad de condiciones. En segundo lugar, he tenido el apoyo de mi madre y de mi padre tanto moral como económico durante mis estudios de licenciatura combinada en Derecho y Humanidades. En tercer lugar, durante mis estudios de postgrado he tenido la oportunidad de concurrir a la concesión de becas y ayudas públicas, así como contratos predoctorales, tanto en los estudios de Máster como de Doctorado y no es sino la materialización de un Estado Social que tantas personas reivindicaron y articularon para la igualdad *de facto* en el acceso a la formación académica.

A todos estos privilegios estructurales, se les une otros privilegios particulares consecuencia de las personas que me rodean profesional y personalmente. En este sentido, he tenido la suerte desarrollar esta tesis doctoral bajo la dirección de la catedrática Mar Jimeno Bulnes, una persona excelente tanto en lo profesional como lo humano. Estoy eternamente agradecida no solo por los consejos, recomendaciones y sugerencias a nivel investigador sino por haber hecho que Burgos y su Universidad sean lugares cálidos y acogedores desde el primer minuto.

Asimismo, quiero hacer una mención especial a la catedrática Helena Soletto Muñoz, a quien agradezco haberme dado la oportunidad de estar a su lado, permitirme conocer la vida académica, haberme acompañado en este día sin dudar desde el primer momento en que le fue propuesto participar como miembro del tribunal y ser una referencia profesional y personal.

Extiendo el agradecimiento a todas y todos los miembros del tribunal, profesores Juan Luís Gómez Colomer, además por aceptar la presidencia de este tribunal, al profesor Julio Pérez Gil, especialmente por aceptar la secretaría del tribunal, de nuevo profesora Helena Soletto Muñoz, profesora Inmaculada Sánchez Barrio, profesora Joanna Banach Gutiérrez, así como a los miembros suplentes, las profesoras Ana Beltrán Montoliu y profesora Begoña Vida Fernández, por la aceptación de su participación en el acto de defensa, el tiempo destinado a la lectura de la tesis y todas las aportaciones, consideraciones y consejos profesionales que sin duda tendré muy en cuenta.

Quiero dedicar unas palabras especiales para mis compañeros del área de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos: Julio, Félix, Kiko, Pablo, Rodrigo, Serena, Diego y David. Desde el primer momento me habéis hecho sentir una más y cada una de vuestras opiniones, conversaciones, seminarios, etc. ha supuesto un estímulo personal y profesionalmente. En especial, muchas gracias al catedrático Julio Pérez Gil por tu apoyo constante, tus consejos y tus críticas y por la confianza y seguridad que me transmites.

También quiero acordarme de mis compañeras y compañeros del área de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de quienes recibo mucho afecto. En especial, Emiliano, Jessica, Belén, Tamara, Juan, Amaya, Anna, Raquel, Rocío y Diana.

Agradezco al equipo administrativo e investigador del *International Institute Victimology* (INTERVICT) de la Universidad de Tilburg, Países Bajos, haberme posibilitado desarrollar una estancia de investigación muy satisfactoria en lo personal y en lo profesional y aprender durante tres meses otras formas de trabajar, de investigar y de ver el mundo. En especial, a su director Antony Pemberton, así como a Vivi Hermans, Conny Rijken, Leyla Khadraoui, Eva Mulder, Rachel Dijkstra, Annick Pijnenburg, Pien van de Ven, Mijke de Waardt, Victoria Wozniak-Cole y Alina Balta.

En el aspecto personal, en la Universidad de Burgos he conocido personas estupendas de distintas áreas con las que he compartido muchos momentos que han hecho más plácido el proceso de escribir una tesis. Ya sabéis a quienes me refiero (Enrique, Rosa, Héctor, Rubén, Jana, Sonia, Raquel, Nico, etc etc). Quiero agradecer especialmente a Serena, Nadia, Teresa y Paula, la amistad y el cariño que recibo de ellas y todas las risas y buenos momentos que compartimos juntas.

Quiero tener unas palabras especiales para mis amigas Valvanera, Zuri y Ceci. Tantos años de amistad, tantas experiencias y tantas cosas positivas que recibo de vosotras a las que trato de responder con la misma intensidad.

Entre los otros privilegios personales, quiero agradecer a mi madre su amor, su generosidad y su apoyo constante. A mi padre su mirada crítica de la vida que desde pequeña ha estimulado mi curiosidad. A mi hermana Encarni ser un referente de mujer fuerte, generosa, inteligente, "*otro modo de ser humano y libre*". A mi hermana Andrea con quien aprendo a ver el mundo con los ojos de la inocencia y la pureza de quien no conoce la maldad. A Raúl su constante apoyo y su ejemplo de hombre aliado. A mi tía Isa su amor incondicional y su ejemplo de constancia y fortaleza. A mi prima Paula, por ser una esperanza de que el espíritu de nuestras predecesoras sigue vivo y con fuerza para construir un mundo mejor en el que quepamos todas y todos. A Paco y a Mari Santos por ponérselo a Gema y a mí siempre tan fácil y hacer que la vida sea un poco

más sencilla de vivir. A mis abuelas por ser ejemplo de resiliencia, generosidad, creatividad y amor.

Por último y por ser mi pieza esencial, a mi pareja Gema por ser una perfecta compañera de viaje, por el amor, la generosidad, las risas y la estabilidad que me aportas desde que nos conocimos y por crear un hogar para las dos en cualquier centímetro de tierra en el que nos encontremos.

*A todas las personas comprometidas con la Igualdad,
que destinaron y destinan sus vidas
a la creación de espacios y relaciones libres y sin violencia.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	14
INTRODUCTION	31
PRIMERA PARTE	48
ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: COOPERACIÓN JUDICIAL Y APROXIMACIÓN LEGISLATIVA	48
CAPÍTULO 1.-ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA: RETOS Y DESAFÍOS HISTÓRICOS ACTUALES	49
1. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: recorrido histórico. 50	
1.1 Origen del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el <i>corpus iuris</i>	51
1.2 El Tratado de Amsterdam y el Plan de Acción de 1997.....	53
1.3 Consejo Europeo de Cardiff y Tampere	56
1.4 Primeros avances en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.....	58
1.5 La reforma de los Tratados	60
2. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en particular	62
2.1 El Tratado de Lisboa y sus modificaciones respecto al Espacio Judicial, de Libertad y de Seguridad	63
2.2 El proceso de integración de la Unión Europea: ¿hacia la unidad territorial procesal?	64
3. Cooperación judicial en la Unión Europea.....	70
3.1 Principio de reconocimiento mutuo.....	70
3.2 Principio de aproximación legislativa	82
3.2.1 La controvertida competencia legislativa de la UE en el ámbito de la Cooperación Judicial	82
3.2.2 Relaciones transfronterizas como base para la regulación: La definición de <i>transfronterizo</i> y su proyección en la violencia contra las mujeres basadas en el género	85
4. Instrumentos procesales y mecanismos de cooperación judicial basados en los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa	92

5. Principales obstáculos de carácter jurídico-político para la consolidación del ELSJ en referencia a la erradicación de la violencia contra las mujeres	99
CAPÍTULO 2.- UN DERECHO PROCESAL PENAL ¿EUROPEO? Y ¿PRO VICTIMA?	107
1. Proceso penal europeo vs. Procesos penales nacionales europeizados	108
2. La configuración de un Derecho Procesal europeo.	113
2.1 La interpretación del Derecho de la UE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sus Sentencias como mecanismo de armonización judicial.	117
2.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como agente en la configuración del Derecho Procesal europeo: garantías procesales en el proceso penal europeo.	127
3. Un Derecho Procesal penal ¿ <i>pro victima</i> ?	141
3.1 Las víctimas de delitos en la UE	143
3.2 El CEDH y la titularidad de las víctimas.....	151
SEGUNDA PARTE	157
VÍCTIMIZACIÓN Y VICTIMIDAD EN EL SISTEMA PROCESAL EUROPEO	157
CAPÍTULO 3.- VICTIMIZACIÓN COMO FENÓMENO NO JURÍDICO	158
1. Diferentes niveles victimológicos	159
2. Victimización: autoconsideración y heteroconsideración	168
2.1 <i>Heteropercepción</i>	168
2.2 <i>Autopercepción</i>	173
3. Victimología con perspectiva de género	174
3.1 Primera toma de consideración: de la legalidad, la alegalidad y la ilegalidad	176
3.2 El género en la Victimología: como dato empírico y como marco interpretativo socializador	177
3.3 Impacto de género de determinados hechos victimizantes.....	201
4. Víctimas y multiculturalismo	213
CAPÍTULO 4. –LA VICTIMIDAD COMO CATEGORÍA PROCESAL	221
1.- Acreditación de la victimidad	222
1.1 Una categoría penal procesal.....	222
1.2 Falta de homogeneidad conceptual del concepto “víctima”.....	228
1.3 Posible victimidad sustentada en determinados hechos victimizantes	232

1.4 Autoridades acreditadoras de la (presunción) de victimidad.....	234
2.- Temporalidad de la victimidad.....	244
2.1 Cosa juzgada formal y jurisprudencia de tribunales superiores: TEDH y TJUE	250
2.2 El concepto material de víctima y su matización por el TEDH	253
3.- Presunción de Victimidad vs. Presunción de Inocencia	258
3.1 Efectos de la presunción de victimidad	259
3.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.....	263
4.- La superposición del <i>iter victima</i> en el <i>iter procesal</i>	268
TERCERA PARTE	272
GÉNERO Y VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA	272
CAPÍTULO 5.- VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA EN EL GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA	273
1. Perspectiva penal: delimitación conceptual.....	273
1.1 Definición de violencia contra las mujeres basada en la Unión Europea.....	274
1.2 Concepto de “mujeres”: violencia de género, teorías <i>queer</i> (transexualidad, intersexualidad y personas <i>gender fluid</i>) y teorías transhumanistas.....	296
1.3 Relación “amorosa” “heterosexual”	308
1.4 Agravante de género	310
1.5 Carácter público, semipúblico o privado	315
2. La Unión Europea y el Consejo de Europa frente a la violencia contra las mujeres basada en el género.....	317
3. Datos estadísticos en materia de violencia contra las mujeres por razón de género	321
4. ¿Cómo lograr la implicación de los 28 Parlamentos nacionales?	325
CAPÍTULO 6.- LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA EN EL GÉNERO EN EL PROCESO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA.....	328
1. Posición procesal de las víctimas en los Estados Miembros	328
1.1 Víctimas como parte: acusación particular.....	332
1.2 Víctimas como testigos: deber de declarar/Privilegio procesal de no declarar	335
1.2.1 Origen y fundamento del privilegio procesal.....	336
1.2.2 El ejercicio del derecho a no declarar en la práctica.....	340

1.2.3 Jurisprudencia respecto de la dispensa del deber de declarar y propuestas de <i>lege ferenda</i>	343
1.3 Valoración de la prueba en casos de violencia contra las mujeres por razones de género	349
1.3.1 Declaraciones en fase de instrucción	350
1.3.2 Declaración como única prueba de cargo	355
2. Las acusaciones populares: asociacionismo victimal y otras personas o grupos	359
3. Actores procesales públicos y privados. Protección de los derechos de las víctimas, defensa de las garantías de las personas acusadas/condenadas y respeto a los intereses que representan.....	365
4. Satisfacción de las víctimas con la Justicia	372
5. Otros derechos con transcendencia procesal para las víctimas	375
6. Consecuencias en caso de vulneración de los derechos procesales de las víctimas.....	377
CAPÍTULO 7.- ANÁLISIS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LOS DERECHOS EXTRAPROCESALES Y PROCESALES DE LAS VÍCTIMAS EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA.....	381
1. Considerandos y disposiciones generales.....	386
2. Información y apoyo.....	388
2.1 Derecho a entender y a ser entendida	388
2.2 Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente	397
2.3 Derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia	401
2.4 Derecho a recibir información sobre su causa.....	406
2.5 Derecho a traducción e interpretación	408
2.6 Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas y Apoyo prestado por servicios de apoyo a las víctimas.....	410
3. Participación en el proceso penal	413
3.1 Derecho a ser oído	413
3.2 Participación de la víctima en la ejecución	425
3.3 Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento	426

3.4 Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparatora.....	430
3.5 Derecho a justicia gratuita	436
3.6 Derecho al reembolso de gastos	439
3.7 Derecho a la restitución de bienes	440
3.8 Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal.....	441
3.9 Derechos de las víctimas residentes en otro Estado Miembro	447
4. Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial	447
4.1 Derecho a la protección	447
4.2 Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor.....	452
4.3 Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales	455
4.5. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.....	462
4.6 Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal	466
4.7 Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal	468
CONCLUSIONES	471
CONCLUSIONS.....	481
BIBLIOGRAFÍA	490
LEGISLACIÓN Y DISPOSICIONES NORMATIVAS.....	514
JURISPRUDENCIA.....	520
FIGURAS	526

ABREVIATURAS

A.....	Auto
AAP.....	Auto de la Audiencia Provincial
AEPD.....	Agencia Española de Protección de Datos
AP.....	Audiencia Provincial
aptdo.....	apartado
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOCG.....	Boletín Oficial del Congreso de los Diputados
BOCM.....	Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
BOCYL.....	Boletín Oficial de Castilla y León
Directiva 2012/29.....	Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 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 Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
c.....	Contra
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
C.E.....	Constitución Española de 1978
C.C.....	Código Civil
C.P.....	Código Penal español
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEDAW.....	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CDFUE.....	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEPEJ.....	Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia
CIDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cit.....	Citado, citada
Coord./s.....	Coordinadores/as
CPI.....	Corte Penal Internacional
Dr., drs.....	director/a, directores/as
DOCE.....	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOUE.....	Diario Oficial de la Unión Europea
EEMM.....	Estados Miembros
EE.UU.....	Estados Unidos
EIGE.....	<i>European Institute for Gender Equality</i> /Instituto Europeo para la Igualdad de Género
EJN.....	<i>European Judicial Network</i>
ELSJ.....	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia Europeo
esp.....	Especialmente

EUROSTAT.....	Oficina Europea de Estadística
F.J.....	Fundamento Jurídico
FRA.....	<i>Fundamental Rights Agency</i>
<i>Ibidem</i>	misma obra
INE.....	Instituto Nacional de Estadística
INTERVICT.....	<i>Internacional Victimology Institute</i>
JAI.....	Justicia y Asuntos de Interior
JVM.....	Juzgados de Violencia sobre la Mujer
LECrIm.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal (española)
LEVD.....	Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito
LO.....	Ley Orgánica
LOMPIVG.....	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
LOPJ.....	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
MGF.....	Mutilación Genital Femenina
n.....	Número
NNUU.....	Naciones Unidas
ODE.....	Orden de Detención Europea
OEI.....	Orden Europea de Investigación
ONG.....	Organización No Gubernamental
op. cit.....	Opinión citada
OPE.....	Orden de Protección Europea
p., pp.....	Página, páginas
S.....	Sentencia
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCIDH.....	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
STEDH.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
ss.....	Siguientes
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TBC.....	Trabajos en Beneficio de la Comunidad
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TICs.....	Tecnologías de la Información y la Comunicación
TFUE.....	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS.....	Tribunal Supremo
TUE.....	Tratado de la Unión Europea
UE.....	Unión Europea
UNICEF.....	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Vid.....	Véase

VIS..... *Victim Impact Statement*
Vol..... Volumen
Vs..... Versus
VV.AA..... Varios/as Autores/as

INTRODUCCIÓN

1. Nota previa

En esta memoria de proyecto de tesis doctoral se presenta el resultado de la investigación desarrollada durante tres años en el seno de la Universidad de Burgos como contratada predoctoral FPI en el marco del Proyecto “*Un paso adelante en la consolidación del Espacio Judicial Europeo y su aplicación práctica en España: visión desde el proceso civil y penal*” (DER2015-71418-P) con la catedrática Dña. María del Mar Jimeno Bulnes como investigadora principal y directora de esta tesis doctoral.

Su título es “*Derechos procesales de las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea*”. Por tanto, cuatro temas principales están interrelacionados. A saber: derechos procesales, Victimología, violencia de género y Unión Europea (en adelante, UE). Una delimitación temática que implica unos límites geográficos (Unión Europea), delictual (delitos de violencia contra las mujeres por razones de género), delimitación científica jurídica (aspectos regulados por el Derecho Procesal) y de técnica procesal concreta (situación de la víctima en el proceso penal).

Este esquema se ha seguido para el tratamiento de la temática desde un abordaje más general a uno más concreto.



Figura n.1. Estructura temática de la tesis. Fuente: elaboración propia.

INTRODUCCIÓN

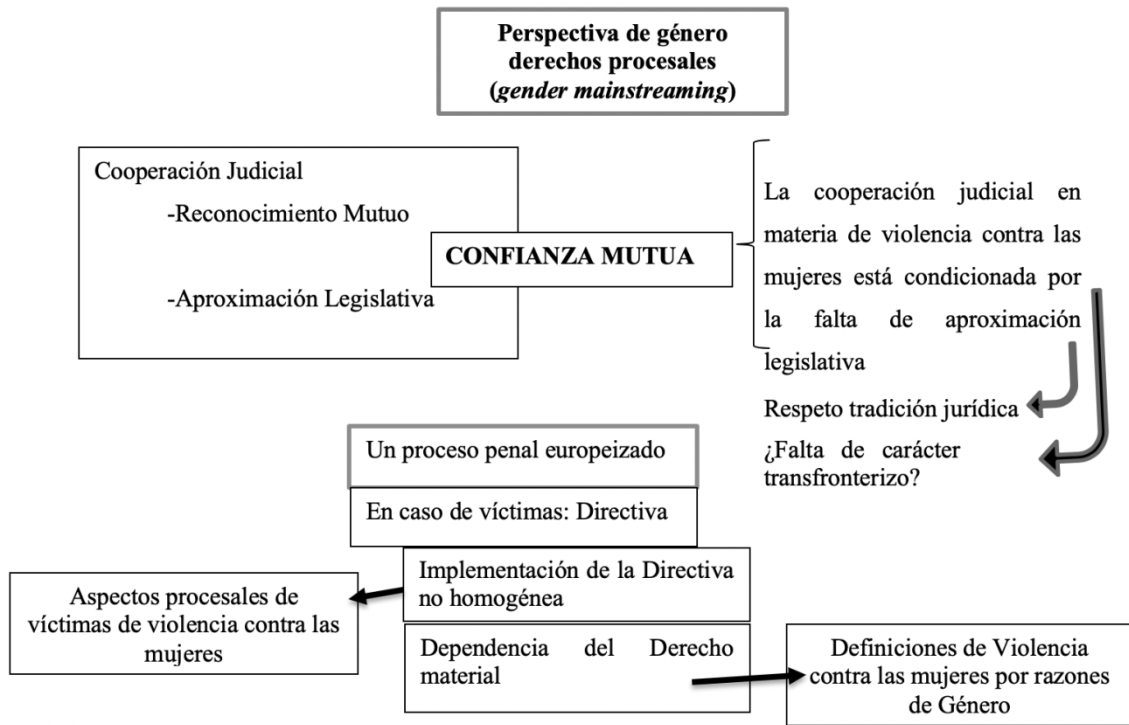


Figura n.2. Principales aspectos temáticos de la tesis. Fuente: elaboración propia.

2. Originalidad del presente estudio y contribución pretendida

Es un lugar común la comprensión de la progresiva integración europea como la historia de la evolución de una intensa voluntad de entendimiento que se impone entre momentos de tensión y, a veces, guerra. En la línea de esta consideración, el tema de la presente tesis reúne unas características que lo sitúan entre los temas jurídicos más actuales. El reconocimiento de los derechos de las víctimas en el ámbito jurídico ha tenido un recorrido relativamente reciente si tomamos como referencia el remoto interés que la figura del delincuente despertó en referencia a los hechos criminales en la configuración del proceso penal moderno. A esta escasa atención a las víctimas en el proceso penal moderno se le une el hecho de que la consideración general y positivizada de las mujeres como titulares de derechos humanos data de 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH)¹. Por otra parte, que la violencia contra las mujeres fue considerada un ataque a los derechos humanos por primera vez en 1994 en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Para)² y a nivel europeo, en 2011 a través del Convenio de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la

¹ Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, accesible en https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf (Último acceso: 20 de diciembre de 2019).

² Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer accesible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

mujer y la violencia de género (en adelante, Convenio de Estambul)³. Una historia reciente que nos sitúa en un contexto de progresiva importancia del reconocimiento de los derechos humanos y en general de la configuración de los derechos de las mujeres como derechos humanos.

El carácter actual, asimismo, queda patente cuando se constata que las acciones y omisiones tipificadas como violencia contra las mujeres en el ámbito europeo no gozan de homogeneidad en su tipificación, ni de sistematicidad en la recogida de datos estadísticos (desagregación por sexo y relación víctima-agresor, entre otras consideraciones) ni existe reconocimiento legal básico general de derechos de las víctimas desde un enfoque que mida el impacto de género. Características todas ellas que permitirían la comparación óptima entre regulaciones legales y con ella, facilitaría el análisis de la posición procesal, los derechos reconocidos y su ejercicio y resultados de las víctimas de violencia de género en cada territorio de la UE. Entendiendo los derechos procesales como proyecciones de los Derechos Humanos en el proceso judicial. En este contexto, la habilitación legal de regular normas mínimas sobre víctimas para todos los Estados Miembros (en adelante, EEMM) se recoge en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE⁴) con las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa cuya fecha de entrada en vigor tuvo lugar en 2009⁵.

Así nos encontramos con tres materias recientes, actuales y en desarrollo por la academia, las organizaciones sociales y la clase política: Unión Europea, Víctimas y Violencia contra las mujeres por razones de género⁶.

Conforme a la información ofrecida por el Ministerio de Educación, en España desde el curso académico 2004/2005 hasta el 2017/2018, se han defendido 141 tesis sobre violencia de género, 14 sobre violencia contra las mujeres, 372 sobre la Unión Europea y 124 sobre víctimas⁷.

Recientes tesis doctorales han sido defendidas y publicadas abordando cada uno de estos temas como:

- BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, dirigida por Elena Martínez García, Universidad de Valencia, 2019.

³ Convenio de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia de género, n.210, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/1680462543> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴ DOUE de 26 de octubre de 2012, n. C 326 pp.1-390, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁵ DOUE de 17 de diciembre de 2007, n. C 306, pp. 1-271, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁶ Seguimos la definición de violencia contra las mujeres por razones de género del artículo 3.d del Convenio de Estambul “por “*violencia contra las mujeres por razones de género*” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

⁷ <https://www.educacion.gob.es/teseo/listarBusqueda.do> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya, *Propuesta para la implementación de la mediación en procesos por violencia de género*, Dirigida por Montserrat de Hoyos Sancho, Universidad de Valladolid, 2015.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Dirigida por Borja Mapelli Caffarena, Universidad de Sevilla, 2015.
- HERNÁNDEZ MOURA, Belén, *La víctima, pilar del proceso penal contemporáneo*, Dirigida por Helena Soletto Muñoz, Universidad Carlos III de Madrid, 2018.
- HERNÁNDEZ VILLAMIZAR, Ivonne Pamela, *La reparación a la víctima en el proceso penal español tras el estatuto de la víctima del delito de 2015*, Dirigida por Nicolás Rodríguez García (dir.), Adán Carrizo González-Castell (coord.), Universidad de Salamanca, 2018.
- MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *La Justicia Restaurativa y el Poder de la comunidad en la resolución de conflictos. Análisis y propuesta de un nuevo paradigma de Justicia Penal*, dirigida por Mar Jimeno Bulnes, Universidad de Burgos, 2018.
- PÉREZ LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo, *Victims' Status at International and Hybrid Criminal Courts Victims' Status as Witnesses, Victim Participants/Civil Parties and Reparations Claimants*. Åbo Akademi University, Finland 2014.
- SOSA, Lorena P. A., *At the center or the margins? A review of intersectionality in the human rights framework on violence against women*, Dirigida por Rianne M. Letschert y Mieke M.T. Verloo, University of Tilburg, 2015.

3. Obstáculos de la investigación

En cuanto a las fuentes de la investigación, tanto la UE como el Consejo de Europa como Naciones Unidas (en adelante NNUU) han subrayado la necesidad de mejorar la recolección y disponibilidad de datos referentes a la violencia contra las mujeres. Como señalan tanto NNUU como la UE en su Iniciativa conjunta titulada *Spotlight*, “la disponibilidad de datos sobre la prevalencia de la violencia contra las mujeres y las niñas sigue siendo desigual entre los distintos países, por lo que la calidad, la fiabilidad y la comparación de los datos entre estos continua suponiendo un reto”⁸. Esta desigual disponibilidad de los datos dificulta abordar la materia desde el interés teleológico de la comparación puesto que no puede ser comparado lo que no puede ser medido o bien, por no haber sido tipificado, o bien por no haberlo sido en términos homogéneos. Situación que genera, a su vez, una disparidad de los derechos reconocidos tanto en términos estrictos procesales (la propia regulación de los derechos de las víctimas durante el proceso penal) como indirectamente por la repercusión de la calificación penal en el ejercicio de los derechos procesales. Podemos entender de inicio

⁸ Vid.documento “Iniciativa Spotlight. Para eliminar la violencia contra las mujeres y las niñas” de 25 de septiembre de 2019 que resume sus principales líneas accesible en <http://www.un.org/es/spotlight-initiative/assets/pdf/spotlight.faq.letter.02.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

y al margen de posteriores consideraciones, que una víctima de una determinada acción u omisión que genera una concreta lesión solo podrá ejercitar sus derechos en el proceso, esencialmente, si esa acción u omisión está tipificada y si sus derechos procesales están reconocidos como víctima de ese delito⁹.

Sin embargo, precisamente esta disparidad en la propia regulación de la materia a abordar, a saber, los derechos procesales de las víctimas de violencia contra las mujeres en la UE, subraya la perpetua actualidad de un fenómeno histórico arraigado en las costumbres y legislaciones de las diferentes formas de gobierno de una sociedad. Y es que estamos hablando de un periodo transicional: de un orden social y jurídico que legitimaba las acciones (u omisiones) de los hombres con respecto de las mujeres¹⁰, a otro orden social y jurídico basado en un ejercicio de la ciudadanía con basado en el principio de igualdad de derechos y deberes. Esta transición genera tensiones en el plano social y disfunciones en el plano jurídico al regular *de lege* una sociedad que aún no existe *de facto*, o en el sentido inverso, presentarse como impermeable a la nueva realidad social que pretende regular desde una visión histórica. Este último razonamiento obedece a un marco de análisis occidental puesto que presupone que, o bien la legislación se ajusta a un Estado de Derecho Democrático y Social que proclama los principios superiores de imperio de la Ley, división de poderes, garantía de los derechos humanos, junto con la defensa de los valores superiores de igualdad, libertad y justicia, o bien presupone que la sociedad ha interiorizado tales valores y exige su regulación y garantía. Dos ideas esenciales que pueden estar ausentes si lo valoramos acogiendo en nuestro análisis la situación legal y social de la violencia contra las mujeres en Estados del Segundo y Tercer Mundo¹¹. Aspecto este último sobre el que profundizaremos en el Capítulo Tercero.

Sirva todo lo anterior como aliciente para afrontar este reto tal y como lo denominan Naciones Unidas y la UE. De esta forma se ha prestado especial atención a la selección de las fuentes de los diferentes datos, se ha tenido en cuenta los datos que recogen, que ponen de relieve que la violencia contra las mujeres supone un fenómeno globalizado y transversal, y se ha atendido a los organismos internacionales y nacionales que proponen medidas para mejorar la recolección de datos¹². Con todo lo

⁹ Más adelante abordaremos otras consideraciones como que reconozca que lo que ha experimentado es un delito, que conozca sus derechos como víctima, que esté en disposición económica y psicológica de denunciarlo y mantener esta disposición durante el *iter procesal*, etc.-.

¹⁰ Entre otros, titularidad plena de los derechos de la ciudadanía, derecho de representación respecto de la otra persona mayor de edad, declaración de capacidad por la mera mayoría de edad, representación y titularidad de la familia, derecho de pernada, derecho a castigar, derecho a trabajar, eximente de actuar por móviles pasionales al matar en las relaciones íntimas, liberación de la carga de las labores domésticas y de cuidado, etc.

¹¹ En los términos que fue definido en la reunión celebrada en Bandung, Indonesia, en 1955 por los nuevos Estados independientes de África y Asia (incluyendo Ghana, India, Indonesia y Nigeria) así como Yugoslavia, para diferenciarse de la división del Primer Mundo (Estados con economía capitalista o de mercado) y del Segundo Mundo (Estados con la economía planificada) que durante la Guerra Fría provocó la rígida separación entre ejes políticos.

¹² Sirva en este sentido el punto 8 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)) “*proporcionará un marco normativo europeo coherente para prevenir y combatir la violencia*

INTRODUCCIÓN

anterior, interesa subrayar que se ha pretendido obtener los datos e información de la situación general de la UE y las situaciones particulares de cada Estado Miembro. En los casos en que se aporte los datos de solo algunos EEMM obedece a esta limitación de la disponibilidad de las fuentes.

4. Fuentes

Las principales fuentes de obtención de datos han sido las instituciones oficiales internacionales, europeas (fundamentalmente, UE y Consejo de Europa) y nacionales que abordan estos fenómenos delictivos.

En la UE, el Instituto Europeo para la Igualdad de Género (en adelante EIGE por sus siglas en inglés¹³), la Agencia para los Derechos Fundamentales (en adelante FRA por sus siglas en inglés¹⁴), así como las propias instituciones como el Parlamento Europeo, Consejo y Consejo de Europa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE¹⁵).

Desde el Consejo de Europa, destaca la labor de la Comisión de Igualdad de Género¹⁶ así como el grupo de expertas y expertos GREVIO¹⁷ quien desarrolla una ingente labor analizando la implementación y cumplimiento del Convenio de Estambul.

A nivel Internacional, la entidad para la igualdad de género y empoderamiento de las mujeres de Naciones Unidas “ONU Mujeres”¹⁸ desarrolla desde su constitución en 2010 una ardua labor analizando y proponiendo recomendaciones para combatir la violencia contra las mujeres a nivel internacional.

Por parte de los EEMM, los datos oficiales se pueden obtener indirectamente a través de los trabajos de las instituciones y agencias anteriormente mencionadas o bien directamente acudiendo a las fuentes oficiales de cada Estado Miembro¹⁹ o en las

contra las mujeres y la violencia de género, (...) mejorará la supervisión, interpretación y aplicación de la legislación y de los programas y fondos de la Unión, que suponen una ayuda a la Convención, así como la recogida de datos comparables y desglosados a nivel de la Unión; considera que, mediante su adhesión al Convenio, la Unión se convertirá en un actor mundial más eficiente en el ámbito de los derechos de la mujer”, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0329+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹³ Página oficial <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/data-collection> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁴ Página oficial <https://fra.europa.eu/en> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵ Página oficial https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/ (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁶ Página oficial <https://www.Consejo de Europa.int/en/web/genderequality/gender-equality-commission> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁷ Página oficial <https://www.Consejo de Europa.int/en/web/istanbul-convention/grevio> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁸ Página oficial <http://www.unwomen.org/en> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁹ En España el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad (<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/>), (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH) en los apartados referidos al derecho del Estado demandado.

Conviene finalizar este epígrafe apuntando la estrecha relación que existe entre el Convenio de Estambul del Consejo de Europa de 2011²⁰ y la Directiva de víctimas de 2012 de la Unión Europea (en adelante Directiva 2012/29/UE)²¹ dado que ambos actos normativos exigen la mejora en la obtención y recolección de datos referentes a la violencia contra las mujeres para valorar la implementación de la Directiva, el cumplimiento del Convenio, mejorar los fallos que se detecten y conseguir los objetivos propuestos por ambos documentos jurídicos.

5. Enfoque metodológico

La metodología general será la cualitativa incorporando, cuando por razón del objeto de estudio y de la pregunta concreta de investigación sea conveniente, un enfoque cuantitativo²².

Toda labor investigadora implica un recorrido por diferentes etapas que comienzan con el diseño de la investigación, continúan con la precisión de los métodos de obtención de datos, le prosigue el análisis de los datos obtenidos y culmina con la presentación de los resultados y las conclusiones²³. Podríamos añadir la fase de crítica y revisión constante que implica una investigación y que supone la repetición permanente de las dos últimas etapas.

Para el desarrollo de nuestra investigación y teniendo presente los fines perseguidos por este proyecto de tesis de aportar una descripción victimológica de los fenómenos estudiados, sus consecuencias jurídico-procesales y propuestas de *lege ferenda* desde una óptica jurídica, europeísta, victimodogmática, garantista y feminista²⁴, podemos abordarla con un enfoque cualitativo y con un enfoque

²⁰ Artículo 11.

²¹ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 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 Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE de 14 de noviembre de 2012, n.-L 315, pp. 57-73, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019), en concreto su Considerando 64. Aunque es significativo que la Directiva no exija la desagregación de los datos por sexos, lo que impide que se perciba la dimensión de género del delito de violencia en las relaciones personales.

²² Sobre todo, en aquellos apartados temáticos en los que haya pocas unidades de información, pero numerosas características se empleará el enfoque cualitativo mientras que cuando las unidades de información sean numerosas o más reducidas y pocas variables, se utilizará un enfoque cuantitativo (correlacional o experimental dependiendo de las unidades de información respectivamente). *Ibidem*, esp. p.27.

²³ VERD PERICÁS, Joan Miquel y LOZARES, Carlos, *Introducción a la investigación cualitativa*, Síntesis, Madrid, 2016. Compartimos la importancia que le otorgan los autores a la opinión de Alfonso Ortí “*la formación de un investigador social debe ser, ante todo, la de un metodólogo que sepa y decida qué enfoque y técnica debe ser críticamente aplicada para cada aspecto y dimensión específica de los procesos sociales*”, esp. p.18.

²⁴ Con la filósofa Ana de Miguel recordamos la frase de Clara Campoamor “*digamos que la definición de feminista con la que el vulgo pretende malévolamente indicar algo extravagante indica la realización plena de la mujer en todas sus posibilidades, por lo que debiera llamarse humanismo*”, en DE MIGUEL, Ana, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2016, esp. p.27. Entendiendo el feminismo como un humanismo, es decir, la defensa de la igualdad *de lege* y *de facto* entre hombres y mujeres.

INTRODUCCIÓN

cuantitativo²⁵. Participamos de la opinión de JOAN MIQUEL VERD y CARLOS LOZARES sobre la compatibilidad de ambos enfoques dado que los hechos sociales que vamos a analizar no se ajustan a uno u otro enfoque con carácter exclusivo y excluyente. Las dimensiones de la situación de las víctimas de violencia contra las mujeres en la UE que en cada Capítulo abordaremos nos sugieren la necesidad de adscribir nuestra investigación a ambos enfoques. No obstante, un enfoque cualitativo, siguiendo a VERD y LOZARES, es “*capaz de abordar, mejor que el cuantitativo, las relaciones complejas que caracterizan los fenómenos sociales, manejando de modo adecuado la dimensión temporal (qué antecede a qué) y las conexiones entre las características de los sujetos y el desarrollo de acontecimientos y proceso*”²⁶. Nos permite centrarnos en determinadas unidades de información (derechos procesales de las víctimas de violencia de género en la UE) desde una visión holística y contextual histórica²⁷, obteniendo una descripción detallada de los fenómenos señalados y analizar estos fenómenos en profundidad, teniendo en cuenta el contexto de estos fenómenos estudiados. Este enfoque se detiene en “*los componentes cognitivos de la acción (sentido, intencionalidad, memoria, estrategia, etc.)*”²⁸ lo que supone una relación más interactiva con el fenómeno estudiado, por ejemplo, por medio de observación directa, diálogos, entrevistas. Ésta es una de las diferencias entre el método cualitativo y el cuantitativo que queremos subrayar dado que se presenta como de gran importancia la consideración de los sujetos y fenómenos sociales y jurídicos estudiados como “*actores de la acción e interacción, como sujetos de estrategias y significados que los agentes dan a sus acciones*”²⁹. Siempre desde la necesidad de controlar esta interacción para no provocar una modificación del objeto investigado. Asimismo, posibilita un proceso de investigación de retroalimentación y continua revisión sobre todo por medio de estrategias metodológicas que utilizaremos en este proyecto de tesis como la deducción analítica y comparación constante.

Por su parte la metodología cuantitativa tendrá un papel importante como consecuencia de la distinción entre dinámicas (componente interactivo, mejor analizado de forma cualitativa) y resultados (efectos de la interacción, desde un método

²⁵ La dicotomía entre ambos métodos se exacerbó tras la II Guerra Mundial influida por el prestigio del método cuantitativo entendido como más riguroso. Esto supuso la subordinación del enfoque cualitativo fundamentada en los paradigmas que sustentaban ambos enfoques: el paradigma positivista/positivista en el enfoque cuantitativo y el paradigma interpretativista y constructivista en el enfoque cualitativo. Utilizando el término “paradigma” de conformidad con la clásica aportación de Kuhn (1970). VERD PERICÁS, Joan Miquel y LOZARES, Carlos, op. cit., esp. pp. 24, 25 y 29. Interesa mencionar la propuesta de criterios específicos de calidad de la investigación cualitativa: credibilidad (“*transparencia y reflexión y revisión constante durante el proceso de análisis entre datos, resultados y conclusiones mejoran la calidad de los hallazgos de la investigación*”) y relevancia (“*toda investigación se desarrolla en unas circunstancias determinadas y se dirige a una audiencia o audiencias específicas, por lo que no puede juzgarse únicamente “internamente” de modo procedimental, sino que también debe juzgarse “externamente” en relación con la comunidad científica o la relevancia del objeto de estudio*”) propuestos como alternativas a los criterios validez y fiabilidad propios de enfoques cuantitativos. *Ibidem*, p.30.

²⁶ *Ibidem*, p.29.

²⁷ Seguimos la definición de Joan Miquel Verd y Carlos Lozares sobre “contexto” como “*conjunto de hechos, agentes, estructuras, situaciones y realidades sociales macro con respecto al nivel meso y micro, y del nivel meso con respecto al nivel micro*” donde tiene lugar el objeto de la investigación, y de “validación contextual” como una importante herramienta para la generalización de los resultados a otros contextos homólogos o equivalentes al estudiado. *Ibidem*, esp. p.31.

²⁸ *Ibidem*, p.29.

²⁹ *Ibidem*, esp. p. 28.

INTRODUCCIÓN

cuantitativo que identifique las estructuras)³⁰. Resultados que aparecen a través de los datos que aportan las estadísticas oficiales de los distintos entes y organismos regionales, nacionales, europeo e internacionales competentes. Asimismo, hemos de mencionar que se han utilizado las consideraciones manifestadas por distintas y distintos agentes profesionales en la materia. Como representantes de asociaciones de asistencia a mujeres, funcionaria de la Oficina de Asistencia a las víctimas de la oficina judicial de Burgos, jueces y juezas especialista en materia de violencia de género, trabajadoras sociales de asociaciones (La Rueda. Asociación para la defensa de la mujer, con sede en Burgos así como a la investigadora Rosicler Reinboldt (trabajadora en una casa de acogida de mujeres maltratadas en Escocia-) y de Oficina de Asistencia a las víctimas de Rotterdam (la investigadora Pien van de Ven -miembro de la *Academic Workplace*, una colaboración entre la oficina de apoyo a las víctimas del *Internacional Victimology Institute* –en adelante, INTERVICT-). Así como de una presunta víctima de violencia de género y de violencia doméstica en el marco de unos encuentros organizados por la asociación “La Rueda” en Burgos. No obstante, estas opiniones se han tenido en cuenta y se han introducido de forma indirecta sin mantener una estructura sistemática y exclusivamente dirigida a su transcripción aséptica.

Asimismo, hemos de indicar que la metodología empleada se ajustará a las formas de razonamiento tanto deductiva como inductiva respecto de las distintas fuentes. Así, en primer lugar, el análisis crítico del derecho positivo europeo relativo a los derechos procesales de las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres se ha desarrollado siguiendo las líneas de una investigación cualitativa basándonos en un método deductivo, por medio de la recopilación de información (recursos bibliográficos, entrevistas, cursos, seminarios, declaraciones institucionales oficiales) sobre el estatuto de la víctima de delito, sobre el proceso penal del delito de violencia de género, las víctimas de violencia de género, los victimarios de este delito y la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia Europeo (en adelante, ELSJ). Serán estudiados, analizados y objeto de crítica las diferentes posturas doctrinales, teorías existentes en la materia, así como la regulación legislativa y jurisprudencia en el ámbito de la UE.

En segundo lugar, hemos de tener presentes las encuestas a nivel europeo y nacional ya realizadas. La Macroencuesta llevada a cabo por la FRA de la UE en el año 2014 con un total de 42.000 mujeres entrevistadas³¹. Tenida en cuenta a la hora de realizar el análisis de los derechos procesales que componen el estatuto de las víctimas de delitos. De igual forma, será tenida en cuenta la Macroencuesta sobre violencia

³⁰ Siguiendo la dualidad presentada por los autores referenciados anteriormente.

³¹ Accesible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-results-glance> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

contra la mujer realizada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Estado español en el año 2015 con un total de 10.171 mujeres entrevistadas³².

Con todo, en esta consideración de las personas como seres significantes, agregadores de significado y contenido, el enfoque cultural es indispensable, dado que la cultura supone la creación de significados, interpretaciones, etiquetas, creencias y valores compartidos. Un imaginario colectivo cuyo proceso de socialización aún general, acrítico y creador de identidad, no ha de perder de vista la subjetividad de cada miembro que compone la sociedad. Por todo ello, la adopción de un enfoque interpretativo, que aúne la consideración subjetiva con la objetiva y que coloque a la persona que investiga en el mundo investigado, se presenta como herramienta esencial de comprensión ontológica.

Esta metodología interpretativa basada en las formas de razonamiento inductiva y deductiva será canalizada a su vez por un enfoque integrado de género o principio de *mainstreaming* de género. Una característica de la integración de una agenda feminista desde organismos e instituciones locales, nacionales, supranacionales e internacionales³³. En esta línea, hemos de partir de una somera referencia a la introducción del concepto de “género” como categoría de análisis y mencionar a un autor y una autora que introdujeron el concepto de género como categoría analítica en el ámbito de la salud y de la sociología. Así, el psicólogo JOHN MONEY introdujo en 1955 el concepto de “*rol de género*” en el campo de las Ciencias de la Salud aludiendo a la necesidad del estímulo social en la identidad de género, y la socióloga ANN OAKLEY atribuyendo al sexo las características fisiológicas y al género las “*pautas de comportamiento culturalmente establecidas*”³⁴. Este concepto de género como categoría analítica fue recogido por la antropóloga GAYLE RUBIN ofreciendo por primera vez en 1975 la definición clásica del sistema sexo/género: “*a “sex/gender system” is the set of arrangements by which a society transforms biological sexuality into products of human activity, and in which these transformed sexual needs are satisfied*”³⁵. La idea de la construcción social del género la sintetiza la filósofa existencialista SIMONE DE BEAUVOIR con la conocida frase “*No se nace mujer, llega una a serlo*”³⁶ aludiendo a

³²Accesible

en http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (Último acceso: 26 de febrero de 2018).

³³ Apunta la filósofa Amelia Valcárcel el carácter global de esta agenda feminista, eso sí, “*abierta en cada parte del planeta por páginas distintas (...) en algunos lugares todavía la agenda de la primera ola, la libertad en la elección de estado y la educación elemental es la prioritaria; en otros, es la segunda ola: la plenitud de los derechos educativos y los políticos. Por último, y en los países a la cabecera, la agenda de la tercera ola, de los derechos sexuales-reproductivos y la paridad, es la agenda viva y abierta. Todas sus páginas remiten al mismo marco interpretativo: la igualdad en la ciudadanía y el disfrute de las libertades*”. En VALCÁRCCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2012, esp. p. 219.

³⁴ Ambos referenciados en AGUILAR GARCÍA, Teresa, “El Sistema sexo-género en los movimientos feministas”, *Revue de Civilisation Contemporaine de l’Université de Bretagne Occidentale, Europes/Amériques* 2008, esp. p. 3 y 4, <https://journals.openedition.org/amnis/>

³⁵ RUBIN, Gayle, “The traffic in women: notes on the political economy of sex”, en Rayna Peiter (ed.), *Toward an Anthropology of Economy*, Monthly Review Press, Nueva York, 2012, esp. pp. 157-210.

³⁶ DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 2017, primera edición en DE BEAUVOIR, Simone, *Le Deuxième Sexe*, Éditions Gallimard, París, 1949.

INTRODUCCIÓN

los diferentes roles que se atribuyen a mujeres o a hombres en la sociedad y que determinan que sean tratados como hombres o tratadas como mujeres en esa sociedad. Según la historiadora JOAN SCOTT “*el género es una categoría útil de análisis porque proporciona una manera de decodificar el significado y de entender las conexiones complejas entre varias formas de interacción humana*”³⁷.

SANDRA HARDING, a su vez, subraya que “*el hecho de que haya clase, raza y diferencias culturales entre mujeres y entre hombres no es, como algunos han pensado, una razón para considerar que la diferencia de género no tiene teóricamente ninguna importancia o que es políticamente irrelevante. Virtualmente en cualquier cultura, la diferencia de género es una manera axial con la que los humanos se identifican a sí mismo como personas, organizan las relaciones sociales y simbolizan eventos y procesos naturales y sociales significativos*”³⁸.

Se trata de una reivindicación presente en todas y cada una de las Conferencias Mundiales de Mujeres auspiciadas por Naciones Unidas. La nueva estrategia que adoptaron y fomentaron consistió en impulsar el conocido como Enfoque Integral de Género como herramienta epistemológica que permitiera eliminar la discriminación basada en el género. La importancia de tomar consciencia de la categoría “género” es señalada en la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible³⁹.

Este concepto ha sido incorporado, como decíamos, a numerosos instrumentos jurídicos al haber sido integrado como herramienta para desarrollar un Estado de Derecho de carácter Social y Democrático que, no solo proclame el principio de igualdad y justicia, sino que promueva acciones para su consecución *de lege y de facto*. Así, en un plano nacional español, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁰ relativo a la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, “*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. Y así también el artículo 15 relativo a la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, “*El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las*

³⁷ SCOTT, Joan. Gender: a useful category for historical analysis, *American Historical Review* 1986, n.5, vol. 91, pp.1054-1075, esp. p.1070.

³⁸ HARDING, Sandra, *The science question in feminism*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1986, p.18. Esta autora, además, recoge las características que debe reunir una investigación feminista: la integración de las experiencias de las mujeres, la introducción de nuevos propósitos para la ciencia social y la introducción de un nuevo objeto de investigación (situar a quien investiga en el mismo plano crítico que el objeto explícito de estudio). Vid. HARDING, Sandra, “Is there a Feminist Method?”, en Sandra Harding (ed.) *Feminism and Methodology*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 1987, pp. 1-14.

³⁹ A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015, accesible en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d1_es.pdf (Último acceso 9 de diciembre de 2019).

⁴⁰ BOE de 23 de marzo de 2007, n. 71, pp. 12611-12645, accesible en <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

Es necesario poner de relieve la disposición del artículo 461.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ⁴¹) que establece que “*La Comisión Nacional de Estadística Judicial, integrada por el Ministerio de Justicia, una representación de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, aprobará los planes estadísticos, generales y especiales, de la Administración de Justicia y establecerá criterios uniformes que, en su caso, tengan en cuenta la perspectiva de género y la variable de sexo, y sean de obligado cumplimiento para todos sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español*”. Esta disposición fue modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁴². Así como la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno⁴³.

En el ámbito de la UE, el reconocimiento de la igualdad y la no discriminación como valores fundamentales se proclaman en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), por esta razón la consideración de la Igualdad de Oportunidades y el principio de no discriminación por razón de sexo ha alcanzado el estatus de uno de los objetivos principales de la UE⁴⁴. Ello se traduce en un nuevo giro político hacia políticas activas suponiendo tanto la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres como la promoción de la igualdad. La perspectiva de género es una herramienta epistemológica tenida en cuenta en la programación de los Fondos Estructurales y de inversión europeos para el período 2014-2020⁴⁵, así como en los del período 2000-2006. Se establecía que las acciones con cofinanciación por los Fondos Estructurales deberán tener en cuenta la dimensión de género, es decir, atender a las distintas situaciones y posiciones de mujeres y hombres en la sociedad. Se eleva el género a la categoría de indicador que incorporar en las distintas fases de las actividades desde una primigenia programación, hasta su evaluación. En este sentido, hemos de destacar tanto el Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres

⁴¹ BOE de 2 de julio de 1985, n. 157, pp. 20632-20678, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12666> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴² BOE de 22 de julio de 2015, n. 174, pp. 61593-61660, accesible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8167#aunico> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴³ BOE de 14 de octubre de 2003, n. 246, pp. 36770-36771, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/10/13/30> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴⁴ Sobre todo destaca la labor del EIGE, *Métodos de trabajo como el Gender Impact Assessment (GIA)*, accesible en <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/gender-impact-assessment/what-gender-impact-assessment> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴⁵ Comisión Europea, Dirección General de Política Regional y Urbana, 2014, siguiendo el Considerando 13 del Reglamento (UE) n.1300/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo de Cohesión y por el que se deroga el Reglamento (CE) n. 1084/2006, DOUE de 20 de diciembre de 2013, n. L 347/281.

INTRODUCCIÓN

2016-2019⁴⁶ como el Plan de Acción en materia de género 2016-2020 titulado “Igualdad de género y empoderamiento de la mujer: transformar la vida de las niñas y las mujeres a través de las relaciones exteriores de la UE (2016-2020)” que prioriza “*transversalizar las medidas en materia de género en el 85% de las nuevas iniciativas de la UE*” durante ese período de tiempo⁴⁷.

Siguiendo en esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección⁴⁸ en su punto número 2 expresamente se refiere a la necesidad de aplicar una perspectiva de género “*Pide a los Estados miembros y a la Comisión que introduzcan la perspectiva de género en todas sus políticas, en particular en aquellas potencialmente relacionadas con la sensibilización y detección de la violencia hacia las mujeres, así como en las relativas a la protección y salvaguarda de la integridad de las víctimas*”. O en su punto 14 “*Pide a los Estados miembros que realicen una evaluación individual, adoptando una perspectiva de género, en relación con la oferta de asistencia y medidas de apoyo cuando soliciten una OEP*”.

Asimismo, de conformidad con el Convenio de Estambul cuyo artículo 1.e) señala como uno de los objetivos “*Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*”. Así como en su artículo 6 relativo a las políticas sensibles al género, prescribe expresamente que “*Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres.*” En el Informe del Grupo de Especialistas sobre la incorporación de la perspectiva de género creado en 1998 en el Consejo de Europa titulado “*Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, methodology and presentation of good practices. Final Report of Activities of Mainstreaming*”⁴⁹ se define la estrategia de transversalización de la perspectiva de género como la reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos para que la perspectiva de

⁴⁶ SWD(2015) 278 final que señala como una de sus prioridades “combatir la violencia sexista y proteger y apoyar a las víctimas”, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic_engagement_en.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴⁷ Accesible en https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/staff-working-document-gender-2016-2020-20150922_en.pdf

(http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (Último acceso: 9 de enero de 2019). Ver ficha elaborada por la UE que resume las principales líneas del compromiso de la UE por la Igualdad entre hombres y Mujeres accesible en http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.3.8.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). Interesa mencionar esta otra Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2003, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo (DO C 61 E de 10.3.2004, p. 384).

⁴⁸ Accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0189&language=ES&ring=A8-2018-0065> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

⁴⁹http://www.ConsejodeEuropa.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG_S_MS_98_2_rev_en.pdf (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

género sea incorporada en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las fases, por los actores normalmente envueltos en la toma de decisiones⁵⁰.

Con fecha de 7 de marzo de 2018, el Comité de Ministros adoptó la nueva Estrategia para la Igualdad de Género 2018-2023⁵¹. En su objetivo sexto se refiere a la integración de la perspectiva de género en todas las políticas y medidas⁵².

Interesa en este punto subrayar que la perspectiva de género se trata de una herramienta para interpretar la realidad integrada también la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias como la 247/2018, de 24 de mayo⁵³, Ponente Vicente Magro Servet, afirma *“la conclusión no puede ser otra que la de admitir la concurrencia de la alevosía. Esta anulación de la defensa de la víctima hace aparecer esta circunstancia considerándola, en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja”* (Fundamento Jurídico -en adelante, F.J.- 3º *in fine*).

Esta descripción metodológica justifica la aproximación al estudio desde un enfoque de género distinto a una visión insertada en una corriente de pensamiento de interseccionalidad política donde cada característica identitaria es analizada en relación con otro tipo de característica identitaria con la finalidad de abordar la creación de políticas relacionales que articulen estrategias conjuntas⁵⁴. La complejidad que ya supone abordar el impacto de género desaconseja detenerse en cómo al género se le superponen otro tipo de cuestiones relacionadas con la construcción de la identidad como el origen étnico, la clase social, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, creencias religiosas, ideologías políticas, alfabetismo etc. No obstante, es de interés apuntar en este apartado la incidencia de la denominada descolonización del enfoque de género que sugiere la necesidad de eliminar el sesgo etnocéntrico de universalismo occidental del análisis de la situación de la discriminación por razones de

⁵⁰ Definición original: *“the (re)organisation, improvement, development and evaluation of policy processes, so that a gender equality perspective is incorporated in all policies at all levels and at all stages, by the actors normally involved in policy-making”*.

⁵¹ Accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/strategy-en-2018-2023/16807b58eb> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁵² Podemos mencionar la incorporación de la perspectiva de género adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en diferentes áreas por ejemplo Recomendación n. R(98)14 on gender mainstreaming; R CM/Rec(2007)13 on gender mainstreaming in education; Recommendation CM/Rec(2008)1 on the inclusion of gender differences in health policy; Recommendation CM/Rec(2013)1 on gender equality and media; Recommendation CM/Rec(2015)2 on gender mainstreaming in sport; and Recommendation CM/Rec(2017)9 on gender equality in the audiovisual sector. Señalaba el Comité de Ministros *“By adopting a gender mainstreaming approach in all policies and measures, alongside specific policies for the advancement of women, the Council of Europe will ensure that new initiatives and standards are gender sensitive, and therefore result in better informed policy-making, better allocation of resources and better governance and ultimately contribute to the realisation of gender equality”*.

⁵³ STS 247/2018, de 24 de mayo, ECLI:ES:TS:2018:2003, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/609bed1be6397d87> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁵⁴ Vid. CRENSHAW, Kimberle., “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review* 1991, Vol. 43, pp. 1241-1299.

INTRODUCCIÓN

género⁵⁵. Si bien, es necesario abordar de forma concreta un fenómeno de por sí tan amplio y complejo como es el impacto de género y centrarnos en una de las razones mencionadas en el Protocolo n.12 del CEDH “Prohibición general de discriminación”. Así, en concreto las circunstancias mencionadas en el artículo 1 de este Protocolo “*El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”⁵⁶.

6. Preguntas de la investigación

La principal pregunta que incentiva la presente investigación es ¿qué impacto de género tiene los derechos procesales consagrados en la Directiva 2012/29/UE? De esta pregunta nacen el resto de las cuestiones articulando la estructura de la investigación.

Respecto a la Primera Parte, el Capítulo Primero responde a la necesidad de reflexionar de forma crítica, habida cuenta de que se trata de un tema muy analizado por la doctrina, sobre cuál es el fundamento del ELSJ, qué instrumentos existen en el ámbito de la cooperación judicial y a qué principios responden tras el Tratado de Lisboa. Y con todo ello la pregunta trascendental de si los delitos de violencia contra las mujeres por razones de género pueden ser objeto de aproximación legislativa, de conformidad con el artículo 67.3 y 82.2 TFUE, en una posible modificación del artículo 83.1 TFUE ampliando la habilitación legal del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer norma mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, no solo a la trata y explotación sexual de mujeres (como hasta ahora) sino al resto de delitos de género contra las mujeres. Y si esto fuera posible, habríamos de valorar qué efectos procesales conllevaría una medida material referida a la aproximación en la tipificación delictiva y si, en cualquier caso, mejoraría la situación actual tras la entrada en vigor del Convenio de Estambul integrante del *Corpus iuris* del Consejo de Europa firmado por la UE con posterioridad a su ratificación por 20 de los EEMM⁵⁷.

En el Capítulo Segundo abordamos dos fenómenos jurídicos que tanto conviven como se alternan en el ELSJ:

⁵⁵ Vid. NOBLE, Denise, *Descolonizing and feminizing freedom. A Caribbean Genealogy*, Palgrave, Macmillan, Londres, 2016.

⁵⁶ Aunque no se trata de una lista exhaustiva como viene reconociendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) por ejemplo en el *Asunto Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, sentencia de 21 de diciembre de 1999, en la que se reconocía la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, STEDH (Sección cuarta), n. 33290/96, de 21 de marzo de 2000 <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/>. (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁵⁷ A 9 de diciembre de 2019, 34 Estados han ratificado el Convenio de Estambul: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Mónaco, Montenegro, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía. No ha sido ratificado por los siguientes EEMM: Bulgaria, Eslovaquia, República Checa, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Reino Unido. Vid. Website oficial del Consejo de Europa sobre las firmas, ratificaciones y entradas en vigor <https://www.Consejo de Europa.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?desktop=true> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

INTRODUCCIÓN

- el carácter holístico de la normativa procesal de la UE derivado de la superación de la UE como un mero organismo supranacional y, de esta forma, creando un verdadero *corpus iuris* para los EEMM,

- y, a su vez, de forma coincidente o alternativa (cuando la posibilidad de su existencia o coerción sea puesta en duda), los instrumentos normativos europeos que implican modificaciones en los procesos nacionales provocando la llamada europeización de los procesos.

En la Segunda Parte del Proyecto de Tesis se persiguen dos objetivos principales. Por un lado, en el Capítulo Tercero nos aproximamos al estudio de la Victimología⁵⁸ con perspectiva de género para, una vez realizada la diferenciación entre victimización-victimidad, *autopercepción-heteropercepción*, y establecidos los distintos niveles victimológicos, analizar qué incidencia tiene la socialización como mujer en la experimentación del hecho victimizante y la necesidad jurídica de la heterodesignación de la victimidad. En el Capítulo Cuarto se abordará la “victimidad” como categoría procesal, su acreditación, su vinculación con la presunción de inocencia y su relación con la autoridad de cosa juzgada formal y material en el proceso penal.

En la Tercera Parte, las principales cuestiones que tratamos de dilucidar en el Capítulo Quinto son

- si las conductas en que se materializa la violencia contra las mujeres están tipificadas de forma autónoma en todos los EEMM, o si se integran en otros tipos penales,

-si su tipificación es homogénea en todos los EEMM en cuanto a los elementos de los tipos penales.

- en qué magnitud se representa la violencia contra las mujeres en los EEMM.

El Capítulo Sexto está directamente relacionado con el Capítulo Segundo de la Primera Parte y el epígrafe segundo del Capítulo Tercero de la Segunda Parte de este proyecto de tesis. Analizaremos la posición procesal de las víctimas de violencia de género en los diferentes EEMM dirigiendo nuestra mirada a su posición en el proceso penal, la exigibilidad de su testimonio/declaración, la valoración de la prueba en situaciones de violencia de género contra las mujeres en la configuración del proceso penal europeo o europeizado y finalizaremos con un tratamiento del papel y la función de otros actores procesales y de asociaciones de víctimas (sean o no partes procesales).

En el Capítulo Séptimo, el enfoque de género presenta una incidencia particular dado que trata de responder a la pregunta ¿qué impacto tiene la Directiva de 2012 en las víctimas de violencia de género contra las mujeres? Esta Directiva a lo largo de sus capítulos 2, 3, 4 y 5 contiene los derechos de las víctimas desde un enfoque victimológico general. Para ello tomaremos como referencia el informe del Parlamento Europeo titulado “*European Implementation Assessment*”, el informe del EIGE, el

⁵⁸ Entendida como como “*ciencia que estudia la etiología o causas de la victimización, sus consecuencias, cómo el sistema penal acoge y asiste a las víctimas y cómo otros elementos de la sociedad, como los medios de comunicación tratan a las víctimas del delito*”, traducción propia, siguiendo a DAIGLE, Leah E., *Victimology*, Sage, Londres, 2012, esp. p. 1.

INTRODUCCIÓN

informe del Proyecto Ivor, “*Implementing Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union*” y los informes de la FRA de 2019. Abordaremos de forma transversal la posible afectación de los derechos de las víctimas a las garantías y derechos de las personas acusadas.

Finalmente expondremos nuestras conclusiones y reflexiones personales con la presentación de los resultados de esta tesis.

INTRODUCTION⁵⁹

1. Previous note

This doctoral thesis presents the result of the research carried out over three years at the University of Burgos as a pre-doctoral researcher hired within the framework of the Project “A step forward in the consolidation of the European Judicial Area and its application practice in Spain: vision from the civil and criminal process” (DER2015-71418-P) with Professor María del Mar Jimeno Bulnes as principal investigator and director of this doctoral thesis.

Its title is “The procedural rights of victims of gender-based violence against women in the European Union”. Therefore, four main themes are interrelated. Namely: procedural rights, victimology, gender violence and the European Union (hereinafter, EU). A thematic delimitation that implies geographical limits (European Union), criminal (crimes of violence against women for gender reasons), legal scientific delimitation (aspects regulated by procedural law) and concrete procedural technique (situation of the victim in the criminal) process.

This scheme has been followed for the treatment of the subject from a more general approach to a more concrete one.

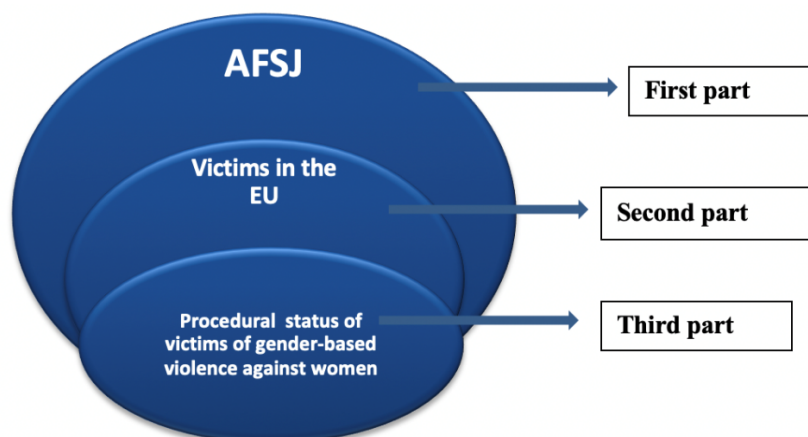


Figure n.1. Doctoral Thesis' thematic structure

⁵⁹ Revisión de la gramática en lengua inglesa realizada por mi compañera en el curso de Experta en Enfoque de género de la Universidad de Burgos y profesora de inglés, Ashley Dawn Best.

INTRODUCTION

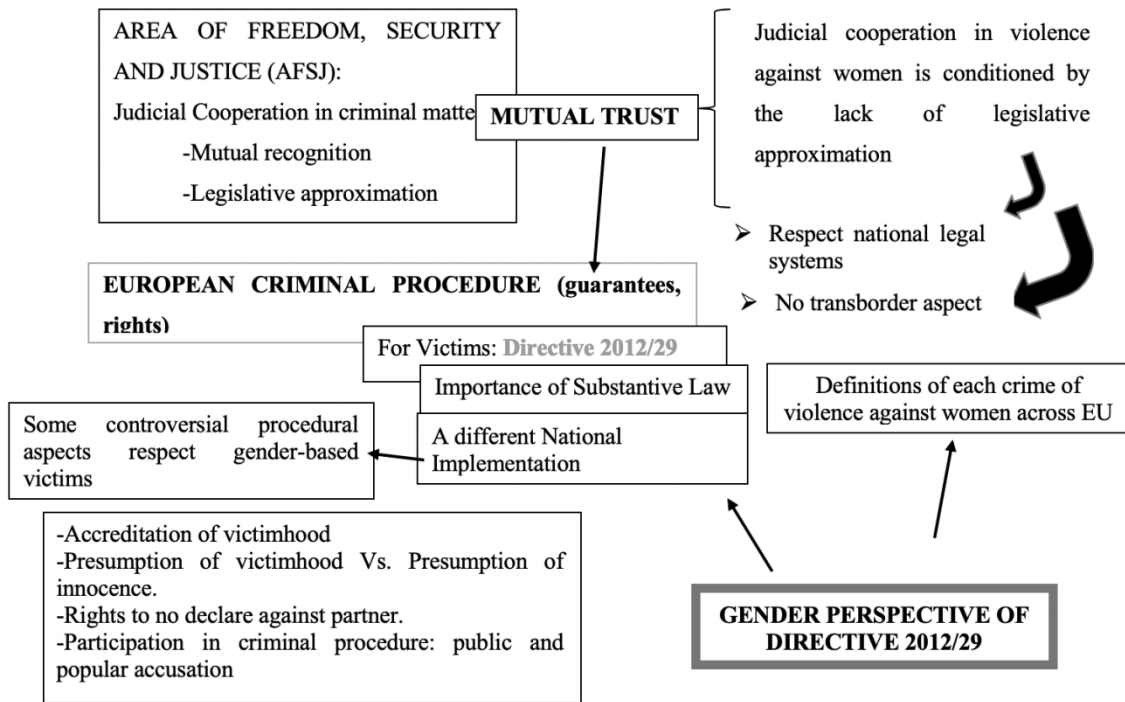


Figure n.2. Main thematic aspect

2. Originality of this study and intended contribution

It is a common place to understand the progressive European integration as the history of the evolution of an intense will to understand that is imposed between moments of tension and sometimes war. In line with this consideration, the subject of this thesis has characteristics that place it among the most current legal issues. The recognition of the rights of victims in the legal field has had a relatively recent path if we take as a reference the remote interest that the figure of the offender aroused in reference to the criminal facts in the configuration of the modern criminal process. This scant attention to the victims in the modern criminal process is joined by the fact that the general and positive consideration of women as human rights holders dates back to 1948 with the Universal Declaration of Human Rights (hereinafter UDHR⁶⁰). And that violence against women was considered an attack on human rights for the first time in 1994 in the Inter-American Convention to prevent, punish and eradicate violence against women (Convention of Belem Do Para)⁶¹ and at the European level, in 2011 through the Convention of Europe on the prevention and fight against violence against women and gender violence (hereinafter, Istanbul Convention)⁶². A recent history that

⁶⁰ Resolution 217 A (III) of 10 December 1948, adopted and proclaimed by the United Nations General Assembly, accessible at <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> (Last access: 9 January 2020).

⁶¹ Inter-American Convention to prevent, punish and eradicate violence against women (Convention of Belem Do Para) accessible at <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> (Last access: 9 January 2020).

⁶² Europe Convention on prevention and fight against violence against women and gender violence, n.210, May 11, 2011, accessible at <https://rm.coe.int/1680462543> (Last access: 9 January 2020).

INTRODUCTION

puts us in the context of progressive importance of the recognition of Human Rights and women's rights as human rights.

Besides, the current nature is evident because it is found that actions and omissions typified as violence against women in the European sphere do not enjoy homogeneity in their classification, nor systematics in the collection of statistical data (disaggregation by sex and relationship victim - aggressor, among other considerations) or general basic legal recognition of victims' rights from an approach that measures the impact of gender. All of them characteristics that would allow the optimal comparison between regulations and with it, would facilitate the analysis of the procedural position, the recognised rights and their exercise and results of the victims of gender-based violence in each territory of the EU. Understanding procedural rights as projections of Human Rights in the judicial process. In this context, the legal authorisation to regulate minimum standards on victims for all Member States is included in the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter TFEU)⁶³ with the modifications introduced by the Treaty of Lisbon, which came into force in 2009⁶⁴.

Thus, we find three recent, current and developing subjects by academia, social organisations and the political class: European Union, victims and gender-based violence against women⁶⁵.

According to information provided by the Ministry of Education, in Spain from the 2004/2005 to 2017/2018 academic year, 141 theses on gender violence, 14 on violence against women, 372 on the European Union and 124 on victims⁶⁶.

Recent doctoral theses have been defended and published addressing each of these topics such as:

- BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *La construcción de Europa a través de la cooperación judicial en materia de protección de víctimas de violencia de género*, directed by Elena Martínez García, University of Valencia, 2019.

-FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Amaya, *Propuesta para la implementación de la mediación en procesos por violencia de género*, directed by Montserrat de Hoyos Sancho, University of Valladolid, 2015.

- GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José, *La protección jurídica de la víctima en el sistema penal español*, Directed by Borja Mapelli Caffarena, University of Seville, 2015.

⁶³ European Official Journal, October 26, 2012, n. C 326 pp. 1-390, accessible at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT> (Last access: 9 January 2020).

⁶⁴ European Official Journal, December 17, 2007, n. C 306, from, pp. 1-271, accessible at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT> (Last access: 9 January 2020).

⁶⁵ We follow the definition of violence against women based on gender in article 3.d of the Istanbul Convention “gender-based violence against women shall mean violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately;”.

⁶⁶ <https://www.educacion.gob.es/teseo/listarBusqueda.do> (Last access: 9 January 2020).

INTRODUCTION

- HERNÁNDEZ MOURA, Belén, *La víctima, pilar del proceso penal contemporáneo*, directed by Helena Soletto Muñoz, Universidad Carlos III de Madrid, 2018.

- HERNÁNDEZ VILLAMIZAR, Ivonne Pamela, *La reparación a la víctima en el proceso penal español tras el estatuto de la víctima del delito de 2015*, Directed by Nicolás Rodríguez García, Adán Carrizo González-Castell (coord.), University of Salamanca, 2018.

- MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *La Justicia Restaurativa y el Poder de la comunidad en la resolución de conflictos. Analysis and proposal of a new paradigm of Criminal Justice*, directed by Mar Jimeno Bulnes, University of Burgos, 2018.

-PÉREZ LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo, *Victims' Status at International and Hybrid Criminal Courts Victims' Status as Witnesses, Victim Participants/Civil Parties and Reparations Claimants*, Åbo Akademi University, Finland 2014.

- SOSA, Lorena P. A., *At the center or the margins? A review of intersectionality in the human rights framework on violence against women*, directed by Rianne M. Letschert and Mieke M.T. Verloo, University of Tilburg, 2015.

3. Obstacles to research

With regard to research sources, both the EU and the Council of Europe (hereinafter COE) and the United Nations (hereinafter UN) have stressed the need to improve the collection and availability of data concerning violence against women. As noted by both the UN and the EU in their joint Spotlight Initiative “*The availability of prevalence data on violence against women and girls, however, remains uneven across and within countries. Quality, reliability and comparability of the data across and within countries remain a challenge*”⁶⁷.

This unequal availability of data makes it difficult to approach the subject from the teleological interest of the comparison, since what cannot be compared cannot be measured either because it has not been classified or because it has not been typed classified in homogeneous terms. This situation generates, in turn, a disparity in the rights recognised both in strict procedural terms (the very regulation of victims' rights during criminal proceedings) and indirectly through the impact of criminal classification in the exercising of procedural rights. We can understand from the beginning, and regardless of subsequent considerations, that a victim of a certain action or omission that generates a specific injury can only exercise their rights in the process, essentially, if that action or omission is criminalised and if their procedural rights are recognised as a victim of that crime⁶⁸.

⁶⁷ Vid. *Spotlight Initiative to eliminate violence against women and girls*, accessible at <https://www.un.org/en/spotlight-initiative/assets/pdf/spotlight.faq.letter.02.pdf> (Last access: 9 January 2020).

⁶⁸ Later on we will deal with other considerations such as the fact that he or she recognises that what he or she has experienced is a crime, that he or she knows his or her rights as a victim, that he or she is financially and psychologically in a position to denounce it and maintain this disposition during the procedural iter, etc.

INTRODUCTION

However, it is precisely this disparity in the very regulation of the matter to be addressed, namely the procedural rights of victims of violence against women in the EU, that underlines the perpetual relevance of a historical phenomenon rooted in the customs and laws of different forms of government in a society. We are talking about a transitional period: a social and legal order that legitimised the actions (or omissions) of men with regard to women⁶⁹, to another social and legal order based on an exercise of citizenship with based on the principle of equal rights and duties. This transition generates tensions on the social level and dysfunctions on the legal level by regulating *de lege* a society that does not yet exist *de facto*, or in the opposite sense, presenting itself as impervious to the new social reality that it seeks to regulate from a historical perspective. This last reasoning obeys a Western framework of analysis since it presupposes that either the legislation conforms to a Democratic and Social State of Law that proclaims the superior principles of the rule of law, division of powers, guarantee of human rights, together with the defence of the superior values of equality, freedom and justice, or it presupposes that society has internalised such values and demands their regulation and guarantee. Two essential ideas that may be absent if we value the legal and social situation of violence against women in Second and Third World States in our analysis⁷⁰. This last aspect will be dealt with in depth in Chapter Three.

Let all of the above serve as an incentive to meet this challenge as called for by the UN and the EU. In this way, special attention has been paid to the selection of the sources of the different data, the data they collect have been taken into account, which highlight that violence against women is a globalised and transversal phenomenon, and attention has been paid to the international and national bodies that propose measures to improve data collection⁷¹. In view of the above, it is important to emphasise that the aim has been to obtain data and information on the general situation of the EU and the particular situations of each Member State. In cases where data is provided for only some Member States (hereinafter EMM) this is due to this limitation of the availability of sources.

⁶⁹ Among others, full ownership of the rights of citizenship, right of representation in relation to the other person of legal age, declaration of capacity by the mere fact of coming of age, representation and ownership of the family, *ius primae noctis*, right to punish, right to work, exemption from acting on passionate motives when killing in intimate relationships, release from the burden of domestic and care work, etc.

⁷⁰ In the terms that were defined at the meeting held in Bandung, Indonesia, in 1955 by the newly independent states of Africa and Asia (including Ghana, India, Indonesia and Nigeria) as well as Yugoslavia, to differentiate themselves from the division of the First World (states with a capitalist or market economy) and the Second World (states with a planned economy) that during the Cold War caused the rigid separation between political axes.

⁷¹ Vid. European Parliament resolution of 12 September 2017 on the proposal for a Council decision on the conclusion, by the European Union, of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, accessible at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0329_EN.html In its Point n.8 it can be read “*the EU’s accession will provide a coherent European legal framework to prevent and combat violence against women and gender-based violence and to protect and support victims in the EU’s internal and external policies, as well as bringing about better monitoring, interpretation and implementation of EU laws, programmes and funds relevant to the Convention, together with better collection of comparable disaggregated data at EU level; considers that by acceding to the Convention the EU will become a more efficient global actor in the field of women’s rights*”.

INTRODUCTION

4. Sources

The main sources for obtaining data have been the official international, European (mainly EU and Council of Europe) and national institutions dealing with these criminal phenomena.

In the EU, the European Institute for Gender Equality (hereinafter EIGE)⁷², the Fundamental Rights Agency (hereinafter FRA)⁷³, as well as the institutions themselves, such as the European Parliament, the Council and the COE and the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as the ECJ)⁷⁴.

In the framework of Council of Europe, the work of the Gender Equality Commission⁷⁵ should be highlighted, as well as the Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO)⁷⁶, who carries out a huge task analysing the implementation of and compliance with the Istanbul Convention.

At the international level, the United Nations entity for gender equality and the empowerment of women "UN Women"⁷⁷, since its constitution in 2010,~~it~~ has been working hard to analyse and propose recommendations to combat violence against women at the international level.

On the part of the Members States, official data can be obtained indirectly through the work of the institutions and agencies mentioned above or directly from official sources in each Member State⁷⁸ or in the Judgments of the European Court of Human Rights (hereinafter ECHR) in the sections referring to the law of the defendant State.

It is appropriate to end this section by noting the close relationship between the 2011 EOC Istanbul Convention⁷⁹ and the European Union Victims Directive 2012 (hereinafter Directive 2012/29)⁸⁰ given that both regulatory acts require improvement in the collection and compilation of data on violence against women in order to assess the implementation of the Directive, compliance with the Convention, improve the

⁷² Website <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/data-collection> (Last access: 9 January 2020).

⁷³ Website <https://fra.europa.eu/en> (Last access: 9 January 2020).

⁷⁴ Website https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en/ (Last access: 9 January 2020).

⁷⁵ Website <https://www.coe.int/en/web/genderequality/gender-equality-commission> (Last access: 9 January 2020).

⁷⁶ Website <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/grevio> ((Last access: 9 January 2020).

⁷⁷ Website <https://www.unwomen.org/en> (Last access: 9 January 2020).

⁷⁸ In Spain, the Ministry of the Presidency, Relations with the Courts and Equality, (<http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/>), (Last access: 9 January 2020).

⁷⁹ Article 11.

⁸⁰ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ on 14th November 2012, L 315, p. 57-73, accessible at <http://data.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj> (Last access: 9 January 2020). Specifically on its Recital 64. Although it is significant that the Directive does not require the disaggregation of data by sex, which prevents the perception of the gender dimension of the crime of violence in personal relationships.

INTRODUCTION

judgments that are detected and achieve the objectives proposed by both legal documents.

5. Methodological approach

The general methodology will be the qualitative one incorporating, when it is convenient due to the object of study and the specific research question, a quantitative approach⁸¹.

All research work involves a journey through different stages that begin with the design of the research, continue with the precision of the data collection methods, continue with the analysis of the data obtained and end with the presentation of the results and conclusions⁸². We could add the phase of constant criticism and revision that involves an investigation and that implies the permanent repetition of the last two stages.

For the development of our research and bearing in mind the aims pursued by this thesis project of providing a victimological description of the phenomena studied, their legal-procedural consequences and proposals of *lege ferenda* from a legal, Europeanist, victimological, guarantee and feminist perspective⁸³, we can approach it with a qualitative approach and with a quantitative approach⁸⁴. We participate in the opinion of JOAN MIQUEL VERD and CARLOS LOZARES on the compatibility of both approaches since the social facts that we are going to analyse do not adjust to one or the other approach with an exclusive and excluding character. The dimensions of the situation of victims of violence against women in the EU that we will address in each chapter suggest the need to ascribe our research to both approaches. However, a qualitative approach, following VERD and LOZARES, is *"capable of dealing, better than the quantitative one, with the complex relations that characterize social*

⁸¹ In particular, in those thematic sections where there are few information units but many characteristics, the qualitative approach will be used, while when the information units are numerous or smaller and few variables, a quantitative approach will be used (correlational or experimental depending on the information units respectively). *Ibidem*, esp. p.27.

⁸² VERD PERICÁS, Joan Miquel and LOZARES, Carlos, *Introducción a la investigación cualitativa*, Synthesis, Madrid, 2016. We share the importance that the authors give to Alfonso Ortí's opinion *"the training of a social researcher must be, above all, that of a methodologist who knows and decides what approach and technique should be critically applied to each specific aspect and dimension of social processes"*, esp. p.18. (Own translation).

⁸³ With the philosopher Ana de Miguel we remember the phrase of Clara Campoamor *"let's say that the definition of feminist with which the vulgo malevolently tries to indicate something extravagant indicates the full realization of women in all their possibilities, so it should be called humanism"*, in DE MIGUEL, Ana, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2016, esp. p.27. Understanding feminism as a humanism, that is, the defence of *de lege* and *de facto* equality between men and women.

⁸⁴ The dichotomy between the two methods was exacerbated after World War II, influenced by the prestige of the quantitative method as being more rigorous. This implied the subordination of the qualitative approach based on the paradigms that supported both approaches: the positivist/positivist paradigm in the quantitative approach and the interpretivist and constructivist paradigm in the qualitative approach. Using the term "paradigm" in accordance with Kuhn's classic contribution (1970). VERD PERICÁS, Joan Miquel and LOZARES, Carlos, op. cit. It is interesting to mention the proposal of specific quality criteria for qualitative research: credibility (*"transparency and reflection and constant review during the process of analysis between data, results and conclusions improve the quality of research findings"*) and relevance (*"all research is developed in certain circumstances and is aimed at a specific audience or audiences, so it cannot be judged only "internally" in a procedural way, but must also be judged "externally" in relation to the scientific community or the relevance of the object of study"*) proposed as alternatives to the validity and reliability criteria of quantitative approaches. *Ibidem*, p.30. (Own translation).

INTRODUCTION

phenomena, adequately handling the temporal dimension (what precedes what) and the connections between the characteristics of the subjects and the development of events and processes"⁸⁵. It allows us to focus on certain information units (procedural rights of victims of gender violence in the EU) from a holistic and historical contextual view⁸⁶ by obtaining a detailed description of the phenomena indicated and analysing these phenomena in depth, taking into account the context of the phenomena studied. This approach focuses on "the cognitive components of the action (meaning, intentionality, memory, strategy, etc.)"⁸⁷ which implies a more interactive relationship with the phenomenon being studied, for example, through direct observation, dialogues, interviews. This is one of the differences between the qualitative method and the quantitative one that we want to emphasise since the consideration of the subjects and social and juridical phenomena studied as "*actors of the action and interaction, as subjects of strategies and meanings that the agents give to their actions*"⁸⁸ is presented as of great importance. Always with the need to control this interaction so as not to provoke a modification of the object under investigation. Likewise, it enables a feedback research process and continuous revision especially through methodological strategies that we will use in this thesis project, such as analytical deduction and constant comparison.

On the other hand, the quantitative methodology will have an important role as a consequence of the distinction between dynamics (interactive component, better analysed in a qualitative way) and results (interaction effects, from a quantitative method that identifies the structures⁸⁹).

Results that appear through the data provided by the official statistics of the different competent regional, national, European and international entities and bodies. It should also be mentioned that the considerations expressed by different professional agents in the field have been used. As representatives of women's assistance associations, an official from the Victims Assistance Office of the Burgos judicial office, judges specialising in gender violence, social workers from associations (*La Rueda. Asociación para la defensa de la mujer*, set in Burgos) as well as researcher Rosicler Reinboldt (worker in a shelter for abused women in Scotland) and from the Rotterdam Victim Assistance Office (researcher Pien van de Ven -member of the Academic Workplace, a collaboration between the Victim Support Office of the International Victimology Institute- henceforth INTERVICT). As well as an alleged victim of gender violence and domestic violence in the framework of some meetings organised by the association "La Rueda" in Burgos. However, these opinions have been taken into account and

⁸⁵ *Ibidem*, p.29.

⁸⁶ We follow Joan Miquel Verd and Carlos Lozares' definition of "context" as "*a set of facts, agents, structures, situations and social realities at the macro level with respect to the meso and micro level, and of the meso level with respect to the micro level*" where the object of research takes place, and of "contextual validation" as an important tool for the generalisation of the results to other homologous or equivalent contexts to the one studied". *Ibidem*, esp. p.31. (Own translation).

⁸⁷ *Ibidem*, p.29.

⁸⁸ *Ibidem*, p.28.

⁸⁹ Following the duality presented by the authors referenced above.

INTRODUCTION

introduced indirectly without maintaining a systematic structure and exclusively aimed at their aseptic transcription.

Likewise, we must indicate that the methodology used will be adjusted to the forms of both deductive and inductive reasoning with respect to the different sources. Thus, first of all, the critical analysis of the European positive law regarding the procedural rights of the victims of crimes of violence against women has been developed following the lines of a qualitative research based on a deductive method, by means of the collection of information (bibliographic resources, interviews, courses, seminars, official institutional statements) on the status of the victim of crime, on the criminal procedure of the crime of gender violence, the victims of gender violence, the perpetrators of this crime and the construction of the European Space of Freedom, Security and Justice (hereinafter, ELSJ). The different doctrinal positions, existing theories on the matter, as well as legislative regulation and jurisprudence in the EU area will be studied, analysed and criticised.

Secondly, we must bear in mind the surveys already carried out at European and national levels. The macro-survey carried out by the EU FRA in 2014 with a total of 42,000 women interviewed⁹⁰. Taken into account when analysing the procedural rights that make up the status of victims of crime. Similarly, the macro-survey on violence against women carried out by the Spanish Ministry of Health, Social Services and Equality in 2015 with a total of 10,171 women interviewed will be taken into account⁹¹.

However, in this consideration of people as significant beings, aggregators of meaning and content, the cultural approach is indispensable, since culture involves the creation of shared meanings, interpretations, labels, beliefs and values. A collective imagination whose socialisation process is still general, uncritical and identity creating must not lose sight of the subjectivity of each member of society. For all these reasons, the adoption of an interpretative approach, which combines subjective and objective considerations, and which places the person who is researching in the world under investigation, is presented as an essential tool for ontological understanding.

This interpretative methodology based on inductive and deductive forms of reasoning will in turn be channelled through an integrated gender approach or gender mainstreaming principle. A characteristic of the integration of a feminist agenda from local, national, supranational and international organisations and institutions⁹². In this

⁹⁰ Accessible at <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-results-glance> (Last access: 9 December 2019).

⁹¹ Accessible at http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (Last access: 9 January 2020).

⁹² The philosopher Amelia Valcárcel points out the global nature of this feminist agenda, which is, however, "*open in every part of the planet for different pages (...) in some places still the agenda of the first wave, freedom of choice of state and elementary education is the priority; in others, it is the second wave: the fullness of educational and political rights. Finally, and in the countries at the top, the agenda of the third wave, of sexual-reproductive rights and parity, is the living and open agenda. All its pages refer to the same interpretative framework: equality in citizenship and the enjoyment of freedoms*". In VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2012, esp. p. 219.

INTRODUCTION

line, we must begin with a brief reference to the introduction of the concept of "gender" as a category of analysis and mention an author who introduced the concept of gender as an analytical category in the field of health and sociology. Thus, in 1955, psychologist JOHN MONEY introduced the concept of "gender role" in the field of health sciences, alluding to the need for social stimulus in gender identity, and sociologist ANN OAKLEY attributed physiological characteristics to sex and "culturally established behaviour patterns" to gender⁹³. This concept of gender as an analytical category was taken up by the anthropologist GAYLE RUBIN, who in 1975 first offered the classic definition of the sex/gender system: "*a "sex/gender system" is the set of arrangements by which a society transforms biological sexuality into products of human activity, and in which these transformed sexual needs are satisfied*"⁹⁴. The idea of the social construction of gender is synthesised by the existentialist philosopher SIMONE DE BEAUVOIR with the well-known phrase "*One is not born, but rather becomes, a woman*"⁹⁵ alluding to the different roles attributed to women or men in society that determine whether they are treated as men or women in that society. According to historian JOAN SCOTT "*gender is a useful category of analysis because it provides a way of decoding meaning and understanding the complex connections between various forms of human interaction*"⁹⁶.

SANDRA HARDING, in turn, stresses that "*the fact that there are class, race and cultural differences between women and men is not, as some have thought, a reason to consider gender difference to be theoretically unimportant or politically irrelevant. Virtually in any culture, gender difference is an axial way in which humans identify themselves as people, organize social relations and symbolize significant natural and social events and processes*"⁹⁷.

This is a demand present in each and every one of the World Women's Conferences sponsored by the United Nations. The new strategy they adopted and promoted consisted in promoting the so-called Integral Gender Approach as an epistemological tool that would allow the elimination of discrimination based on gender. The importance of becoming aware of the category "gender" is pointed out in the Resolution

⁹³ Both referenced in AGUILAR GARCÍA, Teresa, "El Sistema sexo-género en los movimientos feministas", *Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale*, Europes/Amériques 2008, esp. p. 3 and 4, <https://journals.openedition.org/amnis/>

⁹⁴ RUBIN, Gayle, "The traffic in women: notes on the political economy of sex", en Rayna Peiter (ed.), *Toward an Anthropology of Economy*, Monthly Review Press, New York, 2012, esp. pp. 157-210.

⁹⁵ DE BEAUVOIR, Simone, *Le deuxième sexe*, Éditions Gallimard, Paris, 1949.

⁹⁶ SCOTT, Joan. Gender: a useful category for historical analysis, *American Historical Review* 1986, vol.91, n.5, pp.1054-1075, esp. p.1070

⁹⁷ HARDING, Sandra, *The science question in feminism*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1986, p.18. This author, in addition, gathers the characteristics that a feminist investigation must reunite: the integration of the experiences of women, the introduction of new purposes for social science and the introduction of a new object of investigation (to locate who investigates in the same critical level as the explicit object of study), Vid. HARDING, Sandra, "Is there a Feminist Method?", in Sandra Harding (ed.) *Feminism and Methodology*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 1987, pp. 1-14.

INTRODUCTION

approved by the United Nations General Assembly on 25 September 2015 on the Agenda 2030 for Sustainable Development⁹⁸.

This concept has been incorporated, as we said, into numerous legal instruments as it has been integrated as a tool to develop a social and democratic rule of law that not only proclaims the principle of equality and justice but also promotes actions to achieve it *de lege* and *de facto*. Thus, at the Spanish national level, in accordance with article 4 of Organic Act 3/2007 of 22 March 2007 on effective equality between women and men⁹⁹ concerning the integration of the principle of equality in the interpretation and application of the rules, "*Equal treatment and equal opportunities for women and men is a principle which informs the legal system and, as such, shall be integrated and observed in the interpretation and application of legal rules*"¹⁰⁰. And so also Article 15 on the mainstreaming of the principle of equal treatment between women and men, "*The principle of equal treatment and opportunities between women and men shall inform, on a cross-cutting basis, the action of all public authorities. Public administrations shall actively integrate it in the adoption and implementation of their regulatory provisions, in the definition and budgeting of public policies in all areas and in the development of all their activities*"¹⁰¹.

It is necessary to highlight the provision of Article 461.3 of Organic Act 6/1985 of 1 July 1985 on the Judiciary (hereinafter LOPJ)¹⁰² "*The National Commission for Judicial Statistics, formed by the Ministry of Justice, representatives of the Autonomous Regions with competencies in the area, the General Council of the Judiciary and the Office of the Director of Public Prosecutions, will approve the general and special statistical plans of the Judicial Administration and will establish uniform criteria that, where applicable, consider the gender perspective and the variable of sex, which must be universally adhered to for the gathering, computer-based processing, transmission and mining of statistical data within the Spanish judicial system.*" This provision was amended by Law 30/2003 of 13 October on measures to incorporate gender impact assessment in the regulatory provisions to be drawn up by the Government¹⁰³.

At EU level, the recognition of equality and non-discrimination as fundamental values is proclaimed in Article 2 of the Treaty on European Union (hereinafter TEU), for this reason the consideration of Equal Opportunities and the principle of non-

⁹⁸ Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1, accessible at https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E (Last access: 9 January 2020).

⁹⁹ Spanish Official Journal, 23 March 2007, n. 71, pp. 12611-12645, accessible at <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115> ((Last access: 9 January 2020).

¹⁰⁰ Own translation.

¹⁰¹ Own translation.

¹⁰² Spanish Official Journal, 2 July 1985, n. 157, pp. 20632-20678, accessible at <http://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Subjects/Compendium-of-Judicial-Law-/Laws/Organic-Law-6-1985-of-1-July--on-the-Judiciary> (Last access: 9 January 2020).

¹⁰³ Spanish Official Journal 14 October 2003, n. 246, pp. 36770-36771, accessible at <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/10/13/30> (Last access: 9 January 2020).

INTRODUCTION

discrimination on the grounds of sex has achieved the status of one of the main objectives of the EU¹⁰⁴. This translates into a new policy shift towards active policies involving both the elimination of gender inequalities and the promotion of equality. The gender perspective is an epistemological tool taken into account in the programming of the European Structural and Investment Funds for the period 2014-2020¹⁰⁵, as well as those for the period 2000-2006. It was established that actions co-financed by the Structural Funds should take into account the gender dimension, i.e. take into account the different situations and positions of women and men in society. Gender is raised to the status of an indicator to be incorporated in the different phases of activities from initial programming to evaluation. In this sense, we must highlight both the Strategic Commitment to Equality between Women and Men 2016-2019¹⁰⁶ such as the Gender Action Plan 2016-2020 entitled "Gender Equality and Women's Empowerment: Transforming the Lives of Girls and Women through EU External Relations (2016-2020) which prioritises *"mainstreaming gender actions in 85% of new EU initiatives"* during this period¹⁰⁷.

In line with this, the European Parliament resolution of 19 April 2018 on the implementation of Directive 2011/99/EU on the European Protection Order¹⁰⁸ in point 2 expressly refers to the need to apply a gender perspective *"Calls on the Member States and the Commission to mainstream gender in all policies, particularly those where there may be a link with raising awareness about and detecting violence against women, and protecting and safeguarding the integrity of victims"*. In its point n.14 *"Calls on the Member States to conduct an individual assessment, adopting a gender-sensitive approach, in relation to the provision of assistance and support measures when requesting EPOs"*.

Also, in accordance with the Istanbul Convention, Article 1(e) of which identifies as one of the objectives *"provide support and assistance to organisations and law enforcement agencies to effectively co-operate in order to adopt an integrated approach to eliminating violence against women and domestic violence"*. As well as in Article 6 on gender-sensitive policies, it expressly prescribes that *"Parties shall undertake to include a gender perspective in the implementation and evaluation of the impact of the*

¹⁰⁴ Above all, the work of the EIGE stands out accessible at <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/toolkits/gender-impact-assessment/what-gender-impact-assessment> (Last access: 9 January 2020).

¹⁰⁵ European Commission, Directorate-General for Regional and Urban Policy, 2014, following Recital 13 of Regulation (EU) No 1300/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 on the Cohesion Fund and repealing Regulation (EC) No 1084/2006, OJEU of 20 December 2013, No L 347/281.

¹⁰⁶ SWD(2015) 278 final which identifies as one of its priorities "combating gender-based violence and protecting and supporting victims", accessible at https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/strategic_engagement_en.pdf (Last access: 9 January 2020).

¹⁰⁷ Accessible at https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/staff-working-document-gender-2016-2020-20150922_en.pdf (Last access: 9 January 2020). (http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/coleccion/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf (Last access: 9 January 2020).

¹⁰⁸ Accessible at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0189_EN.html (Last access: 9 January 2020).

INTRODUCTION

provisions of this Convention and to promote and effectively implement policies of equality between women and men and the empowerment of women”.

In the Report of the Specialist Group on Gender Mainstreaming established in 1998 at the COE entitled "Gender Mainstreaming. Conceptual Framework, methodology and presentation of good practices. Final Report of Activities of Mainstreaming"¹⁰⁹ the gender mainstreaming strategy is defined as *“the (re)organisation, improvement, development and evaluation of policy processes, so that a gender equality perspective is incorporated in all policies at all levels and at all stages, by the actors normally involved in policy-making”.*

On 7 March 2018, the Committee of Ministers adopted the new Strategy for Gender Equality 2018-2023¹¹⁰, its sixth objective concerns the integration of the gender perspective into all policies and measures¹¹¹.

It is interesting at this point to underline that the gender perspective is a tool to interpret the integrated reality, also the Jurisprudence of the Supreme Court in Sentences such as the 247/2018, of 24 May, Judge Vicente Magro Servet, affirms *“the conclusion cannot be other than to admit the concurrence of malice. This annulment of the victim's defense makes this circumstance appear, considering it, in this specific case, with a gender perspective, before the way the man's acts occur on his wife and in front of his children, and with a greater assurance of the aggressive action on the female victim by her own partner and in her home, whenever the account of proven facts shows this impossibility of defending her in the action of her partner”* (Legal basis -hereinafter, F.J.- 3º *in fine*)¹¹².

This methodological description justifies the approach to the study from a different gender perspective to a vision inserted in a current of thought of political intersectionality where each identity characteristic is analysed in relation to another type of identity characteristic in order to address the creation of relational policies that articulate joint strategies¹¹³. The complexity of addressing the impact of gender makes it inadvisable to dwell on how other types of identity construction issues such as ethnicity, class, sexual orientation, gender identity, gender expression, religious beliefs, political

¹⁰⁹ Accessible at http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-mainstreaming/EG_S_MS_98_2_rev_en.pdf (Last access: 9 January 2020).

¹¹⁰ Accessible at <https://rm.coe.int/strategy-en-2018-2023/16807b58e> (Last access: 9 January 2020).

¹¹¹ We can mention the incorporation of the gender perspective adopted by the Committee of Ministers of the COE in different areas, for example, Recommendation n. R(98)14 on gender mainstreaming; Recommendation CM/Rec(2007)13 on gender mainstreaming in education; Recommendation CM/Rec(2008)1 on the inclusion of gender differences in health policy; Recommendation CM/Rec(2013)1 on gender equality and media; Recommendation CM/Rec(2015)2 on gender mainstreaming in sport; and Recommendation CM/Rec(2017)9 on gender equality in the audiovisual sector. According to the Committee of Ministers *“By adopting a gender mainstreaming approach in all policies and measures, alongside specific policies for the advancement of women, the Council of Europe will ensure that new initiatives and standards are gender sensitive, and therefore result in better informed policy-making, better allocation of resources and better governance and ultimately contribute to the realisation of gender equality”.*

¹¹² Judgment by Supreme Court n. 247/2018, de 24 de mayo, ECLI:ES:TS:2018:2003, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/609bed1be6397d87> (Last access: 9 January 2020).

¹¹³ Vid. CRENSHAW, Kimberle., “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review* 1991, vol. 43, pp. 1241-1299.

INTRODUCTION

ideologies, literacy, etc., overlap with gender. However, it is interesting to note in this section the incidence of the so-called decolonisation of the gender approach that suggests the need to eliminate the ethnocentric bias of Western universalism from the analysis of the situation of gender discrimination¹¹⁴. However, it is necessary to address in a concrete way a phenomenon as wide and complex as the impact of gender and to focus on one of the reasons mentioned in Protocol n.12 of the ECHR "General prohibition of discrimination". Thus, in particular, the circumstances mentioned in Article 1 of this Protocol "*The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status*"¹¹⁵.

6. Research questions

The main question stimulating this research is what is the gender impact of the procedural rights enshrined in Directive 2012/29/EU? The rest of the questions arise from this question by articulating the structure of the investigation.

With regard to Part One, Chapter One responds to the need to reflect critically, given that this is a subject that is highly analysed by the doctrine, on what the foundation of the AFSJ is, what instruments exist in the field of judicial cooperation and what principles they respond to following the Treaty of Lisbon. And with all of this, the transcendental question of whether the crimes of violence against women for reasons of gender can be the object of legislative approximation, in accordance with Article 67(3) and 82(2) TFEU, in a possible modification of Article 83(1) TFEU, extending the legal authority of the European Parliament and the Council to establish minimum standards relating to the definition of criminal offences and sanctions, not only for the trafficking and sexual exploitation of women (as has been the case until now) but also for all other gender-based crimes against women. And if this were possible, we would have to assess what procedural effects a material measure referring to the approximation of criminal definitions would have and whether, in any case, it would improve the current situation following the entry into force of the Istanbul Convention, which is part of the Council of Europe *Corpus iuris* signed by the EU after its ratification by 20 of the Member States¹¹⁶.

¹¹⁴ Vid. NOBLE, Denise, *Descolonizing and feminizing freedom. A Caribbean Genealogy*, Palgrave, Macmillan, London, 2016.

¹¹⁵ Although this is not an exhaustive list as the European Court of Human Rights (hereinafter ECHR) has recognised, for example in the *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* case, judgment of 21 December 1999, which recognised the prohibition of discrimination on the grounds of sexual orientation, ECHR (Fourth Section), n. 33290/96, 21 March 2000 <https://hudoc.echr.coe.int/> (Last access: 9 January 2020).

¹¹⁶ As of 9 December 2019, 34 States have ratified the Istanbul Convention: Albania, Andorra, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Croatia, Cyprus, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, Macedonia, Malta, Monaco, Montenegro, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Romania, San Marino, Serbia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey. It has not been ratified by the following EMMs: Bulgaria, Czech Republic, Hungary, Ireland, Latvia, Lithuania, Slovakia, United Kingdom. Vid. Official website of the COE on signatures, ratifications and entry into force

INTRODUCTION

In Chapter Two we address two legal phenomena that both coexist and alternate in the AFSJ:

- the holistic nature of EU procedural law resulting from the overcoming of the EU as a mere supranational body and thus creating a real *corpus iuris* for the MSE,
- and, in turn, coincidentally or alternatively (when the possibility of their existence or coercion is called into question), European regulatory instruments that involve modifications in national processes, causing the so-called Europeanisation of processes.

In the Second Part of the Thesis Project, two main objectives are pursued. On one hand, in the Third Chapter we approach the study of Victimology¹¹⁷ with a gender perspective so that, once the differentiation between victimisation-victimacy, self-perception-hetero-perception, and the different victimological levels have been established, the incidence of socialisation as a woman on the experience of the victimising act and the legal need for the hetero-designation of victimhood can be analysed. Chapter Four will address "victimhood" as a procedural category, its accreditation, its link with the presumption of innocence and its relationship with the authority of formal and material *res judicata* in the criminal process.

In Part Three, the main issues that we try to elucidate in Chapter Five are

- whether the behaviours in which violence against women materialises are autonomously typified in all the MEAs, or whether they are integrated into other types of criminal law,
- if their classification is homogeneous across the MEMS in terms of the elements of the criminal types.
- how much violence against women is represented in the Member States.

Chapter Six is directly related to Chapter Two of Part One and the second heading of Chapter Three of Part Two of this thesis project. We will analyse the procedural position of victims of gender violence in the different MSE by looking at their position in the criminal process, the enforceability of their testimony/statement, the evaluation of evidence in situations of gender violence against women in the configuration of European or Europeanised criminal proceedings and we will end with a discussion of the role and function of other procedural actors and victims' associations (whether they are parties to the proceedings or not).

In Chapter Seven, the gender approach has a particular impact as it seeks to answer the question: what impact does the 2012 Directive have on victims of gender-based violence against women? This Directive, throughout its chapters 2, 3, 4 and 5, contains the rights of victims from a general victimological approach. For this we will take as a reference the European Parliament report entitled "European Implementation Assessment", the EIGE report, the Ivor Project report, "Implementing Victim-Oriented

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?desktop=true> (Last access: 9 January 2020).

¹¹⁷ Understood as "science that studies the etiology or causes of victimisation, its consequences, how the criminal justice system accommodates and assists victims, and how other elements of society, such as the media, treat victims of crime", own translation, following DAIGLE, Leah E., *Victimology*, Sage, Londres, 2012.

INTRODUCTION

Reform of the justice system in the European Union" and the FRA reports of 2019. We will address in a transversal way the possible affectation of the rights of the victims to the guarantees and rights of the accused.

Finally, we will present our conclusions and personal reflections with the presentation of the results of this thesis.

PRIMERA PARTE

**ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA:
COOPERACIÓN JUDICIAL Y APROXIMACIÓN
LEGISLATIVA**

CAPÍTULO 1.-ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA EN LA UNIÓN EUROPEA: RETOS Y DESAFÍOS HISTÓRICOS ACTUALES

El soporte legal que ofrece el artículo 82.2 TFUE conforme a su dicción tras el Tratado de Lisboa pone el acento en la conveniencia del establecimiento de normas mínima comunes (aproximación de disposiciones legales y reglamentarias) sobre derechos de las víctimas para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la cooperación judicial y policial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. Este primer Capítulo responde a la necesidad de reflexionar de forma crítica, habida cuenta de que se trata de un tema muy analizado por la doctrina, sobre cuál es el fundamento del ELSJ, qué instrumentos existen en el ámbito de la cooperación judicial y a qué principios responde tras el Tratado de Lisboa. Y con todo ello la pregunta transcendental de si los delitos de violencia contra las mujeres por razón de su sexo pueden ser objeto de aproximación legislativa, de conformidad con el artículo 67.3¹¹⁸ y 82.2¹¹⁹ TFUE, en una posible modificación del artículo 83.1 TFUE¹²⁰ ampliando la habilitación legal del Parlamento Europeo y del Consejo para establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, no solo a la trata y explotación sexual de mujeres¹²¹ sino al resto de delitos de género contra las mujeres. Y si esto fuera posible, habríamos de valorar qué efectos procesales conllevaría una medida material referida a la aproximación en la tipificación delictiva y

¹¹⁸ “67.3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.”

¹¹⁹ “82.2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a:

- a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;
- b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;
- c) los derechos de las víctimas de los delitos;
- d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.”

¹²⁰ 83.1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlos según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación

sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.”

¹²¹ Como hasta ahora ha tenido lugar conforme al listado de delitos de los 32 utilizados por instrumentos de reconocimiento mutuo como la Orden de Detención Europea (en adelante, ODE) o la Orden Europea de Investigación (en adelante, OEI).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

si, en cualquier caso, mejoraría la situación actual tras la entrada en vigor del Convenio de Estambul integrante del *corpus iuris* del Consejo de Europa firmado por la UE con posterioridad a su ratificación por 20 de los EEMM. Primer paso para la adhesión de la UE al Convenio de Estambul que necesita la aprobación en sede del Parlamento Europeo. En definitiva, supone reflexionar sobre si el reconocimiento de las garantías y derechos procesales de las víctimas de los delitos de violencia de género contra las mujeres en cada Estado Miembro incide en la confianza mutua entre los EEMM (fundamento de la necesidad de una aproximación legislativa anunciada asimismo por este artículo 83.1 TFUE) y con ello, al principio de reconocimiento mutuo, eje vertebrador del Espacio Judicial Europeo¹²².

1. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: recorrido histórico

La consagración de la UE como un ámbito geopolítico de Libertad, Seguridad y Justicia ha tenido un recorrido histórico vinculado a numerosos factores. Podemos mencionar, entre otros, la constante y progresiva intensidad de la voluntad de integración europea, las sucesivas ampliaciones territoriales, la constante correlación de fuerzas entre la Comisión y el Parlamento por la iniciativa legislativa, la apelación a la soberanía por parte de los EEMM como mecanismo de retención de competencias, la transformación de los fenómenos delictivos y su interconexión con los avances tecnológicos, la masiva llegada a las fronteras exteriores europeas de millones de personas procedentes de lugares en guerra y/o de inestabilidad política y el contexto político, tanto interno como externo, provocando cambios radicales en los aparatos gubernativos.

Conforme a su configuración actual tras el Tratado de Lisboa, el ELSJ viene reconocido en el artículo 3.2 del TUE. A saber, “*La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia*”. Su delimitación material se encuentra en la regulación específica del Título V del TFUE dedicada al ELSJ, y en particular al control de fronteras, asilo e inmigración, cooperación judicial en materia civil y penal y cooperación policial. En lo referido al principio Justicia, en este marco histórico, social, económico, político y jurídico, la base sobre la que descansa el Espacio Judicial Europeo es la cooperación judicial, cuya “*pedra angular*” es el principio de

¹²² En los ámbitos enunciados en el apartado 2 artículo 82 TFUE “*a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.*”

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

reconocimiento mutuo¹²³. La confianza mutua, a través de una aproximación legislativa aparece como *conditio sine qua non* para la materialización de este principio como señala MAR JIMENO BULNES¹²⁴. Esta confianza mutua “*no se crea por su sola afirmación*” como indica ROSA ANA MORÁN MARTÍNEZ¹²⁵ sino que precisa de voluntad política, iniciativa legislativa y actuaciones prácticas que la construyan, la implementen y la constituyan en la realidad. Para ello, como señala esta autora, Fiscal de Sala de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía General del Estado, se requería incidir en la normativa y “*construir un sistema mínimo de garantías procesales básicas, tanto para víctimas y testigos como para sospechosos, imputados, investigados o acusados*”¹²⁶. Es así como en el ELSJ las disposiciones normativas que se dirigen a construir una base legal general aplicable en los EEMM focalizan su atención en el sujeto pasivo del hecho delictivo (víctimas) y en el sujeto pasivo del proceso judicial (en su calificación acorde a cada fase procesal).

Una relación victimal, criminal y procesal que precisa de un equilibrio ante la posibilidad de que la mejora en la posición procesal de uno/a perjudique o vulnere derechos procesales o garantías del/a otro/a. Generalmente se entiende que el riesgo más elevado de posible afectación de garantías procesales lo sufre quien se ha venido considerando la parte cuyos derechos pueden quedar más afectados como consecuencia del proceso judicial. Es decir, la persona frente a la que se dirige el proceso sea cual fuere su denominación dependiendo de la fase procesal (sospechoso/a, investigado/a, encausado/a, imputado/a, acusado/a, condenado/a, recurrente, a quien para sintetizar denominaremos a lo largo de este proyecto de tesis con el término “investigado/a o acusado/a”)¹²⁷. Esta relación víctima-investigado/a suscita gran interés y será abordada con mayor detenimiento en Capítulo Cuarto.

1.1 Origen del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: el *corpus iuris*

El primer intento para la creación de un espacio homogéneo de protección de los intereses de la UE y de los derechos y garantías nació con la necesidad de proteger los intereses financieros que el Tratado de Maastricht¹²⁸ atribuía a la UE en su ampliación a

¹²³ En concreto, conclusión n.33 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, celebrado en Tampere 15-16 de octubre de 1999, disponibles en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²⁴ JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Lección inaugural del curso académico 2018-2019, Universidad de Burgos. Secretaría General, Burgos, 2018, esp. p.15.

¹²⁵ MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, “Prólogo”, en Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho (Dirs.) y Begoña Vidal Fernández (Coord.), *Garantías procesales de investigación y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.13-16, esp. p.13.

¹²⁶ *Ibidem*, p.14.

¹²⁷ Vid. Considerando 12 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 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 Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE L 315, pp. 57-73 cuyo tenor literal recoge que “*Los derechos establecidos en la presente Directiva se han de entender sin perjuicio de los derechos del infractor. El término «infractor» se refiere a la persona condenada por un delito. Sin embargo, a los efectos de la presente Directiva, también hace referencia a los sospechosos y a los inculcados, antes de que se haya reconocido la culpabilidad o se haya pronunciado la condena, y se entiende sin perjuicio de la presunción de inocencia.*”

¹²⁸ DOUE de 29 de julio de 1992, n. L 191.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

una unión económica y monetaria y al abrir la integración europea a nuevos ámbitos. Este Tratado supuso un gran avance en el proceso de integración de la UE al abordar la construcción de una Unión más allá de la económica y monetaria¹²⁹. Con la incorporación de áreas de naturaleza política (segundo y tercer pilar) donde la UE podía extender su competencia se abría un nuevo camino en el compromiso por alcanzar una mayor capacidad de actuación conjunta y coordinada por los EEMM.

No obstante, con anterioridad al Tratado de Maastricht, algunos instrumentos normativos recogían el reconocimiento mutuo, la llamada piedra angular de la cooperación judicial, en determinadas materias tales como el Convenio europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales de 28 de mayo de 1970 o el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas penales extranjeras de 13 de noviembre de 1991 adoptado en el marco de la cooperación política¹³⁰.

El Consejo Europeo celebrado en Madrid de 1995 se señala como el origen de la Comunicación denominada “*Agenda 2000: Vol. I. Por una Unión más fuerte y más amplia. Vol. II. El desafío de la ampliación*”¹³¹ presentada el 16 de julio de 1997. En aquella ocasión las Jefaturas de Estado y de Gobierno de los EEMM solicitaron a la Comisión una valoración sobre los Estados candidatos a la adhesión a la Unión, así como una comunicación sobre el marco de financiación de la UE. Es llamativo el paquete legislativo que incorporaba la Comunicación¹³², su repercusión en el proceso de ampliación de la Unión, la garantía del disfrute por la ciudadanía europea de los beneficios de una Unión Monetaria y Económica y del mercado único.

En este nuevo contexto material y competencial, el Parlamento Europeo instó a la Comisión a que realizase un estudio analizando los diferentes sistemas penales de los EEMM y concretara las posibilidades de armonización del Derecho Penal sustantivo y procesal en la UE en este específico ámbito financiero¹³³.

Es interesante mencionar según JOHN VERVAELE los motivos de la percibida insuficiencia en la protección de los intereses financieros en la UE. Entre ellos señala la “*ausencia de incriminaciones o la insuficiencia de éstas, las diferencias existentes en el tratamiento de la competencia territorial, las diferencias en el ámbito procesal - pruebas y competencia -, las lagunas en materia de cooperación, las diferencias en*

¹²⁹ ARNÁIZ SERRANO, Amaya, “Evolución de la cooperación judicial penal internacional: en especial, la cooperación judicial penal en europa”, en Miguel Carmona Ruano, Ignacio U. González Vega y Victor Moreno Catena (dirs.) y Amaya Arnáiz Serrano (coord.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.1-40, esp. p.2.

¹³⁰ Anotación apuntada en el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, DOUE n. C 12 de 15 de enero de 2001, pp. 10-22. Vid. JIMENO BULNES, Mar, “La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial* 1998, n. 50, pp. 78-118.

¹³¹ COM/97/2000 final - Vol. I / COM/97/2000 final - Vol. II Accesible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:51997DC2000> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹³² Reforma de la política agrícola común, la reforma de la política estructural, los instrumentos de preadhesión y el nuevo marco financiero, accesible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A160001> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹³³ GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luís y LÓPEZ JARA, Manuel, *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016, esp. p. 63.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

cuanto a las sanciones y las penas y las lagunas en materia de ejecución transnacional de sanciones.”¹³⁴

Un grupo de expertos liderados por la profesora MIREILLE DELMAS-MARTY redactaron en 1997 un *Corpus Juris* estableciendo disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE. En concreto, proponía la creación de un espacio judicial comunitario en la fase preparatoria del proceso, excluyendo la comunitarización de la fase de enjuiciamiento que seguiría en sede nacional¹³⁵.

Este *Corpus Juris* fue criticado -sobre todo por Reino Unido- al entender que suponía la pérdida de soberanía de los EEMM. Las duras críticas recibidas y las reticencias manifestadas supusieron la elaboración de una segunda versión realizada en el año 2000¹³⁶ en la que se basó la Comunicación de la Comisión a la *Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales. La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad: el Fiscal Europeo*¹³⁷. En esta Comunicación la Comisión señalaba los principales problemas relacionados con las responsabilidades de la UE para la protección de sus intereses financieros: “*fraccionamiento del espacio penal europeo (las autoridades policiales y judiciales nacionales sólo tienen competencia para actuar en su propio territorio); Los métodos clásicos de ayuda judicial mutua y la cooperación entre las policías siguen siendo pesados y a menudo inadecuados para una lucha eficaz contra los fraudes transnacionales. La experiencia muestra las dificultades para conseguir que las investigaciones administrativas in situ desemboquen en diligencias judiciales penales*”¹³⁸.

Si bien, las propuestas del grupo de expertos fueron bien recibidas por la Comisión y el Parlamento, no acabaron siendo tenidas en cuenta ni incorporadas en el Derecho europeo de entonces. Sin embargo, podemos atisbar el germen del tratamiento del papel del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en la integración europea mediante la determinación de aquellos intereses europeos a proteger y el modo de hacerlo¹³⁹ así como subrayando aquellos elementos o factores que provocaban no solo la falta de protección de unos intereses de la UE sino los obstáculos normativos para lograr dicha protección.

1.2 El Tratado de Amsterdam y el Plan de Acción de 1997

¹³⁴ VERVAELE, John A.E., “El ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho Procesal europeo”, en AAVV, *Sistemas penales europeos*, CGPJ, Madrid, 2002, esp. pp. 292-293.

¹³⁵ Disponible en <http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹³⁶ DELMAS-MARTY, Mireille, VERVAELE, John. A.E., *La aplicación del Corpus juris en los Estados miembros*, Intersentia, Utrecht, 2000.

¹³⁷ COM (2000) 0608 final Communication from the Commission - Additional Commission contribution to the Intergovernmental Conference on institutional reforms. The criminal protection of the Community's financial interests: a European Prosecutor. Accesible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52000DC0608> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹³⁸ *Ibidem*, punto 1.1, 1.2 y 1.3

¹³⁹ GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luís, LÓPEZ JARA, Manuel, op. cit.p.65.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam¹⁴⁰ se comunitariza parcialmente el ELSJ (Título VI y Título VI bis)¹⁴¹. Es significativo que este Tratado supuso la modificación del artículo B del TUE de conformidad con el artículo 1 del Tratado de Ámsterdam introduciendo como uno de los objetivos de la UE “*mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.*”

En esta ocasión, en el punto IV titulado “Mayor acercamiento de la Unión a sus ciudadanos”, el apartado “Justicia y Asuntos de Interior”, contiene importantes consideraciones respecto al ELSJ. En concreto, en primer lugar, podemos destacar su punto 37 donde se menciona el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada de 1997¹⁴². Respecto a este Plan de acción, ha de ser puntualizado que fue elaborado únicamente por el denominado grupo de alto nivel. Por ello que en el informe de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos de Interior del día 29 de octubre de 1997 se criticaba duramente este aspecto señalando que la no participación en su elaboración del Parlamento Europeo o de ningún grupo de trabajo del Consejo, entraba en contradicción con las disposiciones del apartado 2 del artículo K.6 del TUE (conforme al Tratado de Ámsterdam). En la Resolución sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada del Parlamento Europeo¹⁴³, el Parlamento Europeo ponía sobre la mesa aspectos esenciales que tratarían de ser mejorados con el Tratado de Lisboa. Entre los cuales son de interés las letras A, la letra E, letra F y letra I.

Del mismo modo el apartado 13 dentro de su apartado II bajo la rúbrica “El Plan de Acción en general” en el que el Parlamento Europeo expresaba que “*Lamenta, por último, que en el Plan de Acción no se tome una decisión clara sobre un asunto estructural importante, a saber, si la lucha contra la delincuencia organizada habrá de intentarse en el futuro a través de la armonización de los tipos delictivos fundamentales y de las disposiciones penales o mediante la mejora de la cooperación entre los Estados miembros, conservando, sin embargo, las diferencias de los ordenamientos penales nacionales*”. Así también enunciaba los que serían los principios elementales de la cooperación judicial en la UE: aproximación legislativa y reconocimiento mutuo. Respecto a este punto, el Parlamento Europeo en su propuesta se refería a la cooperación nórdica como ejemplo de eficacia en la práctica de la cooperación (sin necesidad de cambios estructurales) basada en un “*mismo sistema de ordenadores en la policía, la justicia, las aduanas y la vigilancia costera; estrecha cooperación entre las*

¹⁴⁰ DOUE de 10 de noviembre de 1997, n. C. 340, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amstes.pdf> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹⁴¹ BANACH-GUTIÉRREZ, Joanna Beata, “Supranational integration in criminal matters within the European Union: what could the future bring?”, en Joanna Beata Banach-Gutierrez y Christopher Harding (eds.), *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, Routledge, Nueva York, 2017, pp.12-20, esp. p. 13 y ss.

¹⁴² DOUE de 15 de agosto de 1997, n. C 251, pp. 1-16, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:51997XG0815> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹⁴³ DOUE de 8 de diciembre de 1997, n. C 371, p. 183 Accesible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51997IP0333> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

*distintas unidades de análisis; tupida red de funcionarios de enlace*¹⁴⁴. En esta misma línea, el Parlamento Europeo proponía la armonización en aquellos aspectos en que una cooperación práctica no haya conllevado ningún resultado satisfactorio.

Respecto al “Plan de Acción detallado” contenido en el apartado III el Parlamento Europeo señalaba una importante consideración respecto a cómo la ausencia de una definición común de “delincuencia organizada” implicaba la imprecisión del término y su falta de limitación con respecto a otras formas de delincuencia (punto n. 17). De este modo, instaba al Consejo al establecimiento de un marco común que ofreciera una definición homogénea del concepto “delincuencia organizada”. Asimismo, proponía que la cooperación judicial en materia de lucha contra la delincuencia se desarrollara de forma paralela a una progresiva integración de la Europa de los derechos de defensa, de la protección de los justiciables y de las garantías de procedimiento, aludiendo a la posibilidad de la creación de un fiscal a escala europea; ello supone el posterior primer esbozo de la Fiscalía Europea.

En el Informe sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada por parte de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores¹⁴⁵ relativo a la Recomendación número 17, en su punto 36, el Parlamento Europeo afirmaba la oportunidad de proceder a la aproximación progresiva de las disposiciones legales de los EEMM en el concreto cuando se dieran las siguientes circunstancias:

“- los diferentes requisitos legales para recortar los derechos fundamentales impiden las investigaciones transfronterizas,

- las diferentes normas en cuanto a la prueba plantean problemas a la hora de utilizar y valorar en procesos penales las pruebas aducidas en otro Estado miembro,

- las diferencias en cuanto a la tipología delictiva y en las penas previstas representan riesgos muy distintos para los delincuentes en los casos de delito transfronterizo,

- no es lícita la cooperación entre los Estados miembros por falta de disposiciones penales equivalentes y el mantenimiento al mismo tiempo del requisito de la doble punibilidad;”.

A este respecto el Parlamento Europeo instaba al Consejo para tener en cuenta el *Corpus Iuris* de 1997 al que hemos aludido con anterioridad como propuesta a largo plazo.

En referencia a la Recomendación 19, el Parlamento Europeo aconsejaba seguir el ejemplo del Convenio de Schengen y los consejos de los «*Richter des Genfer Appells*» (Jueces del Llamamiento de Ginebra), y apostar por la relación directa entre las autoridades responsables del cumplimiento de la ley de los EEMM en detrimento de una visión centralista.

¹⁴⁴ *Ibidem*, Punto 14.

¹⁴⁵ Informe sobre el Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada (7421/97 - C4-0199/97), por parte de la Comisión de Libertades Públicas y Asuntos Interiores (ponente: Charlotte Cederschiöld), de 29 de octubre de 1997, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0333+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

1.3 Consejo Europeo de Cardiff y Tampere

Y en este breve recorrido histórico-legislativo por el abordaje del ELSJ, llegamos al Consejo Europeo de Cardiff de 15 y 16 de junio de 1998¹⁴⁶. Las Conclusiones de la Presidencia en sus puntos 37 a 43 se refieren en concreto a “Justicia y Asuntos de interior”. Es interesante destacar sus referencias a la cooperación judicial efectiva, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, y las materias concretas que menciona: fraude, drogas. Asimismo, en el punto 48 se recogía en concreto que *“El Consejo Europeo ha pedido al Consejo y a la Comisión que, en su sesión de Viena, presenten un plan de acción sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de una zona de libertad y de seguridad y justicia”*. En julio de este año la Comisión definió su idea de un ELSJ aludiendo al objetivo de ofrecer a la ciudadanía un sentido común de la justicia en la UE del modo siguiente *“Este concepto sintetiza, (...) el acervo de nuestras tradiciones democráticas y nuestras concepciones del Estado de Derecho. Los valores comunes que subyacen al objetivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia son, en efecto, principios tradicionalmente vinculados a las democracias modernas de la Unión Europea. Los tres conceptos de libertad, seguridad y justicia están estrechamente vinculados. La libertad pierde gran parte de su sentido si no se puede vivir en un medio seguro, basado en un sistema judicial en el que todos los ciudadanos y residentes de la Unión puedan confiar. Estos tres conceptos indisolubles tienen un mismo "denominador común", las personas, y la plena realización de uno supone la de los otros dos. El equilibrio que debe mantenerse entre ellos debe ser el hilo conductor de la acción de la Unión”*¹⁴⁷.

En el plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia¹⁴⁸, en su punto 19 mencionaba en concreto la necesidad de que *“las normas de procedimiento respondan, en general, a las mismas garantías y garantizar así que la gente no reciba un trato distinto en función de la jurisdicción que trate el caso”* en aspectos como el apoyo a las víctimas aludiendo, asimismo, a la labor del TEDH asegurando con su interpretación del CEDH la aplicación de garantías procesales adecuadas y comparables. En su punto 50 se refería a la mejora de la cooperación judicial garantizando la compatibilidad de las normas aplicables en temas como la indemnización de las víctimas. Cuestión a la que el punto 51 letra c) señalaba la necesidad de, en un plazo de cinco años, realizar un estudio comparativo de los sistemas de compensación de víctimas.

¹⁴⁶ Accesible en http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_es.htm (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹⁴⁷ COM 459 final, 14 de julio de 1998, “Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia” accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51998DC0459&qid=1536000863141&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁴⁸ DOUE 23 de enero de 1999, n. C 19, pp. 1–15, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31999Y0123%2801%29> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

En el Consejo Europeo celebrado en Viena, los días 11 y 12 de diciembre de 1998, las conclusiones de la Presidencia¹⁴⁹, en concreto la n.83, señala la suscripción del Plan de acción del Consejo y la Comisión por el que se establece un espacio de libertad, seguridad y justicia. Este Plan de acción estaba inspirado por la idea esencial de que la ciudadanía europea no reciba un trato distinto en cada jurisdicción europea. De ahí la importancia de que las normas de procedimiento respondan a las mismas garantías. Ello sin embargo, el respeto y cumplimiento del CEDH y de la interpretación que de él realiza el TEDH supone la asunción de unas líneas básicas y mínimas comunes.

Al Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999¹⁵⁰, le precedió una Comunicación de la Comisión, de 14 de julio de 1999, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social bajo la rúbrica “Víctimas de delitos en la Unión Europea - Normas y medidas”¹⁵¹ con la que la Comisión trataba de “*enriquecer los debates del Consejo Europeo de Tampere*”. En los debates del Consejo Europeo se trataron las principales líneas de actuación para la consecución de un Espacio Europeo de Justicia. Estas líneas serían el “*Mejor acceso a la justicia en Europa, el Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la Mayor convergencia en Derecho civil*”. La importancia del Derecho Procesal en la constitución del ELSJ queda marcada en Tampere: reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial (punto 33), automaticidad en determinados procedimientos civiles (punto 34), armonización de normas mínimas comunes (punto 37).

También tiene lugar una específica referencia a las víctimas en su punto 32 “*normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre el acceso de las víctimas de los delitos a la justicia y sobre su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos, también por lo que respecta a los gastos judiciales*”.

Asimismo, en la situación histórica actual, cobra especial significación el punto 3 de las conclusiones de la Presidencia en la que señalaba cómo la libertad de circulación se proyecta con intensidad tanto en la ciudadanía europea y ejerce un poder de atracción en ciudadanía no europea y sobre quienes también se ha de predicar dicha libertad. De ahí la importancia del tratamiento bajo un prisma común de los asuntos de asilo e inmigración, así como un control de fronteras exteriores adjetivado como “coherente”. Determinar el alcance de este ELSJ, es, por tanto, desde una etapa inicial de su planteamiento una de las cuestiones esenciales. ¿Quiénes pueden disfrutar de las garantías y derechos que reconoce el espacio geopolítico europeo? Si no se limita a la ciudadanía europea, ¿qué condiciones deben reunir quienes no ostenten la nacionalidad de un Estado Miembro? Hemos de tener presente que el concepto de ciudadanía europea fue introducido por el Tratado de Maastricht. Fue impulsado y desarrollado por los posteriores Tratados y por la Carta de los derechos fundamentales de la UE (en

¹⁴⁹ Accesible en <http://www.consilium.europa.eu/media/21086/consejo-europeo-de-viena-conclusiones-de-la-presidencia.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵⁰ Accesible en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵¹ COM (1999) 349 final, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133091> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

adelante, CDFUE) del año 2001, en vigor desde 2010. Es fácil diferenciar quién dispone de ciudadanía europea y quién no dado que deriva del hecho de la pertenencia a la UE del Estado que expide el documento nacional de identidad¹⁵². Y he ahí el principal foco de atención recientemente abordado por la UE: la facilidad de que se produzcan fraudes en la expedición de los diferentes documentos de identidad, así como en el momento de la comprobación de la misma. La posibilidad de proceder al almacenamiento de los denominados datos biométricos (imagen facial e impresiones dactilares) se ha ampliado no solo a documentos de identificación de ciudadanía de terceros Estados¹⁵³ sino a la ciudadanía europea¹⁵⁴.

1.4 Primeros avances en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo

A principios de 2001 se publicaron el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁵⁵ y el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal¹⁵⁶. En concreto en este último se mencionan cuestiones de especial interés en favor de la constitución del reconocimiento mutuo como refuerzo de la cooperación entre Estados, protección de los derechos de las personas, resocialización del delincuente, seguridad jurídica en la UE al impedir la impugnabilidad de una sentencia dictada en un Estado. Esta última idea entronca con el reconocimiento del principio *non bis in idem* reconocido y garantizado en el Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *non bis in idem* en el marco de la cooperación política europea de fecha 25 de mayo de 1987, referido asimismo en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, firmado el 19 de junio de 1990¹⁵⁷.

Además, se subrayaba la trascendencia de la confianza recíproca en materia penal basada en el respeto de los valores de la UE (dignidad humana, libertad, democracia,

¹⁵² Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE de 29 de junio de 2004, n. L 229, pp. 35-48, accesible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/38/corrigendum/2004-06-29/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). En línea con las Conclusiones de la Presidencia respecto de la Reunión del Consejo Europeo de 28 de junio de 2018. Accesible en <https://www.consilium.europa.eu/media/35940/28-euco-final-conclusions-es.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵³ Reglamento (UE) 2017/1954 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, de modificación del Reglamento (CE) n.1030/2002 del Consejo por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, DOUE de 1 de noviembre de 2017, n. L 286, pp. 9-14, accesible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/1954/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵⁴ Reglamento (UE) 2019/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación, DOUE de 12 de julio de 2019, n. L 188/67

¹⁵⁵ DOUE de 15 de enero de 2001, n. C 012, pp.1-9, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001Y0115%2801%29> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵⁶ DOUE de 15 de enero de 2001, n. C 012, pp. 10-22, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32001Y0115%2802%29> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁵⁷ DOUE de 22 de septiembre de 2000, n.L 239, pp. 19-62, accesible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A42000A0922%2802%29> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

igualdad, Estado de Derecho, respeto de los derechos humanos, pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia, solidaridad, igualdad entre mujeres y hombres).

Este mismo año, 2001, se publicó el Libro verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de una Fiscalía Europea¹⁵⁸ en el que se subrayaba la importante función de la Fiscalía Europea y judicatura de garantías en cada Estado, otorgando, la que se denomina, Justicia *para* Europa.

Trascendental la publicación de la Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹⁵⁹. Supuso el primer intento a nivel comunitario de aproximar el estatuto y los derechos de las víctimas.

Asimismo, con la Decisión marco de 2002/584/JAI del Consejo de Europa, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros de la Unión Europea¹⁶⁰ se aprobaba el que sería considerado como el instrumento de reconocimiento mutuo en la Unión Europea más utilizado. Si bien dicho puesto podrá ser ocupado en el futuro por la Orden Europea de Investigación (en adelante, OEI)¹⁶¹, cuyo precedente inmediato fue la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas¹⁶².

En esta misma línea y teniendo presente la progresiva ampliación del Espacio Judicial más allá de los intereses financieros de la UE, en 2003 se publicó el Libro Verde sobre Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la UE¹⁶³. Su objetivo final era incrementar el grado de armonización con el fin de reforzar la confianza mutua. En dicho documento se recopiló información (a través del método de trabajo de consultas) acerca de qué “*derechos se protegían por la legislación de los Estados miembros y cuáles se consideran por los expertos en la materia esenciales para un juicio imparcial*”¹⁶⁴.

En el año 2004, se abandonó la propuesta de decisión marco de 2004 relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la UE¹⁶⁵. Sin

¹⁵⁸ COM/2001/0715 final accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0715> (Último acceso: 31 de agosto de 2018).

¹⁵⁹ DOUE 22 de marzo de 2001, n. L 82, pp.1-4, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001F0220&from=ES> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁶⁰ DOUE de 18 de julio de 2002, n. L 190, pp. 1-20, accesible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0584> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). Es de interés la relación de delitos que no exige el control de la doble tipificación.

¹⁶¹ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE de 1 de mayo de 2014, n°L 130, p. 1-36, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32014L0041> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). Vid. LUPÁRIA, Luca, BENE, Teresa y MARAFIOTI, Luca (coords.), *L'Ordine Europeo di Indagine. Criticità e prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

¹⁶² DOUE de 2 de agosto de 2003, n° L 196, pp. 45-55, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32003F0577> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁶³ COM/2003/0075 final accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52003DC0075> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁶⁴ *Ibidem* esp. p.2.

¹⁶⁵ COM/2004/0328 final accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52004PC0328> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019)..El Reino Unido fue el

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

embargo, se aprobó la Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos¹⁶⁶.

1.5 La reforma de los Tratados

Con el *non nato* Tratado por el que se establece una Constitución para Europa¹⁶⁷ se pretendían simplificar y redistribuir los cuatro tratados existentes tal y como se subrayaba en las Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001¹⁶⁸. La Constitución para Europa incorporaba importantes modificaciones respecto al ELSJ (Capítulo IV de la Parte III, artículos III-257 a III-277) como establecer el procedimiento de codecisión, atribuir su competencia compartida, extender el control del TJUE a las medidas del ELSJ que antes quedaban excluidas, incorporar la CEDH como Parte II del Tratado; aludir a ideas como aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los EEMM¹⁶⁹, la confianza mutua entre las autoridades competentes, cooperación operativa de las autoridades competentes de los Estados miembros. Su articulado se corresponde casi de forma íntegra con los artículos 67 a 89 del actual Título V del TFUE.

Este Proyecto de Constitución fracasó con los resultados negativos en los referéndums celebrados en Francia y Países Bajos aun habiendo sido recibido de forma positiva en España y Luxemburgo¹⁷⁰. Se señalan como posibles factores de incidencia

Estado que más firme mostró su rechazo a la propuesta de la Comisión de decisión marco aludiendo, entre otras consideraciones a la posibilidad de solapamiento de la Decisión marco y el CEDH. VID.GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis, LÓPEZ JARA, Manuel, *op. cit.* esp. p.92.

¹⁶⁶ DOUE de 6 de agosto de 2004, n. L 261, pp. 15–18, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32004L0080> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁶⁷ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Roma, 29 de octubre de 2004, DOUE 16 de diciembre de 2004, n. C 310, accesible en https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁶⁸Accesible en <https://www.consilium.europa.eu/media/20944/68832.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). Interesa las valoraciones de la Comisión a la evolución de la creación y consolidación del ELSJ desde Tampere hasta Laeken, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Actualización semestral del marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea (II semestre 2001), COM/2001/0628 final, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52001DC0628> (Último acceso: 10 de octubre de 2019). Podemos destacar dos mensajes de esta comunicación: hay "desafíos" (como la migración y la delincuencia) que son abordados mejor por la UE que por los EEMM; hay una nueva cultura de cooperación a nivel europeo y en una UE en proceso de ampliación se necesita un ELSJ fuerte y consolidado al que los países candidatos habrán de acomodarse. La idea de la supranacionalidad en el tratamiento de determinadas materias y la integración europea material (asumiendo la competencia en asuntos, temas y aspectos competencia de los EEMM hasta ese momento) y territorial (con la incidencia de la exigencia de determinados requisitos para la integración en la UE y la idea de varias velocidades en el proceso de integración). Esta última situación nos haría pensar en el grado de respeto por los valores de la UE de Estados como Polonia o Hungría (miembros desde 2004).

¹⁶⁹ Desarrollada en la Recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo y al Consejo Europeo sobre el futuro del espacio de libertad, seguridad y justicia y sobre las condiciones para reforzar la legitimidad y la eficacia del mismo (2004/ 2175(INI)), DOUE de 7 de julio de 2005, C 166E, pp. 58–63, Considerando I.

¹⁷⁰ En España se celebró el primer referéndum bajo la pregunta "¿Aprueba usted el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?". El 77% de una participación del 42,32 % votaron "sí" el 20 de febrero de 2005. Es significativo mencionar que el "sí" superó el 80% en la mayoría de las provincias y que alcanzó su % menor en Cataluña, País Vasco y Navarra. En Francia se celebró el 29 de mayo de 2005 con la pregunta *Approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe?* El resultado negativo alcanzó el 55% de una participación de 69%. En Países Bajos el 61,5% votó en contra de una participación del

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

negativa para la ratificación de la Constitución Europea el uso del referéndum como mecanismo de participación ciudadana, el contexto político interno de cada Estado Miembro, la falta de reconocimiento de la iniciativa popular o la propia y criticable denominación de “Constitución”, al menos bajo una definición clásica de sus características¹⁷¹.

Tras este fracaso se celebró una Conferencia Intergubernamental el 23 de julio de 2007 para la modificación de los Tratados constitutivos¹⁷². Es interesante relacionar los acontecimientos políticos históricos internacionales que se sucedieron desde 2001 hasta 2007 puesto que podemos encontrar el sentido a las modificaciones que se introdujeron en los Tratados de la UE. Nos situamos en el año 2005. Un año en el que tuvieron lugar acontecimientos que, sin duda, cambiaron el mundo a pesar de que la inmediatez de la experiencia vivida dificulte percibir la naturaleza histórica del presente. Podemos aludir al concepto de “sociedad líquida” del sociólogo ZYGMUNT BAUMAN quien, si bien acuñara el término en el 2000¹⁷³ -con anterioridad, por tanto, al año 2005 que señalamos como determinante del cambio en la configuración global de las sociedades y relaciones entre Estados a nivel global- señalaba el nacimiento de la “modernidad” tras el terremoto de 1755 en Lisboa. No solo de forma “real” sino en el sentido metafórico, este terremoto, según BAUMAN, conmocionó a una sociedad anclada hasta ese momento en el llamado “mundo sólido”. Es significativo que el año 2004 terminara con otro grave acontecimiento geológico de consecuencias terribles. El terremoto del día 26

63,3%. En Luxemburgo se celebró el último referéndum en el que el “sí” obtuvo el apoyo del 56,52% con una alta participación del 87,77%.

¹⁷¹ PENAGOS FORERO, María Fernanda y RAMÍREZ CASTRO, Jaime Humberto, “¿Qué pasó con la Constitución Europea?: razones que pudieron conducir a su no ratificación”, Repositorio electrónico de la Universidad del Istmo, Panamá, 2005, accesible en <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/articulo-constitucion-europea.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y GUINEA LLORENTE, Mercedes, “El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto”, Documento de Trabajo n. 9, Real Instituto Elcano, 2008, <http://www.realinstitutoelcano.org/> Estos últimos autores hablan de un rescate de las materias reguladas por la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa señalando la importancia, entre otras consideraciones, de los resultados positivos de los referéndums en España y Países Bajos al haber dotado de legitimidad política y democrática el texto de la Constitución Europea permitiendo una recuperación de las materias, aunque no de su “forma”.

¹⁷² DOUE de 17 de diciembre de 2007, n.C 306, pp. 231–271, Acta final, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:C2007/306/02> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁷³ BAUMAN, Zygmunt, *Liquid modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000. Una sociedad “liviana” caracterizada como una “época de descompromiso, elusividad, huida fácil y persecución sin esperanzas”, esp. p.128 de la edición en español de la editorial Fondo de cultura económica de Argentina, México 2002. Es interesante apuntar que la teoría de Bauman se enmarca en las teorías posmodernistas que han sido objeto de reflexión, análisis y crítica desde principios de los años 90 por autoras feministas como en BRAIDOTTI, Rosi, *Patterns of Dissonance: A Study of Women and Contemporary Philosophy*, Polity Press, Cambridge, 1991. Esta autora señala que “*Me parece que las discusiones filosóficas contemporáneas sobre la muerte del sujeto cognoscente, la dispersión, la multiplicidad, etc. tienen el efecto inmediato de ocultar y socavar los intentos de la mujer por encontrar una voz teórica propia. Rechazar la noción de sujeto en el mismo momento histórico en que la mujer está empezando a tener acceso a él, mientras se reclama, al mismo tiempo, el “devenir femme” (como hace Guattari) del discurso filosófico mismo, puede describirse, al menos, como una paradoja. La verdad de la cuestión es: No se puede de-sexualizar una sexualidad que nunca se ha tenido; para deconstruir el sujeto; se debe haber ganado primero el derecho a hablar como sujeto; antes de poder subvertir los signos, las mujeres deben aprender a usarlos; para demistificar un metadiscurso hay que tener primero acceso a un lugar en la enunciación. ‘Il faut, au moins, un sujet’.*” Cita traducida y referenciada en otro trabajo que analiza la relación entre las teorías posmodernistas y las teorías feministas: BENHABID, Seyla, “Feminismo y Posmodernidad: Una difícil alianza” en Ana de Miguel Álvarez y Celia Amorós Puente (coords.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Minerva, Madrid 2005, pp. 319-342, accesible en http://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/agora/files/1266600200.feminismo_y_posmodernidad_behabib.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

de diciembre de 2004 provocó uno de los desastres naturales más mortíferos de los registrados a lo largo de la Historia: el maremoto en el Mar Índico que destruyó la costa de Banda Aceh, Malasia, Tailandia, Bangladesh, Tailandia, Myanmar, Bangladesh, La India, Sri Lanka, las islas Maldivas, Somalia y Kenia. Murieron 231.452 personas de las cuales dos tercios eran mujeres y niños¹⁷⁴.

Haciendo un recorrido por los principales acontecimientos de 2005 y 2006, en estos dos años podemos atisbar los principales temas que marcarían el período temporal hasta la firma del Tratado de Lisboa y que determinaron de alguna forma el rumbo que adoptaría la Unión Europea respecto de los mismos: terrorismo transfronterizo, inestabilidad política internacional, avance en las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TICs), manifestaciones exigiendo democracia, transparencia y políticas sociales a nivel mundial y preocupaciones medioambientales. Podemos traer a colación a FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA y mencionar que “*la velocidad de los acontecimientos, la conmoción social y la inminencia en la respuesta no suelen ser buenos aliados en los ámbitos jurídicos*”¹⁷⁵. Sin embargo, sirva esta referencia al aspecto histórico para situarnos en el contexto histórico en el que la UE abordaba su reorganización y concreción de su hoja de ruta en el mundo.

El 13 de diciembre de 2007 se firma el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

Las numerosas modificaciones que introdujo el Tratado de Lisboa en los Tratados Constitutivos de la entonces UE de los 27 EEMM¹⁷⁶ trataron de dar respuesta jurídica y organizativa a los retos del momento y apuntalar una estructura más democrática de la UE¹⁷⁷.

2. El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en particular

Siguiendo a KAI AMBOS, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la “*estructura de los pilares fue reemplazada por dos áreas supranacionales (originalmente la Comunidad Económica y Asuntos de Interior) y un área cuasi-*

¹⁷⁴ Oxfam Briefing Note, *The tsunami's impact on women*, March 2005. esp. p. 2, disponible en <https://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/the-tsunamis-impact-on-women-115038> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁷⁵ JIMÉNEZ GARCÍA Francisco, “Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas”, *Revistas Española de Derecho Internacional* 2016, n. 2, vol. 68, pp. 277-301, esp. p.300, citado en ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael, “La bunkerización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en M^a Isabel González Cano (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 165-206, esp. p. 199.

¹⁷⁶ Tras las adhesiones de Bulgaria y Rumanía, fecha de firma el día 25 de abril de 2005 y entrada en vigor el día 1 de enero de 2007, DOUE de 21 de junio de 2005, n. L 157, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=OJ%3AL%3A2005%3A157%3ATOC> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

¹⁷⁷ Vid.resumen extraído del documento “Nota Informativa del Secretario General del Consejo de la Unión Europea”, diciembre de 2009, accesible en <https://www.consilium.europa.eu/media/31090/111652.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

*supranacional (PESC)*¹⁷⁸. Tras el Tratado de Lisboa la regulación del ELSJ es competencia compartida entre la UE y los EEMM de conformidad con el artículo 4.2.j) TUE.

2.1 El Tratado de Lisboa y sus modificaciones respecto al Espacio Judicial, de Libertad y de Seguridad

El Título V TFUE bajo la rúbrica “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” se dedica al establecimiento de una UE sin controles de personas en las fronteras interiores y con una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores (Espacio de Libertad). Una UE que prevenga la delincuencia, el racismo y la xenofobia¹⁷⁹ y establezca medidas “*de lucha en contra de ellos y facilite la coordinación y cooperación entre las autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes*”, así como el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales y de aproximación legislativa, en su caso (Espacio de Seguridad) y una UE que facilite la “*tutela judicial garantizando, en especial, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales civiles*” (Espacio Judicial).

Con todo ello, el Título V posee una estructura dividida en cinco capítulos:

- Capítulo I (Disposiciones Generales –artículos 67-76-); - Capítulo II (Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración –artículos 77-80-); - Capítulo III (Cooperación judicial en materia civil –artículo 81); - Capítulo IV (Cooperación judicial en materia penal –artículos 82-86); - Capítulo V (Cooperación policial –artículos 86-89).

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, las orientaciones estratégicas sustituyen a los programas multianuales (Tampere, La Haya, Estocolmo, Ypres) atribuyéndose conforme el artículo 68 TFUE la competencia para definir las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el ELSJ al Consejo Europeo. Se regula de forma conjunta aspectos procesales civiles y penales en el ELSJ¹⁸⁰. Por su relación con este proyecto de tesis cabe citar los siguientes preceptos. Así, en primer lugar, mencionaremos el artículo 20 TFUE consagra el derecho de circular y residir libremente. El artículo 21 TFUE faculta al Parlamento Europeo y al Consejo a implementar disposiciones para facilitar el desarrollo de los anteriores derechos. El artículo 8 TFUE fija como objetivo de todas las acciones de la UE la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres. El artículo 10 TFUE consagra la determinación de la UE de erradicar todo tipo de discriminación. En este sentido, el artículo 19 TFUE puesto que faculta al Consejo para acordar por unanimidad

¹⁷⁸ AMBOS, Kai. *Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, esp. p. 48. Ver sobre todo las páginas 48 a 53 donde resume las principales novedades generales introducidas por el Tratado de Lisboa.

¹⁷⁹ Podríamos valorar la conveniencia de recoger de forma expresa el “sexismo” junto con estas otras dos históricas formas de vulneración de derechos basadas en la discriminación.

¹⁸⁰ JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el S. XXI*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2011, esp.p. 25.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

acciones para la eliminación de la discriminación basada en el sexo, origen racial o étnico, religión, discapacidad, edad u orientación sexual.

En opinión de VALSAMIS MITSILEGAS, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa constituyó el paso más intenso en el proceso de constitucionalización del Derecho Penal europeo, entendiendo por constitucionalización como el “*intento de regular toda acción gubernamental dentro de un ámbito designado respecto de la estructura, procesos, principios y valores de una constitución*”¹⁸¹. Este proceso indica el autor que se ve reflejado, en concreto, en la normalización de la toma de decisiones con la abolición de la estructura de pilares, la aplicación de los principios constitucionales de las leyes europeas en el ámbito del Derecho Penal europeo y con la sujeción del Derecho Penal europeo a un marco constitucional de protección de los derechos fundamentales. Este proceso de constitucionalización incluye las notas de interdependencia e interconexión tanto entre los distintos elementos y áreas que integran el Derecho Penal europeo como en la relación entre el derecho europeo y el derecho nacional.

2.2 El proceso de integración de la Unión Europea: ¿hacia la unidad territorial procesal?

El ELSJ ha evolucionado de forma intensa desde su primigenia enunciación en el Tratado de Maastricht. En la actualidad, su desarrollo se ve condicionado por múltiples variables multidisciplinares (jurídicas, políticas, económicas, sociales, etc.).

Participamos de la definición de Derecho Penal europeo que realiza KAI AMBOS como “*todas aquellas normas y prácticas de Derecho Penal y procesal penal basadas en el derecho y las actividades de la UE (derecho europeo en sentido estricto) y del Consejo de Europa (derecho europeo en sentido amplio) y que conducen (o apuntan a conducir) a una armonización generalizada del derecho (procesal) penal nacional*”¹⁸². Entiende este autor que aun no existiendo “*un Derecho Penal o sistema de justicia europeo integral y autónomo*” sí hay un sistema “*cuasi-general*” que “*conecta los ámbitos específicos*” que denomina “*micro-sistemas*” como “*el Derecho Penal armonizado, los instrumentos de reconocimiento mutuo, el sistema de derechos humanos*”¹⁸³. Es interesante que para este autor todo el conjunto normativo “*conduce*” o “*apunta a conducir*” a una armonización generalizada. Una idea del futuro del ELSJ que, sin embargo, es muy debatida dado que hasta este momento podemos decir que el desarrollo del ELSJ transita continuamente entre, principalmente, tres tensiones: “*soberanía versus integración*”, “*libertad versus seguridad versus justicia*” y “*cooperación judicial versus derechos fundamentales*”. La primera tensión nos sitúa en

¹⁸¹ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, esp. p. 5.

¹⁸² AMBOS, Kai, *El Derecho Penal Europeo*, op. cit., esp. p.64.

¹⁸³ *Ibidem*. esp. p.65.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

el debate acerca la atribución de competencias, principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y el respeto a las tradiciones jurídicas¹⁸⁴, mientras que la segunda tensión pone de relieve la convivencia no tan armónica entre las tres nociones principales del ELSJ: libertad, seguridad y justicia. En esta triple tensión está caracterizada por la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la efectividad del valor “Seguridad”¹⁸⁵. La tercera tensión se refiere a la continua apelación a los derechos fundamentales como motivos para denegar el reconocimiento mutuo¹⁸⁶.

En el momento actual del ELSJ se puede apreciar dos posturas diferenciadas: quienes entienden, como KAI AMBOS, que existe un Derecho Penal europeo, y quienes consideran que lo que existe es un Derecho Penal nacional europeizado, es decir, influenciado por el derecho europeo. La postura intermedia nos señala que, aunque, es cierto que no existe una aproximación de legislaciones penales y procesales penales al no existir una política legislativa criminal en la UE¹⁸⁷, sí podemos diferenciar, como así veremos en el Capítulo Segundo, la existencia de normas de mínimos que han aproximado las legislaciones penales y procesales en aspectos considerados esenciales para la existencia de confianza mutua entre los EEMM. En definitiva, una situación que nos hace dudar de si nos encontramos ante el escenario número 3 o número 5 que enunciaba la Comisión Europea¹⁸⁸. Dentro de este contexto, la posibilidad de comparar legislaciones (procesales) penales entre los EEMM es muy limitada y, en palabras de KAI AMBOS, “defectuosa”¹⁸⁹. Señala, no obstante, este autor como formas de europeización del Derecho Penal, la “implementación de tratados u otras guías normativas del Consejo de Europa, por medio del principio de reconocimiento mutuo y por medio de formas y técnicas de influencia que son específicas del derecho europeo”¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Así lo analizan BANACH-GUTIÉRREZ, Joanna Beata y HARDING, Christopher, “EU criminal law: national boundaries and the European penal rainbow?”, en Joanna Beata Banach-Gutierrez y Cristopher Harding (edrs.), *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, Routledge, Nueva York, 2017, pp. 37-55, esp. p. 54.

¹⁸⁵ POPA, Elena E., “A game of chance. The future of the AFSJ”, *EUCRIM. The European criminal law associations forum* 2018, n.1, pp.42-49, esp. p.45.

¹⁸⁶ VILAS ALVÁREZ, David, “Use and abuse of the concept of fundamental rights. An obstacle for judicial cooperation?”, *EUCRIM. The European criminal law associations forum* 2018, n.1, pp. 64-71.

¹⁸⁷ POPA, Elena E., “A game of chance. The future of the AFSJ”, *EUCRIM. The European criminal law associations forum*, op. cit. esp. p.47, quien se postula a favor de que el Consejo Europeo toma la iniciativa de desarrollar una política criminal europea.

¹⁸⁸ Los títulos dados a cada escenario son bastantes elocuentes de lo que implican. El escenario 1 lleva por título “Seguir igual”, el escenario 2 “solo el mercado único”, el escenario 3 “los que desean hacer más, hacen más”, el escenario 4 “hacer menos, pero de forma más eficiente” y el escenario 5 “hacer mucho más conjuntamente”. Vid. COM(2017) 2025 de 1 de marzo de 2017, Comisión Europea, *Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025*, accesible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹⁸⁹ *Ibidem*, esp. p. 66.

¹⁹⁰ *Ibidem*, esp. p. 66. Como técnicas de influencia señala Kai Ambos en la página 84 “la asimilación de intereses de la Unión y nacionales por medio de referencias en el derecho de la Unión primario al Derecho Penal nacional; remisiones en blanco al derecho de la Unión en las leyes penales nacionales; en el marco de la cooperación policial y judicial basada en el principio de reconocimiento mutuo- un nivel más alto de seguridad debe ser asegurado, por un lado, por medio de una coordinación y una cooperación incrementada de fuerzas policiales y sistemas de justicia penal y, por otro lado, de ser necesario, por medio de la aproximación de legislaciones procesales y sustantivas.”

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

La importancia trascendental de la aproximación legislativa es subrayada por VÍCTOR LUÍS GUTIÉRREZ y MANUEL LÓPEZ JARA para quienes constituye un presupuesto previo del principio de reconocimiento mutuo¹⁹¹. Los autores mencionan la trascendencia de los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE y es que precisamente su respeto y garantía es una de las causas que impiden la automaticidad de la libertad de circulación de las resoluciones judiciales, esto es, del principio de reconocimiento mutuo¹⁹². Una exigencia que, además, implica atender al contenido esencial conforme a la jurisprudencia del TJUE, así como el CEDH (artículo 52.3 CDFUE) y de la interpretación que del mismo realiza el TEDH (preámbulo). Además, los autores ponen sobre la mesa la importancia que de forma progresiva se le ha ido concediendo al establecimiento de unos estándares mínimos en materia penal en aras de asegurar no solo la cooperación judicial entre EEMM sino de ofrecer a la idea de una UE con un cuerpo normativo penal y procesal compartido¹⁹³. En esta línea señala ELENA MARTÍNEZ que “*la cooperación judicial penal a través de estos instrumentos podemos intuir que se presenta y anuncia como la antefase a una posible y futura creación (lejana) de un ordenamiento penal y procesal europeo*”¹⁹⁴. Señala ESTER HERLIN-KAMELL, una vez que el Tratado de Lisboa recoge la posibilidad de que determinadas materias puedan ser objeto de aproximación, la principal cuestión que surge es cómo decidir los contornos de estas provisiones y cómo monitorearlas¹⁹⁵. Podríamos añadir que estas cuestiones son de orden práctico mientras que otras cuestiones surgen en el plano teórico. La principal, y abordaremos en el siguiente epígrafe, es por qué se han señalados determinadas materias y no otras y si es posible modificar (ampliando o reduciendo) las materias objeto de aproximación legislativa.

Con todo lo anterior, subraya el Consejo de Ministros y Ministras de Justicia y Asuntos de Interior en su reunión de Helsinki celebrada en julio de 2019, la importancia de la existencia de un marco legal mínimo común en los EEMM y la importancia de la formación judicial sobre la materia¹⁹⁶. Termina el encuentro formulándose cuatro

¹⁹¹ GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luís, LÓPEZ JARA, Manuel, *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. La implementación del programa de Estocolmo*, Tecnos, Madrid, 2016, esp. p. 280.

¹⁹² Importancia del artículo 52 de la CDFUE, DOUE de 18 de diciembre de 2000, n. C 364, pp. 1-22, accesible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (Último acceso: 26 de agosto de 2019). Vid. VAN BALLEGOOIJ, Wouter, *The nature of mutual recognition*, Medtro, 2015, esp. p. 333.

¹⁹³ Es necesario apuntar con MAR JIMENO, que se trata de un “*mínimo común denominador (...) y no de estándares comunes*” puesto que asegura unas normas mínimas sin perjuicio de un nivel de protección superior, siguiendo en todo caso el principio de no regresión. JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Lección inaugural del curso académico 2018-2019, op. cit., esp. p.17.

¹⁹⁴ MARTÍNEZ, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea” en Katixa Etxebarria Estankona, Ixusko Ordeñana Gezurga y Goizeder Otazua Zabala, *Justicia con ojos de Mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-366, esp. pp. 347-348. En referencia a la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la Orden Europea de Protección y al Reglamento de medidas civiles de protección.

¹⁹⁵ HERLIN- KARNELL, Ester, “EU Competence in Criminal Law after Lisbon”, en Andrea, Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley, *EU Law, after Lisbon*, Oxford University Press, Londres, 2012, pp. 331-346, esp. p. 333.

¹⁹⁶ Informal meeting of Justice and Home Affairs Ministers, 18-19 July 2019, Helsinki, *Future of Justice: Strengthening the rule of Law. Independence, quality and efficiency of national justice systems and the importance of a fair trial*, accesible en <https://eu2019.fi/documents/11707387/14557119/Future+of+justice+-+Rule+of+Law.pdf/88bee258-15c2-b781-16b7-cd8dd346d950/Future+of+justice+-+Rule+of+Law.pdf.pdf> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

preguntas referidas a cómo fortalecer el Estado de Derecho en la UE, el papel de los Ministerios de Justicia en esta labor y la posibilidad y formato de la celebración de reuniones periódicas para su tratamiento. En el fondo del asunto descansa la idea de la importancia de la confianza mutua para la cooperación judicial entre las autoridades judiciales de la UE.

Y es que esta habilitación legal de los artículos 82.2 y 83 TFUE suscitó y suscita reticencias, así como preocupaciones en algunos EEMM. Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre la adhesión al Tratado de Lisboa aludía al concepto de autodeterminación democrática conforme al cual *“la criminalización se deriva esencialmente de los valores nacionales y las elecciones morales y solo parcialmente de los valores europeos. La armonización del Derecho Penal debe extenderse solo a situaciones transfronterizas específicas en condiciones restrictivas; En principio, la libertad de acción sustancial debe permanecer reservada a los Estados miembros”*¹⁹⁷, *“Esto se aplica tanto más cuanto más se conectan estos valores con la experiencia histórica, las tradiciones de fe y otros factores esenciales para la autoestima de las personas y su sociedad”*¹⁹⁸. Señala VALSAMIS MITSILEGAS que el Tribunal alemán no ha tenido en cuenta las salvaguardas que el propio TFUE fija en cuanto a esta capacidad armonizadora y que esta posición genera tensiones constitucionales entre el nivel nacional y el europeo en cuanto a la competencia y poderes en el ámbito penal¹⁹⁹. Salvaguardas, como haber señalado las materias objeto de aproximación o la posibilidad de que Irlanda y/o Reino Unido decidan no participar o que Dinamarca no participe en el Título V TFUE, que el autor entiende que quedan apartadas cuando las medidas se incardinan en un título distinto dentro del TFUE.

Así, por ejemplo, la disputa entre la Comisión Europea y el Parlamento con respecto a la posición del Consejo en cuanto a la habilitación legal de la Directiva 2011/82/UE de 25 de octubre de 2011, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial. El TJUE en su Sentencia de 6 de mayo de 2014²⁰⁰ anuló dicha Directiva a instancia de la Comisión Europea determinando que la base legal de la materia habría de ser el artículo 91.1.c) TFUE en lugar del artículo 87.2 TFUE. Una nueva Directiva²⁰¹ sobre la misma materia, pero basada en el artículo 91.1.c) TFUE fue aprobada siendo en esta ocasión aplicable a Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. La importancia de fundamentar

¹⁹⁷ Decisión de 30 de junio de 2009 -2 BvE 2/08, 5/08, 2 BvR 1010/08, 1259/08, 182/09, párrafo 253, mencionado en MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit. esp. p.20. (Traducción propia).

¹⁹⁸ Apartado 363.

¹⁹⁹ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit., esp. p. 21.

²⁰⁰ STJUE (Gran Sala), de 6 de mayo de 2014, C-43, ECLI:EU:C:2014:298, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151775&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7496382> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁰¹ Directiva (UE) 2015/413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, DOUE de 13 de marzo de 2015, n. L 68, pp. 9-25, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0413> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

la base legal de un instrumento normativo cobra una especial significancia en una UE con distintos compromisos estatales en el proceso de integración europea.

Dicho lo anterior, la situación procesal armónica en la UE no es una realidad ni parece ser un objetivo a corto plazo. Ello a pesar de que la UE ha dictado numerosos instrumentos jurídicos que, basándose en el TFUE, tratan de configurar un sistema procesal que responda a criterios comunes en los EEMM y que simplifique la cooperación entre los mismos. Además, por vía de la interpretación jurisprudencial, tanto del TJUE en el ámbito de la UE como del TEDH en el marco del Consejo de Europa, los EEMM y Estados Parte han de implementar una determinada interpretación de la normativa europea (UE y Consejo de Europa) que “condiciona” la interpretación y la aplicación de la legislación creando marcos interpretativos que homogenizan “la mirada” con la que se aplica al Derecho. Estas iniciativas podrían incardinarse en el escenario quinto que presentaba la Comisión Europea en su Libro blanco sobre el futuro de la UE, “*hacer mucho más conjuntamente*”.

A pesar de la dificultad con la que trata de materializarse esta integración procesal europea, algunas materias han sido señaladas para que esta homogenización procesal sea una realidad. Así, con la implementación de la Fiscalía Europea, ante las opiniones de los Parlamentos de los 14 EEMM que presentaron sus dudas y preocupaciones, en ejercicio de la prerrogativa del artículo 7.2 del Protocolo n.2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad²⁰², acerca de la propuesta de la Comisión, la misma Comisión respondía²⁰³ afirmando la necesidad de una política común sobre el enjuiciamiento penal a escala de la UE. Podría alegarse que en el ámbito de la Fiscalía Europea se incluyen exclusivamente los delitos económicos que afectan a los intereses financieros de la UE de conformidad con el artículo 86 TFUE, así como el artículo 325 TFUE, de hecho, es este artículo la habilitación legal para la aproximación legislativa en materia de fraude. Si bien, al no estar contemplado en el artículo 83.2 TFUE, los EEMM han acordado que éste último artículo sea la habilitación legal para la regulación en cuanto al fraude²⁰⁴. La relación entre la infracción y la afectación a los intereses económicos es directa.

Sin embargo, y concretándolo en los específicos tipos penales objeto de análisis de este proyecto de tesis, podríamos preguntarnos ¿cuánto dinero se destina a la erradicación, prevención, enjuiciamiento y asistencia a las víctimas de los delitos de violencia sobre la mujer en la UE? El informe elaborado por el EIGE titulado

²⁰² DOUE de 9 de mayo de 2008, n. C 115, pp. 206–209, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F02> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁰³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los parlamentos nacionales sobre la revisión de la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la creación de la Fiscalía Europea en relación con el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo no 2, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0851:FIN:ES:PDF> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁰⁴ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit. esp. p.66.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

“*Estimating the costs of gender-based violence in the European Union*”²⁰⁵ se centra en los “costes” causados en los EEMM derivados de la pérdida de producción económica (por ejemplo, los efectos de la violencia física en la pérdida de salarios y absentismo laboral), la provisión de servicios (de salud, legales, sociales y especializados) y el impacto personal en las víctimas (psicológico y emocional). Por supuesto que no se puede comparar un delito que atenta contra un bien jurídico concreto (intereses financieros de la UE²⁰⁶) con los recursos que se destinan contra otros delitos que afectan a otros bienes jurídicos personales y patrimoniales de las víctimas (directas e indirectas) y al orden público del Estado²⁰⁷. De lo que se trata es de evidenciar la magnitud económica de las medidas en relación con los delitos de violencia sobre las mujeres y cómo de forma directa e indirecta afectan al presupuesto de la UE a través de los fondos que se destinan a los Estados para cuestiones relativas a la violencia sobre las mujeres²⁰⁸.

El compromiso económico de la UE respecto a los delitos de violencia contra las mujeres presupone la previa valoración de la necesidad de destinar partidas presupuestarias para su erradicación lo que pone sobre la mesa cómo la comisión de estos delitos supone un coste económico para la UE. Y en este sentido, si atendemos a la definición de “intereses financieros” que establece el artículo 2.3) del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea²⁰⁹ “*todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos mediante, o adeudados al presupuesto de la Unión y a los presupuestos de las instituciones, órganos y organismos creados en virtud de los Tratados y a los presupuestos gestionados y supervisados por ello*” valoramos la posibilidad de comenzar a entender el compromiso de la UE en la erradicación de la violencia contra las mujeres tanto como un compromiso ideológico, relacionado con los valores de la UE, como un compromiso económico, relacionado con que su existencia genera unos costes que con su erradicación -en ningún caso con su derogación o desregulación hasta que no se haya erradicado por completo- podrían ser manejados por la UE en otra dirección.

²⁰⁵ European Institute for Gender Equality (EIGE), *Estimating the costs of gender-based violence in the European Union*, 2014, accessible en <https://eige.europa.eu/publications/estimating-costs-gender-based-violence-european-union-report> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁰⁶ Materializados en los delitos de fraude establecidos en la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, DOUE de 28 de julio de 2017, n. L 198, pp. 29-41, accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.198.01.0029.01.SPA (Último acceso: 13 de agosto de 2019).

²⁰⁷ Afectación a la seguridad pública, y por tanto, al Orden Público expresada en el ámbito jurisdiccional español en la STSJA 3200/2016 de 19 de diciembre de 2016, F.J. 2. Ponente: Inmaculada Montalbán, ECLI: ES:TSJAND:2016:10970, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp#> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

²⁰⁸ Reiteramos que no tratamos de asimilar un fraude al presupuesto de la UE con el presupuesto de la UE destinado a analizar, prevenir y erradicar las causas y analizar, paliar y mitigar las consecuencias que unos delitos ocasionan. Supondría comparar dos magnitudes que no responden a parámetros que puedan ser objeto de comparación.

²⁰⁹ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, DOUE de 31 de octubre de 2017, n. L 283, pp. 1-7, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32017R1939> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

3. Cooperación judicial en la Unión Europea

La necesidad de analizar los dos principios sobre los que se erige la cooperación judicial deriva de la incidencia que ambos presentan en cuanto a los derechos procesales de las víctimas de violencia contra las mujeres por razón de género²¹⁰.

En primer lugar, en cuanto al principio de reconocimiento mutuo, el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal²¹¹ señala como parámetros que condicionan la efectividad del reconocimiento mutuo “*Los mecanismos de protección de los derechos de terceros, de las víctimas y de las personas sospechosas*”. Por tanto, la protección de los derechos de las víctimas es señalada como un parámetro que condiciona la efectividad de los instrumentos que implementan el principio de reconocimiento mutuo.

Al mismo tiempo, la interrelación que existe entre este principio y la aproximación legislativa aparece canalizada por la confianza mutua entre los ordenamientos jurídicos. El Considerando 19 de la Directiva 2014/41/CE, relativa a la OEI en materia penal señala que en el ámbito del ELSJ existe una presunción del respeto del Derecho de la Unión y de los Derechos Fundamentales por parte de los EEMM, y que se trata de una presunción *iuris tantum*.

Veamos con más detenimiento sus principales connotaciones.

3.1 Principio de reconocimiento mutuo

Desde la primigenia formulación del principio de reconocimiento mutuo en la STJUE dictada en el asunto *Cassis de Dijon*²¹², pasando por su implementación desde 2001 en el ámbito de la cooperación judicial, así como por el reconocimiento de su importancia en el Consejo extraordinario celebrado en Tampere de 1999 donde se definió como la “piedra angular” de la cooperación judicial civil y penal, y su “positivización” a través de los artículos 67 y 82 TFUE, llegamos a una fase de *impasse* en cuanto a su configuración y alcance. Este *impasse* ha de ser entendido en su segunda acepción como “compás de espera” o “detención de un asunto” de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española²¹³. Una detención o espera motivada por su relación con el principio de confianza mutua pues como afirma VALENTINA FAGGIANI “*el reconocimiento mutuo de las (...) resoluciones judiciales no constituye (...) una alternativa simple a la armonización (...) sino que es, a todos los efectos, otro mecanismo más de armonización, que no sustituye la armonización*

²¹⁰ Vid. JIMENO BULNES, Mar (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2016.

²¹¹ DOUE de 15 de enero 2001, n. C 12, pp. 10-22, accesible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001Y0115\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32001Y0115(02)) (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²¹² STJUE de 20 de febrero de 1979, asunto *Rewe-Zentral AG c. Administración federal alemana del Monopolio de los alcoholes*, C-120/78, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=C95F710ADF940B1C333E3389EBF42844?text=&docid=90055&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6416878> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²¹³ Ver en <https://dle.rae.es/?id=L28EDcg> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

*normativa, sino que la presupone y al mismo tiempo la refuerza*²¹⁴. Esta consideración de la armonización como presupuesto del reconocimiento mutuo pone de relieve la incidencia que la confianza mutua tiene en el óptimo desarrollo de la cooperación judicial entre los EEMM a través del reconocimiento mutuo.

Como apuntábamos esta confianza mutua aparece como una presunción *iuris tantum* de que los EEMM respetan el Derecho de la UE. Como consecuencia, si la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo vulnerara un derecho fundamental y/o si el Estado no hubiera cumplido o cumpliera de forma parcial con el Derecho de la UE, su ejecución podrá/deberá denegarse. Así aparece recogido en los actos normativos que regulan los instrumentos normativos de reconocimiento mutuo. Un buen ejemplo en este sentido lo constituye la OEDE. El Considerando 10 de la Decisión Marco sobre la euro-orden²¹⁵ remarca cómo este instrumento se asienta sobre un elevado grado de confianza entre los EEMM, cuya aplicación solo podrá suspenderse por los motivos señalados. En este sentido, los motivos para la denegación de la ejecución de la euroorden se establecen el artículo 3 para la denegación obligatoria²¹⁶, y en el artículo 4 para la denegación facultativa²¹⁷. Una importante precisión se realizó mediante la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009²¹⁸ en cuanto a los juicios celebrados *in absentia*. En concreto introducía en la DM de la euroorden un artículo 4 bis que establecía que “*la autoridad de ejecución debía proceder a la entrega sin poder exigir la celebración de un nuevo proceso con la presencia de la persona buscada en el Estado emisor si hubiera sido notificado con suficiente antelación, si fue defendido por letrado designado por él, si declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso, no se le notificó personalmente la resolución, pero se le notificará sin demora tras la entrega y será informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso o será informado del plazo en el que deberá solicitar el nuevo juicio o interponer el recurso*”. Esta concreción de los motivos de denegación ha sido entendida

²¹⁴ FAGGIANI, Valentina, *Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, esp. p. 127.

²¹⁵ Considerando 10 de la DOUE de 18 de julio de 2002, n. L 190, pp. 1-20, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32002F0584> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²¹⁶ En caso de amnistía, respeto del *principio ne bis in idem*, minoría de edad.

²¹⁷ Si los hechos son distintos a los 32 mencionados y no constituyeran delito conforme al Estado de ejecución – excepto en materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio-, en caso de litispendencia en el Estado de ejecución, en caso de que las autoridades judiciales del Estado de ejecución hubieran no incoado una acción penal por la misma infracción o si la han concluido o en caso de haberse dictado resolución definitiva por los mismos hechos en otro Estado Miembro, en caso de prescripción, en caso de haber ejecutado o estar ejecutando la condena en otro Estado miembro, si la persona buscada es nacional o residente y habitante del Estado de ejecución y éste se comprometa a ejecutarla; si las infracciones se consideran cometidas en el territorio del Estado de ejecución o si se han cometido fuera del territorio del Estado de emisión y la legislación del Estado de ejecución no permita la persecución en tales casos.

²¹⁸ Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, DOUE de 27 de marzo de 2009, n. L 81 pp. 24-36, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32009F0299> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

como una armonización de la ejecución de la euroorden por medio, a su vez, de la armonización del reforzamiento de los derechos procesales de las personas²¹⁹.

Cuando la motivación para la denegación de la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo se basa en la vulneración de los derechos fundamentales, la primera posición del TJUE en el asunto *Radu*²²⁰ fue la de declarar que “*las autoridades judiciales de ejecución no pueden negarse a ejecutar una ODE dictada para el ejercicio de acciones penales por el motivo de que la persona buscada no ha sido oída en el Estado miembro emisor antes de que se dicte esa orden de detención.*”²²¹

Esta postura fue matizada en el asunto *Melloni*²²² en el que la cuestión prejudicial versaba sobre “*si un Estado miembro puede denegar la ejecución de una orden de detención europea, con fundamento en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), por un motivo basado en la vulneración de los derechos fundamentales de la persona afectada garantizados por la Constitución nacional.*” En concreto, “*si la Decisión marco 2002/584 impide que los tribunales españoles subordinen la entrega del Sr. Melloni a la posibilidad de que se revise la condena que le afecta.*”. Fallaba el TJUE que “*la autoridad judicial de ejecución*” no puede someter “*la ejecución de ODE emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro emisor.*” Venía por tanto a apostar por la confianza mutua entre los EEMM.

Sin embargo, siguiendo a MARTA MUÑOZ DE MORALES tanto el caso Puigdemont²²³ como el caso Valtònyc²²⁴ han “*hecho visible el derrumbamiento del*

²¹⁹ FAGGIANI, Valentina, *Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal. Técnicas de armonización*, op. cit., esp. p. 146.

²²⁰ STJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2013, asunto *Radu*, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=132981&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=923316> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

²²¹ *Ibidem*, p. 43.

²²² STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=925460> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²²³ El 23 de marzo de 2018, el magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Pablo Llarena, emitió una Orden de Detención y Entrega sobre Carles Puigdemont i Casamajó, expresidente de la Generalitat catalana por los delitos de malversación de caudales públicos y rebelión. Dos días después fue detenido en Alemania. La Sala Primera de lo Penal del Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Schleswig-Holstein, resolvió en una resolución de 12 de julio de 2018 declarar admisible la entrega del acusado a las autoridades judiciales españolas para el enjuiciamiento penal en cuanto a la acusación de «malversación de fondos públicos» («corrupción») rechazando la entrega en cuanto a la acusación de «rebelión» al considerar que los hechos expresados en el auto del Tribunal Supremo no habían tenido la violencia que exige el tipo de alta traición de la legislación alemana. Por medio de Auto de 19 de julio de 2018, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-juez-del-Tribunal-Supremo-Pablo-Llarena-rechaza-la-entrega-de-Carles-Puigdemont-solo-por-el-delito-de-malversacion> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019) el instructor Pablo Llarena acordaba rechazar la entrega de Carles Puigdemont i Casamajó como mero responsable de un eventual delito de malversación de caudales públicos y dejar sin efecto las órdenes europeas de detención y entrega emitidas respecto a las personas encausadas, incluidas Carles Puigdemont. Con fecha de 14 de octubre de 2019, el magistrado Pablo Llarena dirige una ODE contra Carles Puigdemont por delito de sedición y de malversación de caudales públicos, accesible en fuente no oficial <https://www.20minutos.es/noticia/3800133/0/juez-llarena-reactiva-euroorden-puigdemont/> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²²⁴ Valtònyc es el nombre artístico de Josep Miquel Arenas, un rapero español condenado por la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de febrero de 2017, en el Rollo de Sala nº 20/2016, accesible en

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

muro de carga del principio de reconocimiento mutuo: la confianza recíproca entre Estados miembros de la UE"²²⁵. Según esta autora "los jueces de otros Estados se han convertido en jueces enjuiciadores o sentenciadores".

Y en esta línea se pronunció el TS en su Sentencia 459/2019, de 14 de octubre en el asunto del procés, "esa resolución, lejos de ser invocada como ejemplo a seguir, debería ser considerada como la expresión de lo que puede acabar con el principal instrumento de cooperación judicial para preservar los valores de la Unión."²²⁶.

MARTA MUÑOZ MORALES señala que la "cooperación judicial en el ámbito del reconocimiento mutuo es de tipo tridimensional" ya que "exige una ponderación adecuada de todos los intereses en juego: persecución eficaz, relaciones internacionales y protección de los derechos fundamentales". En este sentido, entiende que los asuntos Valtonyc y Puigdemont han aparecido como un aldabonazo sobre la posible quiebra del principio de confianza mutua²²⁷.

Entiende la autora que "si para el TJUE en el ámbito del reconocimiento mutuo rige la máxima "cooperar es la regla, no cooperar es la excepción", entonces las preguntas que se formulen deben saber conectar la doble incriminación con el orden público o con la identidad nacional del art. 4.2 TFUE. En palabras de Nieto Martín "el artículo 4.2 TFUE se convertiría en la ventana por la que se da entrada a los derechos fundamentales en la aplicación del derecho de la Unión que fue expulsada por la puerta de la interpretación restrictiva en Melloni"²²⁸.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7959126&links=valtonyc&optimize=20170314&publicinterface=true> (Último acceso: 31 de octubre de 2018) a tres años y medio de cárcel por enaltecimiento del terrorismo, humillación a las víctimas, calumnias e injurias graves a la Corona y amenazas Tras la ratificación de la condena por el Tribunal Supremo en su resolución del recurso de casación en sentencia 79/2018, de 15 de febrero, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8295582&links=%2279%2F2018%22&optimize=20180221&publicinterface=true> ((Último acceso: 9 de diciembre de 2019) huyó de España a Bélgica para evitar la ejecución de la condena. El Tribunal de Primera Instancia de Gante denegó la euroorden el 17 de septiembre de 2018 rechazando así la entrega de Valtonyc a las autoridades judiciales españolas al entender que los hechos que se le imputaban no eran criminales y estaban amparado por la libertad de expresión. La fiscalía de Gante ha recurrido esta decisión. Con fecha de 6 de octubre de 2018 el Tribunal de Apelación de la ciudad belga de Gante ha presentado una cuestión prejudicial ante el TJUE preguntando acerca de la ley española que debe aplicar si la de 2012 (fecha en que se cometieron los hechos objeto de la condena) o de 2015 (cuando la sentencia devino firme).

²²⁵ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, "¡Sí se puede! O sobre cómo la cuestión prejudicial no es monopolio del juez de ejecución. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, Asunto C-268/17:AY", *La Ley Unión Europea* 2018, n. 63, <https://revistas.laley.es/>.

²²⁶ STS 459/2019, de 14 de octubre, ECLI: ES:TS:2019:2997, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-nueve-de-los-procesados-en-la-causa-especial-20907-2017-por-delito-de-sedicion> (Último acceso: 16 de octubre de 2019). Página 159 en referencia a la decisión del tribunal de Schleswig-Holstein de 12 de julio de 2018.

²²⁷ Marta Muñoz Morales recoge las Conclusiones del AG Sr. Szpunar, presentadas el 16 de mayo de 2018, asunto C-268/17, apdo. 32. "La ruptura de la confianza mutua se produce también cuando el juez de emisión observa que los de ejecución tienen muy poca o ninguna voluntad de cooperar."

²²⁸ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, "¡Sí se puede! O sobre cómo la cuestión prejudicial no es monopolio del juez de ejecución. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, Asunto C-268/17:AY", op. cit., esp. pp.12 y 13 mencionando a NIETO MARTÍN, Adán. "El reconocimiento mutuo en materia penal y el Derecho primario", en Luis Arroyo Jiménez (dir.), *El reconocimiento mutuo en el Derecho español y europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2018, esp.p. 241.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

En el asunto *Lada*, del TJUE²²⁹, referido a un procedimiento incoado ante un tribunal húngaro para que se reconociera una condena en otro Estado miembro, el Tribunal General de Hungría planteaba una cuestión prejudicial, con base en el artículo 267 TFUE. En concreto se solicitaba la interpretación de los artículos 67 TFUE y 82 TFUE, del artículo 50 de la CDFUE, del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, y la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal. EL TJUE en su punto 44 afirmaba que *“aun cuando esta Decisión Marco no impide a ningún Estado miembro adoptar, si fuera necesario, una resolución para vincular los efectos jurídicos equivalentes a una condena anterior pronunciada en otro Estado miembro, la adopción de tal resolución no puede conllevar en ningún caso la tramitación de un procedimiento nacional especial de reconocimiento previo como el controvertido en el litigio principal”*.

A este respecto, habríamos de analizar si la propia necesidad de realizar un control de doble incriminación no significa *per se* una falta de confianza en el ordenamiento jurídico del Estado de emisión. A este respecto podríamos valorar los delitos que han sido eximidos de la necesidad de controlar esta doble incriminación: 1. Pertenencia a organización delictiva; 2. Terrorismo; 3. Trata de seres humanos; 4. Explotación sexual de los niños y pornografía infantil; 5. Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; 6. Tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; 7. Corrupción; 8. Fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas; 9. Blanqueo del producto del delito; 10. Falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; 11. Delitos de alta tecnología, en particular delito informático; 12. Delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; 13. Ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; 14. Homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; 15. Tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; 16. Secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; 17. Racismo y xenofobia; 18. Robos organizados o a mano armada; 19. Tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; 20. Estafa; 21. Chantaje y extorsión de fondos; 22. Violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; 23. Falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; 24. Falsificación de medios de pago; 25. Tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; 26. Tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; 27. Tráfico de vehículos robados; 28. Violación; 29.

²²⁹ STJUE (Sala Segunda) de 5 de julio de 2018, asunto *Lada*, C-390/16, ECLI:EU:C:2018:532, accesible en http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=lst&docid=203611&occ=first&dir=&cid=294329 (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Incendio voluntario; 30. Delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; 31. Secuestro de aeronaves y buques y 32. Sabotaje.

Estos delitos son señalados en los siguientes instrumentos normativos de reconocimiento mutuo: Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (artículo 2)²³⁰, Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (artículo 6)²³¹, Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (artículo 10)²³², Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 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 (artículo 7)²³³, Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (artículo 14)²³⁴.

En cambio, es necesario mencionar que la Directiva sobre la Orden de Protección (en adelante, OPE)²³⁵ no incluye lista de delitos no sujetos a la doble tipificación (siendo un motivo de no reconocimiento en virtud de su artículo 10.1.c)) lo que la singulariza dentro de los instrumentos de reconocimiento mutuo. Una importante consideración habida cuenta de la aplicación de este instrumento en casos de violencia de género. SI bien, como veremos, su aplicación práctica es anecdótica.

La Decisión Marco relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias²³⁶ recoge una lista más extensa de 39 delitos, añadiendo a los 32 mencionados los siguientes:

²³⁰ DOUE de 18 de julio de 2002, n. L 190, pp. 1-20, accesible en http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2002/584/oj (Último acceso: 8 de enero de 2020).

²³¹ DOUE de de 24 de noviembre de 2006, n.L 328, pp. 59-78, accesible en http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2006/783/oj (Último acceso: 8 de enero de 2020).

²³² DOUE de 16 de diciembre de 2008, n.L 337, pp. 102-122, accesible en http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2008/947/oj (Último acceso: 8 de enero de 2020).

²³³ DOUE de 5 de diciembre de 2008, n.L 327, pp. 27-46, accesible en http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2008/909/oj (Último acceso: 8 de enero de 2020).

²³⁴ DOUE de 11 de noviembre de 2009, n.L 294, pp. 20-40, accesible en http://data.europa.eu/eli/dec_framw/2009/829/oj (Último acceso: 8 de enero de 2020).

²³⁵ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección, DOUE 21 de diciembre de 2011, n. L 338, pp. 2-18.

²³⁶ Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, DOUE de 22 de marzo de 2005, n. L 76, pp. 16-30, modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, DOUE, 27 de marzo de 2009, n. L 81, pp. 24-36.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

33. conducta contraria a la legislación de tráfico, incluidas las infracciones a la legislación sobre tiempos de conducción y de descanso y a las normas reguladoras del transporte de mercancías peligrosas,
34. contrabando de mercancías,
35. infracciones a los derechos de propiedad intelectual e industrial,
36. amenazas y actos de violencia contra las personas, incluida la violencia durante los acontecimientos deportivos,
37. vandalismo,
38. robo,
39. infracciones establecidas por el Estado de emisión e incluidas en las obligaciones de aplicación que se derivan de los instrumentos adoptados en virtud del Tratado de la CE (TCE) o del título VI del Tratado de la UE (TUE).

La selección de estas 32 infracciones no sujetas al control de la doble tipificación ha sido acogida tanto de forma positiva por su potencial, como de forma negativa por su amplitud²³⁷. Aparecen, por tanto, una lista de 32 delitos que, en palabras de la Comisión Europea²³⁸, mandan un mensaje simbólico: “*algunas formas delictivas son inaceptables y son castigadas con fundamentos equivalentes*”²³⁹. Una decisión legislativa que parece indicar el progresivo camino de abandono del requisito de la doble incriminación²⁴⁰. Al menos, la delimitación de unos contornos y alcance esencial de estos 32 tipos delictivos. Así, siguiendo a LIBOR KLIMEK podemos distinguir cuatro grupos de entre la lista de los 32 delitos:

- Delitos con el mismo título y con los mismos elementos del delito (por ejemplo, homicidio y secuestro),
- Delitos con un título similar y con los mismos elementos del delito (por ejemplo, trata de seres humanos, blanqueo de capitales)
- Delitos con un título idéntico, pero con elementos del delito distintos (violación, y fraude).
- Los delitos desconocidos para algunos EEMM.

En este punto podemos traer a colación las Conclusiones del abogado general DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 12 de septiembre de 2006 en el Asunto C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW* contra el órgano jurisdiccional encargado del control de constitucionalidad de las leyes²⁴¹. En el que se dirimía la primera petición de decisión prejudicial en relación con la ODE planteada por el

²³⁷ KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer International Publishing, Suiza, 2017, esp. p. 501 y ss.

²³⁸ COM/2004/0334 final, Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la Unión Europea, 30 de abril de 2004, esp. p.9.

²³⁹ KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, op.cit., esp. p.506. (Traducción propia).

²⁴⁰ *Ibidem*, esp. p. 502.

²⁴¹ Asunto C-303/05, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62005CC0303> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Arbitragehof de Bélgica en cuanto a la validez de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los EEMM formal (su base legal habilitante) y sustantiva (en concreto, “*la interdicción, en determinados supuestos, de condicionar el cumplimiento de la euro-orden a que los hechos que la motivan también constituyan delito en el Estado de ejecución*” –Apartado 5). Una petición que según el abogado general impone la necesidad de analizar qué rol desempeñan los derechos fundamentales en el ámbito de la cooperación judicial y policial (apartado 6). Centrándonos en la cuestión sustantiva, la pregunta que se formulaba se refería a la conformidad de la supresión de la comprobación de la doble incriminación con los principios de legalidad, igualdad y no discriminación. El abogado general califica de “*trasnochada*” la exigencia de reciprocidad y previa comprobación de la doble tipicidad (apartado 45) sustentando tal calificación en la confianza mutua y el carácter reprochable de la conducta en ambas partes implicadas (apartado 90 y siguientes). Entre otras consideraciones dice “*Es objetiva porque responde a criterios exógenos al individuo, de carácter autónomo, mesurables con parámetros abstractos y generales, eludiendo todo voluntarismo selectivo: la naturaleza de la contravención y la pena que tiene asignada*” (apartado 92). Bansando el carácter razonable en orientarse a la lucha contra la criminalidad en el ELSJ (apartado 93). Por estas y otras razones, el abogado general concluye que “*no vulnera los principios de legalidad en materia penal ni de igualdad y, por consiguiente, respeta el artículo 6 UE, apartado 2*” (Conclusión n.2). En esta línea interpretativa se resolvió el asunto en la STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007²⁴².

La importancia de la eliminación del requisito de la doble incriminación en el contexto de la cooperación judicial fue asimismo analizada en las conclusiones del abogado general MICHAL BOBEK presentadas el 28 de julio de 2016 en el Asunto *Grundza*²⁴³. En el apartado B, titulado “*Evolución del requisito de la doble tipificación*”, se recoge algunas consideraciones relacionadas con cómo el sistema de cooperación judicial en materia penal dentro de la Unión se basa principalmente en el principio de reconocimiento mutuo²⁴⁴.

Sin embargo, tenemos que decir que los instrumentos de reconocimiento mutuo que incluyen esta lista de 32 delitos no tratan de armonizarlos. De hecho, solo fue durante la negociación de la Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, en la que la delegación alemana puso encima de la mesa la falta de definiciones comunes y presentó

²⁴² STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007, asunto C-303/2005, accesible en <http://curia.europa.eu> (Último acceso: 3 de febrero de 2019).

²⁴³ Conclusiones del abogado general Michal Bobek, de 28 de julio de 2016, asunto *Grundza* C-289/15, accesible en <http://curia.europa.eu> (Último acceso: 3 de febrero de 2019).

²⁴⁴ “*En el marco de dicho sistema, cada Estado miembro pone a disposición de los demás sus ordenamientos jurídicos en base a una confianza mutua reforzada en los sistemas de justicia penal*” (apartado 34).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

sugerencias al respecto²⁴⁵. No obstante, tenemos que subrayar dos consideraciones. En primer lugar, el artículo 83.1 TFUE señala determinadas materias en las que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas en cuanto a la definición de las infracciones y sanciones. En segundo lugar, tanto Naciones Unidas como el Consejo de Europa han desarrollado algunos instrumentos en relación con determinados delitos y han propuesto definiciones comunes –globales– como, por ejemplo, en el Convenio de Estambul.

En cuanto a las materias señaladas en el artículo 83.1 TFUE, la participación en organización criminal está regulada por la Decisión Marco 2008/841/JAI²⁴⁶, la trata de seres humanos está regulada por la Directiva 2011/36/UE²⁴⁷, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil están reguladas por la Directiva 2011/93/UE²⁴⁸, el tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas por la Decisión Marco 2004/757/JAI²⁴⁹, el blanqueo de los efectos del delito en la Directiva (UE) 2015/849²⁵⁰, la falsificación de moneda en el Reglamento (UE) 331/2014²⁵¹, la protección de los intereses financieros de la UE por medio del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas²⁵², la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y los delitos relacionados con ordenadores por medio de la Directiva (UE) 2019/713²⁵³, el racismo y la xenofobia por la Decisión Marco 2008/913/JHA²⁵⁴, los delitos medioambientales por la Directiva 2004/35/CE²⁵⁵, el terrorismo en la Directiva (UE) 2017/541²⁵⁶ y la corrupción en la Decisión Marco 2003/568/JAI²⁵⁷.

²⁴⁵ KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, op.cit, esp. p.506.

²⁴⁶ DOUE de 11 de noviembre de 2008, n. L 300, p. 42-45, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32008F0841> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁴⁷ DOUE de 15 de abril de 2011, n. L 101, pp. 1-11, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0036> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁴⁸ DOUE de 17 de diciembre de 2011, n. L 335, pp. 1-14, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0093> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁴⁹ DOUE de 11 de noviembre de 2004, n. L 335, pp. 8-11, y DOUE L 153M de 7 de junio de 2006, pp. 94-97, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex:32004F0757> (Último acceso: 4 de febrero de 2019).

²⁵⁰ DOUE de 5 de junio de 2015, n. L 141, pp. 73-117, accesible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/849/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵¹ Reglamento (UE) n.º 331/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, por el que se establece un programa en materia de intercambios, asistencia y formación para la protección del euro contra la falsificación de moneda (programa «Pericles 2020»), y se derogan las Decisiones 2001/923/CE, 2001/924/CE, 2006/75/CE, 2006/76/CE, 2006/849/CE y 2006/850/CE del Consejo, DOUE de 5 de abril de 2014, n. L 103, pp. 1-9, accesible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2014/331/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵² Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas

DOUE de 27 de noviembre de 1995, n. C 316, pp. 48-57, accesible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31995F1127\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31995F1127(03)) (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵³ Directiva 2019/713/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, DOUE de 10 de mayo de 2019, n. L 123, pp.18-29, accesible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/713/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵⁴ DOUE de 6 de diciembre de 2008, n. L 328, pp. 55-58, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008F0913> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵⁵ Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, DOUE de 30 de abril de 2004, n. L 143, pp.56-75, accesible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/35/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Asimismo, hemos de mencionar la definición de alcance global de determinados delitos como genocidio, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad a nivel internacional. Una definición global en el marco de un entendimiento de una justicia global que sustenta la creación de tribunales de jurisdicción internacional o supranacional²⁵⁸.

Podríamos en este punto traer a colación una pregunta ¿los motivos de denegación o no ejecución – tanto obligatorios como facultativos- de los instrumentos de reconocimiento mutuo operan como confirmación de la falta de confianza mutua o como precisamente su confirmación? La confianza mutua o “un alto nivel de confianza” implica que las autoridades requeridas “confían” en que las autoridades requirentes ya han realizado el juicio de legalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida requerida²⁵⁹. Es significativo que este prerequisite no fuera mencionado en las conclusiones del Consejo de Tampere²⁶⁰. Una confianza que ha de entenderse basada en la existencia de compromisos compartidos como la democracia, la libertad, los derechos humanos, las libertades fundamentales y el imperio de la ley²⁶¹.

LIBOR KLIMEK²⁶² recoge las ideas de SIEVERS²⁶³ en cuanto a otras precondiciones, además de la confianza mutua. En concreto, la autora señala la equivalencia, aceptar la legitimidad del otro ordenamiento jurídico asumiendo que políticas diferentes no significa políticas inferiores, la compatibilidad, el sistema legal de un Estado debe ser compatible con las reglas formales y procedimientos de otro Estado, y las estructuras de apoyo institucional, la complejidad de la materia hace necesaria la aportación de entes como la Red Judicial Europea o Eurojust que apoyen en la labor de una óptima cooperación.

No faltan voces que apuntan lo inocente o incluso utópica que puede ser la mera afirmación de la existencia de confianza mutua entre los ordenamientos jurídicos de los EEMM²⁶⁴. No obstante, la Comisión Europea subraya la necesidad de fortalecer la

²⁵⁶ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DOUE de 31 de marzo de 2017, n.L 88, pp.6-21, accesible en <http://data.europa.eu/eli/dir/2017/541/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵⁷ DOUE de 31 de julio de 2003, L 192, pp. 54-56, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32003F0568> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁵⁸ Vid.PEMBERTON, Antony y LETSCHERT, Rianne, “Global Justice and Global Criminal Law: the importance of Nyaya in the Quest for Justice after International Crimes”, en Shavana Musa y Eefje de Volder, *Reflections on Global Law* 2012, Brill, Leiden, Países Bajos, pp. 164-234.

SEN, Amartya, Ethics and the Foundation of Global Justice, *Ethics & International Affairs* 2017, 31, n. 3, pp. 261–70.

²⁵⁹ KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, op. cit. esp. p.109.

²⁶⁰ Señala Libor Klimek que quizás en aquel momento dieran por hecho que los EEMM confiaban mutuamente en los ordenamientos jurídicos nacionales. *Ibidem*, esp. p.112.

²⁶¹ *Ibidem*, esp. p. 110.

²⁶² *Ibidem*, esp. p.111.

²⁶³ SIEVERS Julia, *Managing diversity: the European arrest warrant and the potential of mutual recognition as a mode of governance in EU justice and home affairs*. Conference paper presented at the EUSA Tenth Biennial International Conference Montreal, Canada, 2007, esp. pp. 8 y 9.

²⁶⁴ KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, op. cit. esp. p.118.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

confianza mutua *en pro* de la cooperación judicial²⁶⁵. Desde la UE se apuesta por mejorar la confianza mutua fortaleciendo los derechos de las personas sospechosas o acusadas. Por ejemplo, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento y del Consejo 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales²⁶⁶, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales²⁶⁷ o Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad²⁶⁸ o la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio²⁶⁹. O, asimismo, en la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su artículo 3 señala la amnistía, la vulneración del principio *ne bis in idem* y la minoría de edad penal como motivos de denegación de la ejecución obligatoria.

En esta línea, en la STJUE de 6 de diciembre de 2018²⁷⁰ se potencia esta necesidad de interpretar de forma flexible las exigencias para la tramitación de una ODE basándose en el principio de reconocimiento mutuo en particular en su párrafo 63 y 64.

Según LORENA BACHMAIER²⁷¹ lograr el “equilibrio necesario” entre la efectividad del proceso penal y la cooperación judicial, y la protección de los derechos fundamentales definirá el alcance del concepto de reconocimiento mutuo. La autora, por ejemplo, encuentra esta falta de equilibrio entre el Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea²⁷² y Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal

²⁶⁵ COM/2011/0573 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Hacia una política de Derecho Penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho Penal”, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52011DC0573> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁶⁶ DOUE de 26 de octubre de 2010, n. L 280/1, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:280:0001:0007:es:PDF> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁶⁷ DOUE de 1 de junio de 2012, n. L 142, pp. 1-10, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:32012L0013> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁶⁸ DOUE de 6 de noviembre de 2013, n. L 294, pp. 1-12, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013L0048> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁶⁹ DOUE de 11 de marzo de 2016, n. L 65, pp. 1-11, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁷⁰ STJUE (Sala Primera), de 6 de diciembre de 2018, ECLI:EU:C:2018:991 accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=status%2Bvictim&docid=208554&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1440139> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁷¹ BACHMAIER, Lorena, Fundamental Rights and effectiveness in the European AFSJ. The continuous and never easy challenge of strike the right balance, *EUCRIM. The European criminal law association's forum* 2018, n.1 pp.56-63, esp. p.56.

²⁷² DOUE de 31 de octubre de 2017n. 283, pp. 1-71, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1939> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio²⁷³ y la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 , sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad²⁷⁴. La protección de los derechos se deposita en las leyes de cada Estado Miembro, no alcanzando en cambio las investigaciones con un carácter transfronterizo tramitadas por la Fiscalía Europea.

Con todo lo anterior, se manifiesta la tensión constante en el marco del ELSJ entre, por un lado, la cooperación judicial como un paso más en la integración europea y por otro lado, el respeto de las singularidades de las tradiciones jurídicas de cada EEMM, y por último, la necesidad de compartir la defensa y garantía de valores y principios comunes y derechos fundamentales que construya simbólica y materialmente una unión entre países (una política común que dé sentido a esa Unión) y, por otro lado, la articulación más o menos respetuosa con estos valores, principios y derechos fundamentales que cada Estado Miembro recoge y garantiza en su ordenamiento jurídico. Todo un universo que gira entorno a la necesidad de confiar en esa unión que ha construido, y construye, el artificio político de una Unión Europea.



Figura n.3. Confianza mutua. Fuente: elaboración propia.

²⁷³ DOUE de 11 de marzo de 2016, n.65, pp. 1-11, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁷⁴ DOUE 294, de 6 de noviembre de 2013, pp. 1-12, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013L0048> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Podemos inferir la incidencia del principio de aproximación legislativa como motor de esta confianza y su necesidad como presupuesto para dicho reconocimiento mutuo.

3.2 Principio de aproximación legislativa

Autoras como ELENA E. POPA señalan la apuesta por la Europa de “las distintas velocidades”²⁷⁵, siguiendo el tercer escenario planteado por la Comisión Europea para el futuro de la UE²⁷⁶, como, además de impracticable, uno de los motivos que producen la colisión entre las nociones de “libertad”, “seguridad” y “justicia”²⁷⁷.

Las bondades de una UE con una legislación procesal-penal aproximada han sido puestas de relieve sobre todo por la mejora de la confianza de la ciudadanía en la circulación dentro de una UE donde sus derechos les acompañen allá donde vayan y en comprar productos o usar servicios de/asentados en otros EEMM, evitar el fórum shopping por parte de quienes delinquen, fortalecer la confianza mutua entre la judicatura y demás operadores/as jurídicos facilitando el reconocimiento mutuo y la cooperación judicial y ayudar a prevenir y sancionar delitos graves contra la legislación europea en políticas señaladas²⁷⁸.

3.2.1 La controvertida competencia legislativa de la UE en el ámbito de la Cooperación Judicial

Éste es el valor añadido de la aproximación legislativa que señala la Comisión Europea y, sin embargo, llegado este punto podríamos decir que uno de los principales obstáculos para la efectividad de la cooperación judicial es la afectación que la disparidad legislativa genera en la automaticidad de la ejecución del principio de reconocimiento mutuo, a pesar de que éste haya sido visto como un “atajo” al entendimiento entre EEMM sin necesidad de compartir legislación. Sin embargo, dicho obstáculo parece inspirar la previsión de la UE cuando tanto en el ámbito civil (artículo 81.1 TFUE) como en el ámbito penal (artículo 82.2 y 83.1 TFUE) se recoge la posibilidad de “establecer medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias” en materia civil y la necesidad de establecer normas mínimas “*cuando sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales*” en materia penal. Ello, no obstante, matizando la necesidad de que se trate

²⁷⁵ Como método de integración diferenciada. Vid. https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/multispeed_europe.html?locale=es (Último acceso: 12 de agosto de 2019).

²⁷⁶ COM (2017) 2025 de 1 de marzo de 2017, Comisión Europea, *Libro blanco sobre el futuro de Europea. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025*, accesible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁷⁷ POPA, Elena E., “A game of chance. The future of the AFSJ”, op. cit., pp.42-49, esp. p. 43.

²⁷⁸ MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit. esp. p. 70.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

de asuntos con dimensión transfronteriza en ambos casos. En este punto sería interesante apuntar la terminología empleada expresamente señalando el concepto de “aproximación” en los artículos 81.1 y 83.2 TFUE así como la expresión “establecer normas mínimas” en los artículos 82.2 y 83.1 TFUE. Siguiendo a KAI AMBOS, en ambos casos estaríamos ante técnicas de aproximación legislativa, menos intrusiva que la armonización legislativa que estaría un escalón por encima de la aproximación y uno por debajo de la estandarización²⁷⁹.

En opinión de VALSAMIS MITSILEGAS “*la competencia de la UE para criminalizar puede ser justificada de dos formas: por la necesidad de la UE de abordar las amenazas a la seguridad (securitised criminalisation) y por la necesidad de que UE de usar la ley penal para asegurar la efectividad del derecho europeo (functional criminalisation)*”²⁸⁰. Siguiendo a VALSAMIS MITSILEGAS “*el acervo comunitario en relación con la armonización de la legislación penal es una combinación de instrumentos adoptados post-Maastricht (los convenios respecto del fraude y corrupción en el sector público), post-Ámsterdam (Decisiones marco sobre terrorismo, crimen organizado y tráfico de drogas) y post-Lisboa (Directivas sobre trata de personas y explotación sexual)*”. Extendiéndose a migración irregular, corrupción y ciber-delito²⁸¹. Interesa mencionar que el Tratado de Lisboa amplía las materias respecto de las cuales procede la adopción de normas de mínimos con respecto al Tratado de Ámsterdam que hablaba en su artículo K.3.E) de delincuencia organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas. Si habrá próxima armonización y en qué materia parece una pregunta consecuencia lógica del propio funcionamiento de la UE y del desarrollo de los mecanismos de cooperación judicial.²⁸² Y es que de acuerdo con la diferencia entre “*securitised criminalisation*” y “*functional criminalisation*” que realiza VALSAMIS MITSILEGAS entendiendo la primera en el artículo 83.1 TFUE y la segunda en el artículo 83.2 TFUE, la segunda pueda extenderse a aquellos ámbitos en los que una aproximación de legislación resulte “útil”, “funcional”, para una ejecución efectiva de una política de la UE, siempre bajo el respeto de los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y de los derechos fundamentales. Este poder de criminalización como es previsible ha generado intensas preocupaciones incluso a pesar

²⁷⁹ AMBOS, Kai, *Derecho Penal europeo*, op. cit., esp. p. 82.

²⁸⁰ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit. esp. p.53. (Traducción propia). Interesa subrayar la incidencia de la STJUE Case C-440/05, 2007, ECLI:EU:C:2007:625, paras. 66, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=69170FF3F6295DFEF49935D63D8893B2?text=&docid=70715&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7639402> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁸¹ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit., esp. p. 55. (Traducción propia).

²⁸² Así parece ponerse de relieve en la iniciativa de la Comisión Europea como en el Caso c-43/12 Comisión, Parlamento y Consejo, STJUE de 6 de mayo de 2014, EU:C:2014:298 accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=151775&doclang=ES> (último acceso: 21 de agosto de 2019) y la disputa entre las instituciones de la UE respecto a la habilitación legal de la directiva de sanciones de tráfico.

HARDING, Christopher y BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata, “The emergent EU Criminal Policy: identifying the Species”, *European Law Review* 2012, n.37, pp. 758-770.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

de las dos salvaguardas que incorpora el TFUE en el artículo 83.2: que sea necesaria para la efectividad de la ejecución de una política y que se trate de ámbitos que hayan sido objeto de armonización²⁸³. E incluso podríamos añadir la salvaguarda del apartado 3 del artículo 83 TFUE como freno de emergencia ante la tramitación de una determinada regulación.

No obstante, estas salvaguardas, el debate en torno al poder de armonización de la UE es, actualmente, uno de los temas que mayor disparidad de opiniones genera en el ámbito del ELSJ. En cualquier caso, el planteamiento actual parece indicar que *en pro* del respeto de las tradiciones jurídicas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los EEMM las medidas de aproximación pueden ser superadas en tanto suponen el establecimiento de norma de mínimos en relación al artículo 82.2 TFUE pero no en el caso del artículo 83 TFUE dado que esta posible legislación nacional más protectora se encuentra expresamente mencionada en el artículo 82.2 TFUE pero no en el artículo 83 TFUE²⁸⁴. Una interpretación que implica una limitación de la capacidad de criminalización de los EEMM que afectaría al concepto de soberanía. Podríamos entender las reticencias a la introducción de otros delitos en el artículo 83 TFUE pues supondría la imposibilidad de una regulación que “sobrepase” o se “extralimite” de la regulación europea.

Además, esta técnica de la aproximación legislativa descansa en una idea que suscita un interés transcendental: cómo sería esa legislación aproximada. Es decir, qué puntos, elementos, aspectos esenciales serán los señalados por la legislación europea para que sean compartidos por todos los EEMM. Podemos encontrar determinados ámbitos en los que distintas organizaciones supranacionales como NNUU han desarrollado manuales de ayuda para la regulación de, por ejemplo, la violencia contra las mujeres²⁸⁵. Desde hace unos años, aproximadamente desde el inicio de este siglo XXI, el número de juristas que han comenzado a prestar atención al impacto de género de los Ordenamientos Jurídicos ha ido en aumento. Se multiplican los estudios y análisis en esta línea científica en las distintas ramas del Derecho partiendo de una visión holística del género²⁸⁶. Pensemos en este punto en la aproximación de los delitos de violencia contra las mujeres basadas en el género. Como veremos en el Capítulo Quinto, España tiene una de las legislaciones penales más estricta en cuanto a la tipificación diferenciada del delito de violencia de género, asociando consecuencias penales distintas del resto de delitos en la pareja cometidos por el hombre o de violencia doméstica. Una regulación que está basada en la razón de género que subyace en el delito de violencia contra la (ex)esposa/(ex)novia como así declaraba en su el TC en su

²⁸³ MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit., esp. pp. 58-61.

²⁸⁴ *Ibidem*, esp. p. 63.

²⁸⁵ Vid. NACIONES UNIDAS, *Handbook for Legislation on Violence against Women*, 2012, accesible en <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2012/12/handbook-for-legislation-on-violence-against-women> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁸⁶ ACALE SÁNCHEZ, María, “Interpretación judicial del Derecho Penal desde la perspectiva holística del género”, *Jueces para la democracia* 2018, n. 92, pp-26-43.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

sentencia 59/2008²⁸⁷ y que no tiene su réplica en ningún otro EEMM. Habiendo sido declarada constitucional la LOMPIVG, si la UE decidiera aproximar las legislaciones en materia de violencia contra las mujeres siguiendo con una concepción de una “*functional criminalisation*” basada tanto en artículo 83.2 TFUE como en el artículo 352.1 TFUE, la legislación española se vería afectada irremisiblemente. Dos preguntas nos deberíamos formular:

- Desde una perspectiva europea, ¿los EEMM apoyarían la aproximación de la legislación criminal en materia de violencia contra las mujeres?
- Desde una perspectiva nacional, ¿esa modificación mejoraría la regulación actual de la violencia de género en España?

Trasladamos el debate al último epígrafe de este Capítulo respecto de la primera pregunta y al Capítulo Quinto en relación con la segunda, si bien, podemos adelantar que la ratificación del Convenio de Estambul por parte de la UE marca un camino en términos penales y procesales penales que, sin duda, mejoraría la regulación de los delitos de violencia contra las mujeres basada en el género que actualmente existe en la variedad normativa de cada Estado Miembro. Entre otras mejoras, implicaría la exigencia de su tipificación como delito, porque establece tipos penales concretos para acciones concretas que hasta ahora no aparecían tipificadas de forma autónoma como el delito de mutilación genital o matrimonio forzoso, desvincularía el castigo de los delitos de la relación entre víctima y delincuente, eliminaría la posibilidad de acogerse a errores de tipo, errores de prohibición o cualquier tipo de atenuante basada en la cultura, la tradición o las creencias de las personas, incidiría en la formación de los y las profesionales y se acompaña de la fijación de medidas de protección y de asistencia.

3.2.2 Relaciones transfronterizas como base para la regulación: La definición de *transfronterizo* y su proyección en la violencia contra las mujeres basadas en el género

Nos detenemos en este epígrafe en un aspecto de especial trascendencia en la materia que nos interesa. En concreto, la exigencia del requisito esencial para la existencia de la necesidad de contar con un instrumento procesal que homogenice no solo procedimientos jurídicos en los EEMM de la UE sino también cuestiones materiales legislativas. A tenor de la redacción efectuada en el artículo 83 TFUE el elemento transfronterizo, es decir, aquel elemento que vincula un asunto a dos o más ordenamientos jurídicos europeos.

²⁸⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo, ECLI:ES:TC:2008:59, accesible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/6291> (Último acceso: 22 de agosto de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

En primer lugar, conviene recordar la incidencia del artículo 5.3 TUE que consagra el principio de subsidiariedad, así como el Protocolo que lo regula²⁸⁸. Bajo el objetivo principal de conectar a la UE con la ciudadanía, la UE podrá intervenir si prevé que en los ámbitos que no sean de su exclusiva competencia, en caso de que los objetivos propuestos no puedan ser alcanzados suficientemente por los EEMM y sí puedan serlo a escala de la UE. De su formulación podemos deducir que está previendo que hay objetivos que se pueden cumplir mejor por la UE, a escala europea, en vez de a escala local, regional o nacional. Este principio, además, otorga a los Parlamentos nacionales un papel más relevante en el escrutinio y desarrollo de la legislación europea²⁸⁹. De esta dicción destaca el uso del término objetivos dado que siguiendo con el concepto de criminalización funcional al que alude MITSILEGAS la aproximación legislativa está asociada a la efectividad de la ejecución de políticas de la UE, no de objetivos²⁹⁰. Opinión que no parece ajustada a la terminología que emplea el legislador europeo en el artículo 5.3 TUE como “habilitante” para la intervención de la UE como hemos expuesto puesto que expresamente menciona “los objetivos”.

Este artículo convive con los instrumentos normativos de reconocimiento mutuo que, siguiendo el Título V TFUE, se refieren a hechos con dimensión transfronteriza. En concreto su artículo 83.1 TFUE se refiere a una dimensión transfronteriza “*derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes*”. Una especificidad que no aparece en el artículo 82.2 TFUE pues solo alude a la necesidad de una dimensión transfronteriza. Y bien, teniendo en cuenta dicha especificidad del apartado 1 del artículo 83 TFUE podemos preguntarnos ¿es la dimensión transfronteriza una exigencia de tipo fáctico?, esto es, ¿la necesidad de que todo lo que rodea al hecho delictivo²⁹¹ vincule a más de un Estado? Para responder a esta pregunta, podríamos considerar la conveniencia de atender al modo en que ha sido definido el concepto de “asunto transfronterizo” en otros instrumentos jurídicos europeos desde el prisma de la cooperación judicial y sus principios fundamentales, en suma, reconocimiento mutuo y aproximación legislativa.

Así aparece mencionado en el Considerando 3 de la Directiva 2012/29 específicamente se refiere al artículo 82.2 TFUE que, como dijimos, no contiene ninguna especificación sobre qué se entiende por asunto transfronterizo como sí contiene el artículo 83.1 TFUE.

A modo de ejemplo entre los instrumentos europeos que exigen el carácter transfronterizo podemos citar, el Considerando 10, y el artículo 3, del Reglamento (UE)

²⁸⁸ Protocolo n 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, DOUE C 115, 9 de mayo de 2008, pp. 206–209, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F02> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁸⁹ MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, op. cit., esp. p. 40.

²⁹⁰ *Ibidem*, esp. p.62.

²⁹¹ Desde la nacionalidad de quien delinque, o la nacionalidad de la víctima, o el lugar de comisión, o la localización de los medios empleados, o el emplazamiento de medios informáticos utilizados, el lugar de detención, etc.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

n. 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil²⁹² define “*El presente Reglamento debe aplicarse exclusivamente a los asuntos transfronterizos y debe definir qué constituye un asunto transfronterizo en este contexto específico. A los efectos del presente Reglamento, debe considerarse que existe un asunto transfronterizo cuando el órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de orden de retención se encuentre en un Estado miembro y la cuenta bancaria afectada por dicha orden se tenga en otro Estado miembro. También se debe considerar que existe un asunto transfronterizo cuando el acreedor esté domiciliado en un Estado miembro y el órgano jurisdiccional y la cuenta bancaria que haya de retenerse estén situados en otro Estado miembro*”. Una definición, por tanto, de tipo fáctico.

En el Considerando 2 de la Directiva 2004/80/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas de delitos se señalaba “*El Tribunal de Justicia falló en el asunto Cowan que cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él constituye el corolario de esta libertad de circulación. Medidas para facilitar la indemnización a las víctimas de delitos deben formar parte de la realización de este objetivo.*”²⁹³ Se vislumbra un acercamiento a la dimensión transfronteriza ligada al derecho de libre circulación por el territorio europeo y el principio de igualdad.

El Considerando 39 de la Directiva 2011/99/UE sobre la OPE se realiza una referencia más de tipo funcional que apela a la efectividad de la acción política que de tipo fáctico. En concreto se refiere a cómo la protección de las personas en situación de peligro puede ser ofrecida de forma más satisfactoria por la UE que por los EEMM de forma particular.

Asimismo, puede servirnos de parámetro para medir el carácter transfronterizo los criterios que utiliza el TJUE en el asunto *Gundza*²⁹⁴ para determinar la naturaleza y límites del principio de doble incriminación en el marco de la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 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, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009²⁹⁵. En este caso un juez esloveno planteaba la

²⁹² DOUE de 27 de junio de 2014, n. L 189/59, pp.59-92, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0655> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁹³ Asunto 186/87, Recopilación 1989, p. 195.

²⁹⁴ STJUE (Sala Quinta) de 11 de enero de 2017, asunto *Grundza*, C-289/15, ECLI:EU:C:2017:4, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=186681&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1806063> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁹⁵ DOUE de 27 de marzo de 2009, n. L 81, pp. 24-36, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32009F0299> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

cuestión prejudicial sobre si los hechos deben estar regulados *in concreto* en el Estado de ejecución o es suficiente que estén regulados *in abstracto* (apartado 23). Pregunta a la que el TJUE declaraba que “*el requisito de la doble tipificación ha de considerarse satisfecho en una situación como la del asunto principal, toda vez que los hechos que dieron lugar a la infracción, tal como fueron plasmados en la sentencia dictada por la autoridad competente del Estado de emisión, también estarían, en cuanto tales, sujetos a sanción penal en el territorio del Estado de ejecución si se hubieran producido en dicho territorio.*” (apartado 38).

Una respuesta que MARTA MUÑOZ DE MORALES entiende que puede calificarse tanto del tipo *outcome cases* (señala al juez remitente que si los hechos precisados en la sentencia en el Estado de emisión estuvieran tipificados y sujetos a sanción penal en el Estado de ejecución se satisface el requisito de la doble incriminación) como *guideline case* (señala los criterios para que el juez del Estado de ejecución determine si las acciones están tipificadas en su derecho nacional (apartado 33). No obstante, y siguiendo con la STJUE en el asunto Gundza, el TJUE precisaba que no se exige que los tipos penales sean idénticos (apartado 34), ya que “*no se requiere una correspondencia exacta ni entre los elementos constitutivos de la infracción, según su calificación respectiva en el Derecho del Estado de emisión y del Estado de ejecución, ni en la denominación o la clasificación de la referida infracción según los Derechos nacionales respectivos*” (apartado 35). Lo cual concede al juez del Estado de ejecución un margen de apreciación que ha de ser flexible tanto en cuanto a los elementos constitutivos como a la calificación de la acción (apartado 36).

Esta interpretación que realiza el TJUE de la valoración del requisito de la doble incriminación por el Estado de ejecución de una sentencia en materia penal imponiendo una pena privativa de libertad o una medida de seguridad está más condicionada por uno de los dos principios del Espacio judicial europeo en mayor medida que por el otro: el principio de reconocimiento mutuo. Así, podemos entender que el principio de reconocimiento mutuo se constituye en baluarte del respeto a los ordenamientos jurídicos nacionales dado que, según la jurisprudencia del TJUE, este principio no precisa de armonización legislativa. Podemos pensar que ni siquiera de aproximación legislativa presuponiendo que la confianza mutua se construye por el mero manejo de las definiciones de tipo formal que imponen los instrumentos de reconocimiento mutuo. De hecho, el Considerando 14 de la Decisión marco 2009/299/JAI del consejo de 26 de febrero de 2009 aclara que dicha Decisión Marco “*se limita a la definición de dichos motivos de no reconocimiento, dado que su objetivo no es la armonización de las legislaciones nacionales. La presente Decisión Marco se entiende sin perjuicio de futuros instrumentos de la Unión Europea destinados a aproximar las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito del Derecho Penal.*” Es decir, la mera formulación típica formal es suficiente para entender como común una voluntad de tipificar una conducta. Esto es, la apelación a la idea de una decisión compartida de regular

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

determinada materia (interpretación más valorativa) que el hecho en sí de que esté regulada de forma idéntica (interpretación fáctica).

Es significativo apuntar que, en relación con la Directiva 2012/13, el TJUE aún no se ha pronunciado acerca de si solo se aplica en caso de que exista una situación transfronteriza como así reconoce el abogado general MICHAL BOBEK²⁹⁶. No obstante, el abogado general sí recoge que el TJUE ha entrado a conocer casos sin dimensión transfronteriza en relación con legislación de mínimos de carácter procesal. Así, por ejemplo, en el asunto *Milev*²⁹⁷ interpretando la Directiva 2016/343 en relación con la presunción de inocencia.

Con todo lo anterior, siguiendo la dicción del artículo 5.3 TUE, del artículo 83.1 TFUE, los Considerandos de los instrumentos normativos de reconocimiento mutuo y aproximación legislativa recogidos y la postura del TJUE respecto al requisito de la doble tipificación, entendemos que el requisito de la dimensión transfronteriza ha de ser interpretado tanto en su sentido fáctico como en su sentido valorativo, funcional y de efectividad sin que ambos se excluyan. De esta forma, y siguiendo el artículo 83.1 *in fine* TFUE, otros ámbitos delictivos pueden ser abordados por la UE siendo objeto de directivas que establezcan normas mínimas en cuanto a la definición de infracciones penales y sanciones tengan repercusiones transfronterizas fácticas o valorativas. Esto es, que vinculen a los EEMM, o bien, por la materialización objetiva, territorial y personal de dichas infracciones, y/o bien por afectar a objetivos señalados por la UE como comunes y compartidos por todos los EEMM.

A efectos de nuestro trabajo, podemos preguntarnos si es la violencia contra las mujeres una política y/o un objetivo común en la UE y si tiene una dimensión transfronteriza.

El compromiso de la UE con la igualdad de género y contra la violencia contra las mujeres es irrefutable²⁹⁸. Como corolario, el Parlamento Europeo en su Resolución, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la OEP²⁹⁹ en el apartado 42 expresamente *“Pide al Consejo que active la «cláusula pasarela» adoptando una decisión unánime que defina la violencia contra las mujeres y las niñas, así como otras formas de violencia de género, como una infracción penal objeto del*

²⁹⁶ Conclusiones del abogado general Michal Bobek, 5 de febrero de 2019, Asunto C-646/17, apartado 35, accesible en

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=AE8629F6C34FFCE19593D497D596B5C6?docid=210441&text=&dir=&doclang=ES&part=1&occ=first&mode=DOC&pageIndex=0&cid=11941945#Footnote6 (Último acceso: 29 de agosto de 2019).

²⁹⁷ STJUE (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2018, asunto *Milev*, C-310/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:732, accesible en

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=205876&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10582268> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁹⁸ Vid. <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/59/la-igualdad-entre-hombres-y-mujeres> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

²⁹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, P8_TA (2018) 0189, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0189+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

artículo 83, apartado 1, del TFUE”. Mientras en su apartado 43 establece “*Insta a que se impulse un proceso para propiciar la convergencia progresiva de la legislación que se aplica a las conductas violentas que dan lugar a las órdenes de protección; destaca que los ataques cometidos contra mujeres son un hecho grave y que deberían ser objeto de una acción penal en todos los Estados miembros, y que los tribunales deberían asimismo decretar medidas de protección en los casos de violencia de género.*” Y es que, la tipificación de los delitos de violencia contra las mujeres es pieza esencial para la atribución de la titularidad de los derechos que consagra la Directiva 2012/29/UE sobre los derechos de las víctimas de los delitos pues, en caso contrario, se imposibilita, se obstaculiza o se desdibuja el ejercicio de los derechos procesales penales de aquello que no está previsto, tipificado específicamente o reconocido de forma clara y precisa.

En cuanto a su dimensión transfronteriza, como reflejan las distintas estadísticas que ofrece el EIGE³⁰⁰, la encuesta del FRA del año 2014³⁰¹ y los datos arrojados por EUROSTAT³⁰², los delitos de violencia contra la mujer basados en el género tienen una presencia muy elevada en los distintos EEMM. Sin embargo, esta presencia en los registros delictivos de los EEMM no conllevaría *prima facie* la necesidad de abordarla bajo criterios comunes. Ésta parece la opinión de la comisaria europea de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, VERA JOUROVÁ, actuando en nombre de la Comisión Europea en su contestación a las preguntas parlamentarias formuladas³⁰³ en torno a si la Comisión considera necesario el desarrollo de un “*marco europeo basado en el Convenio de Estambul*”³⁰⁴ y si considera “*necesaria Directiva contra la violencia de género que armonice estos delitos y cree un marco común para las víctimas*”³⁰⁵. En concreto afirma “*La Unión Europea está en proceso de adherirse al Convenio -de Estambul- dentro de los límites de las competencias exclusivas de la Unión. Puesto que la tipificación de los delitos sexuales está sujeta a la competencia nacional (Con la excepción del delito de explotación sexual de mujeres y niños cuando tenga una dimensión transfronteriza, según establece el artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la UE.), la Comisión no puede adoptar ninguna iniciativa legislativa destinada a establecer unas normas mínimas relativas a la definición de*

³⁰⁰ Vid. <https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/browse/genvio> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰¹ Vid. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰² Los datos para el año 2017 indican que se produjeron solo en Alemania 336 homicidios dolosos en el ámbito de la pareja siendo 231 mujeres, en Francia fueron 251, siendo 173 mujeres víctimas, en Italia 141 siendo 95 mujeres accesible en <https://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). En cuanto a las violaciones, solo en Alemania en el año 2017 los datos muestran un número total de víctimas de violaciones de 8.469, de las que en 7.831 de los casos las víctimas eran mujeres, en Francia se la cifra asciende a 17.112, siendo 14.899 mujeres víctimas, en Inglaterra y Gales el dato es de 53.924 víctimas de violaciones, siendo 48.122 las víctimas mujeres. Vid. <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20171123-1?inheritRedirect=true&redirect=%2Feurostat%2Fweb%2Fcrime%2Fpublications> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰³ Ambas preguntas se refieren a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra en el conocido caso de la manada y están formuladas de forma conjunta por los grupos políticos Verst/ALE Y GUE/NGL.

³⁰⁴ Vid. Preguntas parlamentarias de 8 de mayo de 2018, accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-002527_ES.html (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰⁵ Vid. Preguntas parlamentarias de 15 de mayo de 2018, accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-002589_ES.html (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

*tales delitos o sanciones.*³⁰⁶ No parecía, por tanto, proclive la Comisión Europea a llevar a cabo una de sus prerrogativas conforme al TFUE y desarrollar esta iniciativa legislativa que inserte el resto de delitos de violencia contra las mujeres, además de la trata y la explotación sexual, bajo la habilitación legal del artículo 83.1 TFUE. Pero con la nueva composición de la Comisión Europea, específicamente la nueva presidenta de la Comisión Europea Úrsula von der Leyen incluía en su candidatura expresamente que propondría añadir la violencia contra las mujeres a la lista los delitos definidos en el Tratado. No obstante, este compromiso se condiciona a la ratificación del Convenio de Estambul por la UE, de momento bloqueada³⁰⁷.

Siendo este elemento fáctico el aludido para que solo los delitos de trata y explotación sexual hayan sido incluidos en el catálogo del artículo 83.1 TFUE, podemos preguntarnos por esta conexión territorial entre los EEMM en el resto de los delitos de violencia contra las mujeres. En referencia a este tipo de delitos, si nos fijamos en las estadísticas en concreto de un país como España, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer recibieron en el año 2017 en ámbito penal 40 actos de comunicación, 2 diligencias urgentes procedentes de la UE, y en el ámbito civil 2 notificaciones de traslado conforme al Reglamento 1393/07 y 2 actos de comunicación. En cuanto a los instrumentos de reconocimiento mutuo, en el año 2017 emitieron 9 ODE, 2 resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad y 18 exhortos de obtención de pruebas. No habiendo sido recibidas ninguna solicitud respectos a instrumentos de reconocimiento mutuo³⁰⁸. Es difícil atender a si estos datos suponen un incremento con respecto a años anteriores dado que las estadísticas respecto a los instrumentos de reconocimiento mutuo recogen instrumentos cuya fecha de implementación no es muy lejana en el tiempo. No obstante, se puede apreciar respecto a la ODE cómo la emisión ha variado desde 2012 con 5 órdenes, 2013 con 12 órdenes, 2014 con 9, 2015 con 3, y 2016 con 10³⁰⁹. No pareciendo que obedezca a algún criterio en específico. Podríamos fijarnos en estos mismos datos, pero en sede de los juzgados de lo penal o de los juzgados de Primera instancia, Instrucción y Primera Instancia e Instrucción (cuyos datos son mucho más elevados) pero en las estadísticas los datos no aparecen desagregados por temática siendo mostrados únicamente los datos generales.

Si comparamos estos datos con los auxilios judiciales de los Juzgados de lo Mercantil para el mismo año, 2017, podemos ver que en cuanto a notificaciones y traslado de documentos conforme al Reglamento 1393/07 se recibieron 5 solicitudes, 4 respecto a la Obtención de Pruebas del Reglamento 1206/01, se emitieron 98 solicitudes

³⁰⁶ Vid. Respuesta conjunta de la Sra. Jourová en nombre de la Comisión Europea, 18 de julio de 2018, accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-002527-ASW_ES.html (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰⁷ *Political guidelines of the Commission 2019-2024*, Úrsula von der Leyen, *A Union that strives for more. My agenda for Europe*, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf esp. p. 11 (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰⁸ Poder Judicial, Estadísticas, Aspectos internacionales, Series Auxilios Internacionales por tipo de órgano, año 2017, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Aspectos-internacionales/Cooperacion-con-organos-judiciales-extranjeros/Demandas-de-cooperacion-tramitadas-directamente-por-los-organos-judiciales/> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁰⁹ *Ibidem*.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

de auxilio judicial dentro de la UE, se solicitaron 2 certificados de Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados conforme al Reglamento 805/04. Unos datos muy similares exceptuando el elevado número de solicitudes de auxilio judicial dentro de la UE en la jurisdicción mercantil.

Con todo lo anterior, no podríamos aventurar una respuesta positiva a la interconexión territorial en los delitos de violencia contra las mujeres, entre otros motivos por la diversidad en la tipicidad y por la falta de rigor en la recogida de datos. La naturaleza fáctica de la dimensión transfronteriza en casos de violencia contra las mujeres, por tanto, no puede ser aludida de forma objetiva. Sin embargo, si la historia de la UE es la historia de la gestión de la interdependencia entre Estados vecinos, podríamos aludir a la necesidad de construir interdependencia ente los EEMM en cuanto a la erradicación de la violencia contra las mujeres. Es más, mejor que “construir”, dado que no se puede construir algo que ya existe como hemos puesto de manifiesto, el término que debemos emplear es el de “evidenciar” ese hilo invisible que une la situación social (con aspectos victimológicos y jurídicos) de todas las mujeres ciudadanas y residentes en la UE. Una situación generalizada caracterizada por una socialización basada en patrones patriarcales que impone roles de comportamiento que condiciona la existencia de hombres y mujeres. Esta socialización somete a ambos, hombres y mujeres, a sus normas sexistas, convirtiendo a ambos en ejecutores y víctimas de sus directrices. Un sometimiento especialmente agravado respecto de las mujeres pues las sitúa en una posición inferior respecto de los hombres en cuanto al reconocimiento de derechos, garantías y libertades, que ya sea por tradición, ley o cortesía, las colocan, con diferentes intensidades en la gravedad de las consecuencias, en una situación de indefensión, vulnerabilidad, falta de oportunidades y vulneración de los elementos esenciales asociados a la dignidad humana de forma generalizada.

Así, teniendo en cuenta la presencia de estos delitos que muestran las estadísticas nacionales, el compromiso de la UE respecto a la erradicación de la violencia contra las mujeres basadas en el género como fenómeno delictivo con singularidades propias, la firma del Convenio de Estambul por parte de la UE que supone un reconocimiento de la necesidad de mejorar las legislaciones en la materia y el derecho a la libre circulación de la ciudadanía europea, entendemos que se cumplen aspectos valorativos de la dimensión transfronteriza. Asimismo, apelando a “*una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes*” conforme a la dicción literal del artículo 83.1 TFUE, concluimos que sería deseable la adopción por parte del Consejo de una decisión que determine los distintos delitos en que se materializa la violencia contra las mujeres como susceptibles de ser regulados conforme a normas mínimas que aproximen la tipicidad de tales de delitos en la UE.

4. Instrumentos procesales y mecanismos de cooperación judicial basados en los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Uno de los aspectos que llaman la atención respecto del desarrollo del ELSJ es el número de actos normativos que han incorporado el principio de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa en el ámbito penal hasta la fecha³¹⁰. Sin duda, se trata de una extensa lista (tanto de carácter sustantivo como de carácter procesal) que hemos considerado oportuno incluir en la siguiente tabla siquiera a efectos de sintetizar la extensa enumeración de los actos normativos y de exteriorizar el impulso del ELSJ por parte de la UE.

³¹⁰ A 9 de diciembre de 2019.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Principio	Materia	Fecha	Materia	Instrumento jurídico	Referencia
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	13 de junio de 2002	Orden europea y a los procedimientos de entrega entre EEMM ³¹¹ .	Decisión Marco del Consejo	2002/584/JAI
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	22 de julio de 2003	Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas ³¹² .	Decisión Marco del Consejo	2003/577/JAI
Aproximación legislativa	Protección a las víctimas	29 de abril de 2004	Indemnización a las víctimas de delitos ³¹³	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2004/80/CE
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	24 de febrero de 2005	Aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias ³¹⁴ .	Decisión Marco del Consejo	2005/214/JAI
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	6 de octubre de 2006	Aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso ³¹⁵	Decisión Marco del Consejo	2006/783/JAI
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	27 de noviembre de 2008	Relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas y otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la UE ³¹⁶ .	Decisión Marco del Consejo	2008/909/JAI
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	27 de noviembre de 2008	Aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y a las penas sustitutivas ³¹⁷ .	Decisión Marco del Consejo	2008/947/JAI
Aproximación legislativa	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	24 de julio de 2008	Relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre EEMM de la UE con motivo de un nuevo proceso penal ³¹⁸ .	Decisión Marco del Consejo	2008/675/JAI

³¹¹ DOUE de 18 de julio de 2002, n. L190, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0584:en:HTML> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹² DOUE de 2 de agosto de 2003, n. L196, pp. 45-55, accesible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003F0577> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹³ DOUE de 6 de agosto de 2004, n. L 261, pp. 15 a 18, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32004L0080> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹⁴ DOUE de 22 de marzo de 2005, n. L 76, pp. 16-30, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32005F0214> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹⁵ DOUE de 24 de noviembre de 2006, n. L 328, pp. 59-78, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32006F0783> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹⁶ DOUE de 5 de diciembre de 2008, n. L 327, pp. 27-46, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32008F0909> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹⁷ DOUE de 16 de diciembre de 2008, n. L 337, pp. 102-122, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32008F0947> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³¹⁸ DOUE de 15 de agosto de 2008, n. L 220, pp. 32-34, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0675> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	23 octubre de 2009	Relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional ³¹⁹ .	Decisión Marco del Consejo	2009/829/JAI
Aproximación legislativa	Nomas mínimas comunes del proceso penal	26 febrero de 2009	Por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado ³²⁰ .	Decisión Marco del Consejo	2009/299/JAI
Aproximación legislativa	Nomas mínimas comunes del proceso penal	20 de octubre de 2010	Relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales ³²¹	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2010/64/UE
Reconocimiento mutuo	Protección a las víctimas	13 de diciembre de 2011	Orden europea de protección ³²² .	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2011/99/UE
Aproximación legislativa	Protección a las víctimas	5 de abril de 2011	Prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ³²³	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2011/36/UE
Aproximación legislativa	Protección a las víctimas	13 de diciembre de 2011	Relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil ³²⁴	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2011/92/UE
Aproximación legislativa	Normas mínimas comunes del proceso penal	22 de mayo de 2012	Derecho a la información en los procesos penales ³²⁵	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2012/13/UE
Aproximación legislativa	Protección a las víctimas	25 de octubre de 2012	Normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo ³²⁶	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2012/29/UE
Aproximación legislativa	Normas mínimas comunes del proceso penal	22 de octubre de 2013	Derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad ³²⁷ .	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2013/48/UE

³¹⁹ DOUE de 11 de noviembre de 2009, n. L 294, pp. 20-40, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32009F0829> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²⁰ DOUE de 27 de marzo de 2009, n. L 81, pp. 24-36 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32009F0299> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²¹ DOUE de 26 de octubre de 2010, n. L 280, pp. 1-7, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32010L0064> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²² DOUE de 21 de diciembre de 2011, n. L 338, pp. 2-18, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32011L0099> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²³ DOUE de 15 de abril de 2011, n. L 101, pp. 1-11, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32011L0036> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²⁴ DOUE de 17 de diciembre de 2011, n. L 335, pp. 1-14, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32011L0093> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²⁵ DOUE de 1 de junio de 2012, n. L 142, pp. 1-10, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32012L0013> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²⁶ DOUE de 14 de noviembre de 2012, n. L 315/57, pp. 57-73 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:315:FULL&from=HU> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	3 de abril de 2014	Orden europea de investigación en materia penal ³²⁸ .	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2014/41/CE
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	3 de abril de 2014	Embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE ³²⁹ .	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2014/42/UE
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	16 de abril de 2014	Sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva sobre abuso de mercado) ³³⁰	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2014/57/UE
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	15 de mayo de 2014	Relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo ³³¹	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2014/62/UE
Aproximación legislativa	Normas mínimas comunes del proceso penal	9 de marzo de 2016	Por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio ³³²	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2016/343
Aproximación legislativa	Normas mínimas comunes del proceso penal	11 de mayo de 2016	Garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales ³³³	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2016/800/UE
Aproximación legislativa	Normas mínimas comunes del proceso penal	26 de octubre de 2016	Asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención ³³⁴	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2016/1919/UE
Aproximación legislativa	Lucha contra el terrorismo	27 de abril de 2016	Relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave ³³⁵	Directiva del Parlamento Europeo	2016/681

³²⁷ DOUE de 6 de noviembre de 2013, n. L 294, pp. 1-12, accesible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0048> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²⁸ DOUE de 1 de mayo de 2014, n. L 130/1, pp. 1-36, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32014L0041> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³²⁹ DOUE de 29 de abril de 2014, n. L 127/39, pp. 39-50, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³⁰ DOUE de 12 de junio 2014, n. L 173, pp. 179-189 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0057&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³¹ DOUE de 21 de mayo de 2014, n. L 151, pp. 1-8 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0062&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³² DOUE de 11 de marzo de 2016, n. L. 65, pp. 1-11, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³³ DOUE de 21 de mayo 2016, n. L 132, pp. 1-20, accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_2016.132.01.0001.01.SPA (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³⁴ DOUE de 4 de noviembre de 2016, n. L 297, pp. 1-8, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32016L1919> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

				y del Consejo	
Aproximación legislativa	Lucha contra el terrorismo	15 de marzo de 2017	Relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo ³³⁶	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2017/541/UE
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	5 de julio de 2017	Sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal ³³⁷	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2017/1371
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	23 de octubre de 2018	Relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal ³³⁸	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2018/1673/UE
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	14 de noviembre de 2018	Sobre el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso ³³⁹	Reglamento (UE)	2018/1805
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	14 de noviembre de 2018	Relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n. 1077/2011 ³⁴⁰	Reglamento	2018/1726
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM	28 de noviembre de	Relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se	Reglamento	2018/1862

³³⁵ DOUE de 4 de mayo de 2016, n. L 119, pp. 132-149, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0681&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³⁶ DOUE de 31 de marzo de 2017, n. L 88, pp. 6-21, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0541&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³⁷ DOUE de 28 de julio de 2017, n. L 198, pp. 29-41 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L1371&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³⁸ DOUE de 12 de noviembre de 2018, n. L 284, pp. 22-30 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1673&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³³⁹ DOUE de 28 de noviembre de 2018, n. L 303, pp. 1-38, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018R1805&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴⁰ DOUE de 21 de noviembre de 2018, n. L 295, pp. 99-137 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018R1726&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

	y agencias europeas	2018	modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) n. 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión ³⁴¹		
Aproximación legislativa	Lucha contra la corrupción, cibercrimen, fraude y blanqueo de capitales	17 de abril de 2019	Sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo ³⁴²	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2019/713/UE
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	17 de abril de 2019	Por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726 ³⁴³	Reglamento	2019/816
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	20 de mayo de 2019	Relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración y por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 y (UE) 2019/816 ³⁴⁴	Reglamento	2019/818
Reconocimiento mutuo	Intercambio de información entre EEMM y agencias europeas	17 de abril de 2019	Por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y por la que se sustituye la Decisión 2009/316/JAI ³⁴⁵	Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo	2019/884

Figura n.4. Instrumentos procesales basados en los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa. Fuente: elaboración propia en base a la información en la página oficial del Parlamento Europeo (<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/155/judicial-cooperation-in-criminal-matters>) y página oficial <https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/libcategories/EN/168/-1/-1/-1> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴¹ DOUE de 7 de diciembre de 2018, n. L 312, pp. 56-106, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018R1862&from=en> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴² DOUE de 10 de mayo de 2019, n. L 123, pp. 18-29, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0713&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴³ DOUE de 22 de mayo de 2019, n. L 35, pp. 1-26 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0816&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴⁴ DOUE de 22 de mayo de 2019, n. L 135, pp. 85-135 accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0818&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴⁵ DOUE de 7 de junio de 2019, n. L 151, pp. 143-150, accesible en <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/884/oj> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

5. Principales obstáculos de carácter jurídico-político para la consolidación del ELSJ en referencia a la erradicación de la violencia contra las mujeres

A pesar de la dificultad de analizar el contexto histórico político y cultural en el que se desarrolla la existencia al no disponer de la retrospectiva de la distancia temporal y espacial que facilita la comprensión, podemos decir que la presente memoria de tesis doctoral pretende ser producto de su tiempo. En este sentido, no podemos dejar de mencionar algunas consideraciones en cuanto a aquellos aspectos que entendemos como obstáculos para una UE que, aunque consolidada, se enfrenta a grandes retos.

En primer lugar, desde una perspectiva jurídica, como hemos mencionado con anterioridad, la Comisión Europea en 2017 señalaba cinco posibles escenarios para la UE en 2025, una fase post-Brexit³⁴⁶. En lo que respecta al ELSJ, de los cinco escenarios que se proponen, el quinto “Hacer mucho más conjuntamente”, es el que supone un auténtico paso adelante al priorizar la defensa y la seguridad, potenciándose la cooperación, y el esfuerzo decidido de compartir más competencias y recursos, asegurando el respeto y garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía, apostando, además por un Parlamento Europeo con un papel relevante³⁴⁷.

Sin embargo, parece que nos encontramos en el escenario tres “Los que desean hacer más, hacen más”. El hecho de que la regulación de la Fiscalía Europea haya salido adelante a través de una cooperación reforzada entre 16 EEMM³⁴⁸ pone de relieve cómo este “hacer mucho más conjuntamente” se ha quedado en “quienes quieran hacer mucho más”.

Desde la perspectiva política, la ciudadanía europea como principal beneficiaria de dicha unión presenta una reacción ante las decisiones y políticas de la UE. De conformidad con los datos que aporta la Comisión Europea, la confianza en la UE es predominante en 17 EEMM de la UE. Las cifras más altas se recogen en Lituania (65%), Dinamarca (60%) y Suecia (59%). Seguidos por los resultados en los Países Bajos (57%), Malta (56%), Portugal (55%), Estonia y Bulgaria (ambos 53%), Luxemburgo, Finlandia y Bélgica (el 52%) y Alemania (51%). Los resultados menos elevados se recogen en Grecia (26%), el Reino Unido (31%), República Checa (32%) y España (33%). En 10 EEMM hay una mayoría que no confía en la UE. Presentándose

³⁴⁶ DE WITTE, Floris, “Interdependence and contestation in European Integration”, *European Papers* 2018, n. 2, vol. 3, , pp. 475-509, esp. p. 495 y ss, donde la autora relaciona la comunicación de la intención de abandonar la UE por parte de Reino Unido con la falta de canalización de las respuestas, reticencias y debates dentro de la UE sobre las políticas más importantes. Accesible en http://www.europeanpapers.eu/sites/default/files/EP_eJ_2018_2.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴⁷ COM (2017) 2025 de 1 de marzo de 2017, Comisión Europea, *Libro blanco sobre el futuro de Europea. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025*, esp. p. 24, accesible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/libro_blanco_sobre_el_futuro_de_europa_es.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁴⁸ Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, DOUE de 31 de octubre de 2017, n. L 283, pp. 1-71. Los 16 Estados son Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Portugal, República Checa y Rumanía.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

un empate en Hungría (48%)³⁴⁹. Si bien, con anterioridad a las elecciones de mayo de 2019 se realizaron de nuevo encuestas arrojando datos muy positivos en cuanto a la apreciación de los beneficios de la pertenencia a la UE en países como España (75%) siendo la media europea de 68%³⁵⁰.

Unos datos que al ser desagregados según sexo y edad muestran que a la hora de pensar en el futuro de la UE, “*el incremento del uso de energías renovables en la UE*” y “*un gobierno real en toda la UE*” son señalados como objetivos a alcanzar por más hombres que mujeres. Mientras que más mujeres que hombres señalan “*la igualdad de género en toda la UE*” y “*la reducción de los desperdicios de la comida en la UE*” como objetivos deseables. Las personas entre 15 y 24 años citaron en su mayoría “*el acceso igual y justo a la educación en la UE*” y “*la igualdad de género*”, mientras que las personas mayores de 55 señalaron “*una pensión mínima garantizada en la UE*”³⁵¹.

Estos datos relativos a la confianza y el futuro de la UE se han de poner en relación con la coyuntura histórica. En la Cumbre de Bratislava en 2016 (primera cumbre europea tras el Brexit), el entonces presidente de la Comisión, JEAN-CLAUDE JUNCKER en su discurso sobre el estado de la Unión señalaba que la UE estaba atravesando una “*crisis existencial*”. En la primera parte del discurso aludía a la prioridad que habían tomado los temas “*domésticos*” en detrimento del tratamiento común de los problemas que existen a lo largo de la UE. Es significativo que en este discurso donde menciona “*la importancia de la paz, la libre circulación de trabajadores, la lucha contra la discriminación y el racismo, la posición contra la pena de muerte, la importancia de la independencia judicial, el comercio entre vecinos, los datos personales, equidad salarial, protección de consumidores y trabajadores, el sector siderúrgico, el sector agrícola, el euro, el despliegue de la tecnología 5G, el acceso inalámbrico gratuito a internet, empoderamiento de artistas, unión de mercados capitales, la importancia de la inversión en la UE y en África y países colindantes con la UE, y la inversión en los jóvenes, la defensa contra el terrorismo y la acción por el clima*”, no encontrara la ocasión de referirse o mencionar la lucha contra la violencia contra las mujeres. Un fenómeno delictivo que afecta a 55 millones de europeas conforme a la Macroencuesta de 2014 llevada a cabo por la agencia europea “*Fundamental Right Agency*”³⁵².

³⁴⁹ Standard Eurobarometer 90 Autumn 2018, Public opinion in the European Union, November 2018, <http://ec.europa.eu/comfrontoffice/publicopinion/index.cfm> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

³⁵⁰ Vid. Eurobarómetro de primavera de 2019 del Parlamento Europeo, <http://www.europarl.europa.eu/spain/resource/static/files/PDF/2019/es-es-factsheet-parlemeter-2019.pdf> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019) y <http://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/eurobarometer/2019/parlemeter-2019/report/en-eurobarometer-2019.pdf> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

³⁵¹ Comisión Europea, Special Eurobarometer 479, October - November 2018.

³⁵² Discurso sobre el Estado de la Unión 2016, “*Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad*”, accesible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-3043_es.htm (Último acceso: 9 de diciembre de 2019). (accesible en <https://fra.europa.eu/en/survey/2012/survey-gender-based-violence-against-women> -Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

El entonces vicepresidente de la Comisión Europea, FRANS TIMMERMANS, afirmaba que la situación europea puede definirse como una “*multicrisis con cinco causas determinantes*”: Brexit, llegada masiva de inmigrantes, la austeridad fiscal, las amenazas geopolíticas de Donald Trump y Vladimir Putin y la proliferación de democracias “iliberales” en Hungría y Polonia.

En relación a esta situación, es interesante el análisis de WOLFGANG MÜNCHAU, director adjunto del periódico *Financial Times*, señalaba en 2016³⁵³ cuatro errores causantes de la situación actual de la Unión Europea: “*una moneda única sin unión ni fiscal ni bancaria, Espacio Schengen sin una política común de fronteras y ni de inmigración, ampliaciones territoriales en contra de los criterios exigidos por la propia UE desde Copenhague en junio del 93 y una eurozona sin los mecanismos políticos y económicos de coordinación y compensación necesarios para hacer frente a crisis graves*”.³⁵⁴

A esta situación a que se enfrenta la UE debemos añadir el contexto político de los EEMM. Teniendo presente las instituciones con competencias legislativas, la repercusión jurídica es patente dada la relación “sistema legal-poder legislativo” que existe en las sociedades democráticas donde la ordenación jurídica no es sino la plasmación de las iniciativas políticas con capacidad y legitimidad de cada momento histórico. Fijándonos en la composición de las dos instituciones de la UE con competencia para adoptar legislaciones, Parlamento Europeo y Consejo, hemos de apuntar que, conforme a las elecciones de mayo de 2019³⁵⁵, de los y las 751 miembros del Parlamento Europeo elegidos y elegidas directamente por la ciudadanía europea, representando 212 diferentes partidos políticos³⁵⁶ se integran por 96 diputados elegidos en Alemania, 18 en Austria, 21 en Bélgica, 17 en Bulgaria, en Chequia 21, en Chipre 6, en Croacia 11, en Dinamarca 13, en Eslovaquia 13, en Eslovenia 8, en España 54, en Estonia 6, en Finlandia 13, 74 en Francia, en Grecia 21, en Hungría 21, en Irlanda 11, en Italia 73, en Letonia 8, en Lituania 11, en Luxemburgo 6, en Malta 6, en Países Bajos 26, en Polonia 51, en Portugal 21, Reino Unido 73 en Rumanía 32 y en Suecia 20.

La Comisión Europea tiene 32 escaños y el Consejo de la Unión Europea otros 32 escaños. En el período de 2019 a 2024 el 41% de miembros del Parlamento Europeo son mujeres. Una cifra que muestra un sentido ascendente desde 1979³⁵⁷. Siendo Finlandia el Estado con mayor representación de mujeres (76,92%) seguido por Hungría (54,55%) y Malta y Suecia con 50% de hombres y 50% de mujeres. Por su parte, los

³⁵³ Vid. Su artículo *A history of errors behind Europe's many crises*, *Financial Times*, de 29 de marzo de 2016.

³⁵⁴ Ideas referidas por Felipe Sahagún en la Conferencia “¿Qué hacer con Europa? Errores y retos del sueño de la Unión Europea, en el Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, 10 de octubre de 2016 accesible en el canal oficial de dicha Universidad <https://www.youtube.com/watch?v=YKJ2IJ73--k> (Último acceso: 9 de diciembre de 2018).

³⁵⁵ Vid. <https://www.elecciones-europeas.eu/resultados-de-las-elecciones> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁵⁶ Informe del Parlamento Europeo Review of European and national election results. Directorate-General for Communication Public Opinion Monitoring Unit September 2018 - PE 625.195, esp. p. 14, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/press/eurobarometres/2018/625195/PE-EB_SA\(2018\)625195_XL.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/press/eurobarometres/2018/625195/PE-EB_SA(2018)625195_XL.pdf) (Último acceso: 9 de diciembre de 2018).

³⁵⁷ *Ibidem*, esp. p. 10.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Estados con infrarrepresentación de mujeres son Estonia y Chipre (ambos con 16,67%). El 41% de los 751 escaños son ocupados por mujeres.

En el Parlamento Europeo están representados ocho grupos políticos de diferente corriente ideológica. Están agrupados en:

- EPP: Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata-Cristianos) (182 escaños, de los cuales 59 mujeres).

- S&D: Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo: (154 escaños, con 66 mujeres)

- Renew Europe (antiguo ALDE: Alianza de los Demócratas y Liberales por Europa) (108 escaños, de los cuales 49 son mujeres).

- Greens/EFA: Los verdes/Alianza Libre Europea (74 escaños, de los cuales 39 son mujeres).

- ID- Identidad y Democracia (73 escaños, 28 mujeres)

- ECR: Conservadores y Reformistas Europeos (62 escaños, 17 mujeres)

- GUE/NGL: Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica (41 escaños, 19 mujeres).

- No inscritos (57 escaños, 16 mujeres)

Dos menciones podrían hacerse al respecto. Por un lado, habríamos de analizar cada programa político de cada grupo político para entender cómo abordan la violencia contra las mujeres y su incidencia en el ELSJ y qué propuestas tiene al respecto. En segundo lugar, podríamos analizar la incidencia del porcentaje de participación en las elecciones europeas para analizar el grado de compromiso en la vida democrática de la UE de la ciudadanía de cada Estado Miembro. Dado que se trata de dos asuntos de eminente carácter sociológico, podemos detenernos meramente en algunas notas singulares. En referencia a este segundo asunto, en general la participación en las elecciones europeas ha sido la más elevada de su historia, habiendo participado el 50,62% de los y las electores/as. En concreto experimentó una subida del porcentaje de participación en Alemania, Austria, Chequia, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Rumanía y Suecia³⁵⁸. Un dato muy positivo que puede ser interpretado como un síntoma de la importancia que la ciudadanía europea le otorga a la UE en sus decisiones políticas, la toma de conciencia de los retos a los que se enfrenta la UE y los recientes acontecimientos políticos ligados a movimientos y partidos que pueden ser catalogados como de extrema derecha que van tomando peso en parlamentos nacionales, ejecutivas nacionales y en general, en las distintas comunidades políticas alrededor del mundo³⁵⁹.

Es interesante subrayar que sea el Parlamento Europeo la institución de la UE con mayor representación de mujeres, 41%, siendo un tercio las mujeres comisarias y

³⁵⁸ Vid. <https://resultados-elecciones.eu/participacion/> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁵⁹ Vid. SNYDER, Timothy, *El camino a la no libertad*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2018.

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

suponiendo una representación mucho menor en el Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

En cuanto a los programas políticos, en el Parlamento Europeo aparecen representantes de partidos catalogados como de extrema derecha, partidos euroescépticos o directamente contrarios a la UE³⁶⁰. En concreto se señalan 21 partidos políticos de extrema derecha con representación en el Parlamento Europeo, habiendo sido elegidos en su mayoría en Italia, Hungría, Francia, Polonia y Reino Unido. Un total de 135 escaños.

El Grupo político europeo S&D, tiene en su página web un apartado concreto respecto a los derechos de las mujeres y la lucha contra la violencia de género, donde específicamente se refiere a cómo la Comisión Europea ignora la llamada del Parlamento Europeo para la promulgación de una legislación para combatir la violencia contra las mujeres aludiendo al carácter endémico de los datos que arroja estos delitos³⁶¹. El grupo político EPP se refiere en su página web a la eliminación de la discriminación por motivos de género aludiendo a la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y señala de forma general “*combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas para garantizar que se proteja a las víctimas y se castigue a los autores*”.³⁶² Respecto al grupo *Renew Europe* aparece en su Manifiesto como prioridad combatir la violencia contra las mujeres y el llamamiento para la ratificación del Convenio de Estambul.³⁶³ El Grupo Greens/EFA tiene en su página web una extensa información sobre su posicionamiento en cuanto a la igualdad de género y la violencia contra las mujeres demandando de forma específica una directiva contra la violencia basada en el género³⁶⁴. En cuanto al grupo ECR, aparece información respecto a la lucha contra la mutilación genital femenina³⁶⁵. Sin embargo, es significativo que en su documento acerca de los logros del partido de fecha julio de 2019³⁶⁶ no menciona en ninguna ocasión las palabras “*women*”, “*woman*” o “*gender*”, apareciendo la palabra “*terrorism*” en seis ocasiones, “*financiamiento*” en cuatro ocasiones, “*asylum*” en siete ocasiones, “*christians*” en cuatro ocasiones y “*sovereignty*” en una ocasión. Respecto al grupo GUE/NGL, en su página web señala el feminismo como tema principal

³⁶⁰ El partido político polaco Ley y Justicia, el partido británico no europeísta. El partido del Brexit, Alternativa para Alemania, Europa de la Libertad y la Democracia Directa, Europa de las Naciones y las Libertades, el partido húngaro Fidesz, el partido español Vox, Demócratas de Suecia, Partido de los verdaderos Finlandeses, Partido Popular Nueva Eslovaquia, la Alianza Neoflamenca.

³⁶¹ Mencionan que 7 mujeres son asesinadas cada día en la UE, y una de cada 3 mujeres ha sido agredida sexual y/o físicamente al menos una vez en su vida en la UE. Vid. <https://www.socialistsanddemocrats.eu/womensrights> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁶² Vid. <https://www.eppgroup.eu/es/como-trabajamos/grupos-de-trabajo/grupo-de-trabajo-de-asuntos-juridicos-y-de-interior/derechos-de-la-mujer-e-igualdad-de-genero> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁶³ Vid. https://www.aldeparty.eu/sites/alde/files/40-Resolutions/2019_freedom_opportunity_prosperity_the_liberal_vision_for_the_future_of_europe_0.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁶⁴ Vid. <https://www.greens-efa.eu/en/article/news/time-to-smash-the-gender-backlash/> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁶⁵ Vid. https://ecrgroup.eu/article/ecr_meps_call_on_the_commission_to_fight_female_genital_mutilation (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁶⁶ Vid. https://ecrgroup.eu/files/ECR_Achievements_2019.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

especificando la necesidad de una estrategia real para erradicar la violencia contra las mujeres y niñas y está señalada como prioridad número 10 demandando que el 5% del presupuesto de la UE se destine a este fin, obligando a los EEMM a garantizar de forma efectiva la acción para la erradicación de este delito, pero sin referirse a la necesidad de un marco común que aproxime las legislaciones europeas en la materia³⁶⁷. En cuanto al grupo *Libertad y Democracia*, compuesto por integrantes de partidos de extrema derecha como Marine Le Pen o Matteo Salvini, no se refiere a la erradicación de la violencia de género en ninguna de sus informaciones, mostrándose en contra de la categoría “género”.

En resumen, 228 escaños, de un total de 751, ocupados por europarlamentarias/os cuyos grupos políticos (S&D y Green/EFA) se postulan a favor de una directiva sobre la violencia contra las mujeres de forma directa y expresa.

A todo este panorama que se presenta en el Parlamento Europeo debemos añadir la situación de los Gobiernos de los EEMM, dado que son los y las ministros y ministras quienes se reúnen en el Consejo *para debatir, modificar y adoptar leyes y coordinar las políticas nacionales*³⁶⁸. Su composición la podemos sintetizar gráficamente en este mapa.

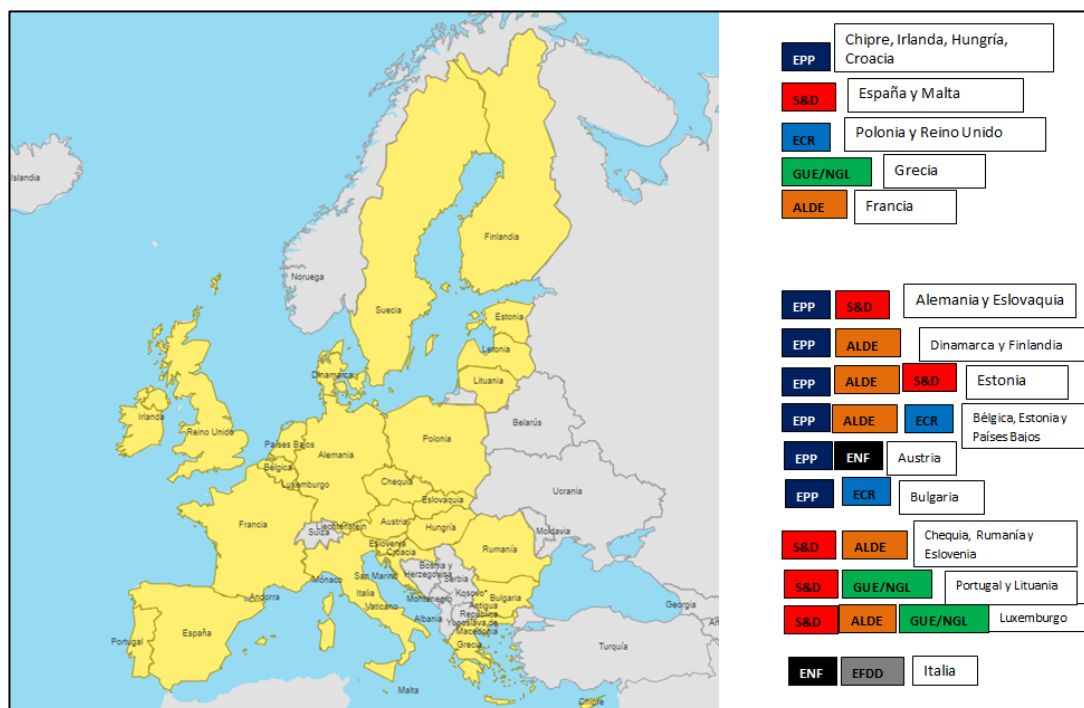


Figura n.5. Composición política de los Gobiernos de los EEMM. Fuente: elaboración propia.

³⁶⁷Vid. <https://www.guengl.eu/european-parliament-election-2019/>

<https://www.guengl.eu/content/uploads/2019/07/10demands.pdf> (Último consulto: 26 de agosto de 2019).

³⁶⁸ Vid. Página oficial https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu_es (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 1.- Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Retos y desafíos históricos actuales

Un arduo trabajo debería realizarse señalando las votaciones en sede parlamentaria europea respecto a instrumentos de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa como por ejemplo, en la Directiva 2012/29/CE, el *sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, respecto del cual votaron en contra un miembro del grupo ECR (Branislav Škripek) y tres miembros del grupo PPE (Marijana Petir, Michaela Šojdrová, Anna Záborská), absteniéndose un miembro de ECR (Helga Stevens) y un miembro independiente (Udo Voigt)³⁶⁹.

Terminamos apuntando la dificultad de materializar la idea de una UE con un papel más activo como constructora del mundo futuro a la que aludió el expresidente del Parlamento Europeo, JEAN-CLAUDE JUNCKER, en su discurso sobre el estado de la UE en septiembre de 2018³⁷⁰ y a la que alude la nueva presidenta de la Comisión ÚRSULA VON DER LEYEN en su agenda 2019-2024³⁷¹. Vemos que nos encontramos en un momento político donde es difícil que se alcancen consensos sobre materias como la violencia contra las mujeres que tocan aspectos relacionados con la ideología, las creencias y tradiciones cuyo respeto está garantizado por el TFUE aún la necesidad de tender a la cooperación judicial y el desarrollo de sus principios, reconocimiento mutuo y aproximación legislativa.

³⁶⁹ Informe “On the implementation of Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime (2016/2328(INI)), anterior a las elecciones de mayo de 2019, accesible http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0168_EN.html#title3 (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁷⁰ Accesible en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/soteu2018-speech_en_0.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2018).

³⁷¹ Vid. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_es (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- UN DERECHO PROCESAL PENAL ¿EUROPEO? Y ¿PRO VICTIMA?

Señala MAR JIMENO BULNES que “*el proceso europeo está constituido por los distintos procedimientos, en puridad procesos, pese a la inadecuada traducción española de “recursos” contemplados en el TFUE*”³⁷². En concreto en los artículos 258 y siguientes del TFUE se prevén los recursos de anulación, incumplimiento, omisión, indemnización, contencioso de funcionariado y cuestión prejudicial. Así, en puridad, cuando hablamos de proceso europeo nos estamos refiriendo a los distintos recursos que pueden presentarse ante el TJUE. Sin embargo, en este Capítulo cuando hablamos de “proceso europeo” nos estamos refiriendo a aquellas prescripciones de carácter procesal que, ya sea por vía legislativa o ya sea por vía jurisprudencial, son impuestas por la UE a los EEMM fundamentada en la habilitación legal aproximadora conforme a los artículos 81 y 82 TFUE³⁷³ y a la obligatoriedad de ejecutar las sentencias del TJUE prescrita en el artículo 280 TFUE. Consideramos esencial, asimismo, referirnos al mismo tiempo a las disposiciones de carácter procesal que son exigidas por el CEDH así como la interpretación casuística que del CEDH (y sus Protocolos) realiza el TEDH. Dicha referencia se basa en diferentes argumentos como el hecho de que todos los EEMM son parte del Consejo de Europa, el CEDH está expresamente mencionado en los artículos 52.3 y 53 de la CDFUE, las constantes referencias que el TJUE realiza en sus sentencias de la jurisprudencia del TEDH, la correspondencia que desde la UE realiza entre la CDFUE y el CEDH³⁷⁴, así como la innegable aportación que el TEDH realiza en la determinación y precisión del alcance procesal de los derechos proclamados en el CEDH³⁷⁵.

Abordamos en este Capítulo dos fenómenos jurídicos que tanto conviven como se alternan en el ELSJ:

- el carácter holístico de la normativa procesal de la UE derivado de la superación de la UE como un mero organismo supranacional y, de esta forma, creando un verdadero *corpus iuris* para los EEMM,

- y, a su vez, de forma coincidente o alternativa (cuando la posibilidad de su existencia o coerción sea puesta en duda), los instrumentos normativos europeos que provocan modificaciones en los procesos nacionales provocando la llamada europeización de los procesos siguiendo a MAR JIMENO BULNES³⁷⁶.

³⁷² JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*, op. cit., esp. pp. 19-20.

³⁷³ Así también en JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Lección inaugural del curso académico 2018-2019, op. cit. sp. p. 17.

³⁷⁴, Explicaciones sobre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea Vid.DOUE de 14 de diciembre de 2007, n.C-303, pp. 17-35, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN) (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁷⁵ Es interesante mencionar que, a su vez, el TEDH se refiere a la jurisprudencia de otros tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos humanos (Vid. Apartado 84 a 86 STEDH caso Opuz c. Turquía de 2009, donde se refiere a los casos Velázquez-Rodríguez c. Honduras y María Da Penha c. Brasil).

³⁷⁶ JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*, op. cit., esp. p.18.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿*pro victima*?

Teniendo presente estas líneas previas, en este Capítulo tratamos de analizar si existen unas delimitaciones comunes que provoquen la posibilidad de distinguir un proceso penal europeo y cómo la jurisprudencia europea se constituye como herramienta esencial de aproximación de determinadas normas e interpretaciones de carácter procesal.

1. Proceso penal europeo vs. Procesos penales nacionales europeizados

El proceso penal ha sufrido una evolución transformadora radical desde un momento primigenio en el que podemos atisbar un primer germen de proceso penal. SILVIA BARONA detalla esta evolución hasta llegar al momento actual³⁷⁷. La autora recoge la idea de la sociedad líquida de ZYGMUNT BAUMAN y describe a una sociedad del Siglo XXI “*convulsionada por el terrorismo internacional en la que se han instalado la inseguridad, el terror, el miedo, alterando los viejos cimientos del estado social, garantista, basado en el equilibrio entre la libertad y la seguridad*”, (...) que ha supuesto la “*evanescencia de los derechos, la exigencia de una venganza dura e instantánea, que rompe barreras, que instala instituciones ya abandonadas, que exige dureza y que arrastra una pérdida de las libertades*”.³⁷⁸ SILVIA BARONA entiende que se ha producido una *readaptabilidad* del modelo de “*Justicia con criterios discriminatorios y de privilegio de grupos o clases*”³⁷⁹. Con todo ello la autora subraya dos ideas esenciales que caracterizan el proceso penal actual. Por un lado, la extensión del fenómeno del neopunitivismo (con la expansión del Derecho Penal). Por otro, la aparición de una Justicia Penal “*Glocalizada*” en el sentido de mantenimiento del ofrecimiento de garantías a la ciudadanía que se ofrece desde el ámbito de lo local, incorporando lo que globalmente “*permite a las sociedades avanzar*”³⁸⁰. No queremos dejar pasar la oportunidad de apuntar alguna consideración respecto a la extensión de las características de la modernidad líquida de BAUMAN al proceso penal del siglo XXI que SILVIA BARONA señala³⁸¹. Esta calificación del proceso penal como “*líquido*” motivado por una denominada sociedad “*líquida*”, nos invita a reflexionar sobre qué ha causado una quiebra, a la que aluden determinados sectores, del *status quo* hasta ahora mantenido y que se valore como “*líquido*” el proceso penal. Es significativo que esta calificación de la sociedad y el proceso penal como “*líquida/o*” coincide en el tiempo precisamente con la toma de relevancia, en determinados aspectos, de la teoría feminista así como otros discursos y movimientos sociales como los relacionados con las minorías étnicas y personas racializadas, el movimiento LGTBIQ, las personas con diversidad funcional, personas con la capacidad judicialmente modificada. Relevancia

³⁷⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

³⁷⁸ *Ibidem.* p. 20.

³⁷⁹ *Ibidem.* p. 23.

³⁸⁰ *Ibidem.* esp. p. 23.

³⁸¹ BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia”, en VV.AA., *Análisis de la Justicia desde una perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 30-70.

que ha supuesto su progresiva y parcial positivación en el Derecho³⁸². Es decir, lo que SILVIA BARONA entiende como una “licuefacción” del modelo de Justicia clásico relacionándolo con la Globalización y su capacidad destructiva, así como la difusión del alarmismo y los sentimientos de miedo e incertidumbre³⁸³ está ligado en gran medida con una de las características que señala de esa modernidad líquida procesal: la aparición de nuevos protagonistas. Lo que queremos poner de manifiesto es que la crítica que se puede realizar desde el feminismo a la teoría de ZYGMUNT BAUMAN es que aquello juzgado como líquido corresponde con una visión ligada a las cuestiones identitarias de quien lo juzga líquido³⁸⁴.

Retomando la cuestión de la diversidad de sistemas procesales, nos encontramos con una específica dificultad a la hora de abordar la existencia de unas notas comunes en los ordenamientos procesales de los EEMM derivadas de las directrices normativas y jurisprudenciales tanto de la UE como del Consejo de Europa. A saber, la propia evolución que ha desarrollado, y desarrolla en la actualidad cada ordenamiento procesal nacional a la luz de los que SILVIA BARONA cataloga como la adaptación del proceso penal a la neomodernidad³⁸⁵. En esta línea, como señala MAR JIMENO BULNES “*no existe un proceso penal “puro” dado que los diversos sistemas procesales penales son producto de la interrelación y combinación de las diferentes tradiciones legales*”³⁸⁶. Lo que, sin duda, hace más compleja tanto la labor investigadora de comparación de legislaciones procesales así como la consideración de la propia integración o europeización de los sistemas procesales nacionales.

SILVIA BARONA identifica los Siglos XII y XIV como el período en el que se fue constituyendo en el sistema legal del *civil law* del continente “*en aquellos territorios con la influencia del derecho romano, el modelo procedimental romano-canónico, un modelo que fue separándose de otro que había ido construyéndose especialmente en Inglaterra, el denominado modelo common law*”³⁸⁷. El modelo *common law* es definido por la autora como “*derecho producido por juristas prácticos, hombres de la práctica*” dado que se materializaba en las resoluciones caso por caso (papel trascendental del precedente) por parte de los tribunales locales integrados por hombres formados en las “Inns” –especie de corporaciones locales- ante las peticiones (“*writ*”) planteadas por hombres libres del reino³⁸⁸. El período de tiempo entre 1000 y

³⁸² Por ejemplo, se ha proyectado con intensidad en modificaciones respecto de los delitos contra la libertad sexual o la ampliación de determinadas acciones (y omisiones) consideradas como tipos de violencia de género.

³⁸³ *Ibidem.* esp. p. 38

³⁸⁴ Así, por ejemplo, respecto al amor líquido que enuncia ZYGMUNT BAUMAN, la escritora BRIGITTE VASALLO apunta que se corresponde con la visión de un hombre heterosexual dado que “*Toda la crítica que hace sobre el amor en la contemporaneidad es lo que siempre había sido el amor para las mujeres heterosexuales, que eran tratadas como puros bienes. ¿El club de la mercancía? Bienvenido*”, entrevista accesible en <http://somatents.com/es/magazine-es/entrevista-con-brigitte-vasallo/> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

³⁸⁵ BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia”, esp. pp. 470 y ss.

³⁸⁶ JIMENO BULNES, Mar, “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia* 2013, n. 2, pp. 207-310, esp. p. 212.

³⁸⁷ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso Penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, op. cit., esp. 121.

³⁸⁸ *Ibidem.* esp. p. 122.

1250 es señalado por la autora como el momento en que se produce una gran diferenciación entre ambos modelos. Esta diferenciación estaba marcada por la influencia de la religión cristiana dividiéndose entre quienes sustituyen la idea de juzgar en nombre de dios por la idea de juzgar en nombre del pueblo (entorno del *common law*, dando lugar a la incorporación del jurado quienes asumía una doble condición de testigos y jueces condenada por la teología moral cristiana que defendía la intervención divina en los juicios sobre la culpabilidad. Un dilema moral que renació en Inglaterra en los Siglos VII y XVIII). Mientras que en el continente la doctrina de la Inquisición impone la búsqueda de unos resultados esperados, un procedimiento burocratizado y un método basado en el uso de la tortura en la persona acusada para obtener su confesión.

En el trabajo de ERNESTINE HOEGEN y MARION BRIENEN encontramos un extenso trabajo analizando 22 sistemas penales de Estados europeos. Los autores realizan una clasificación diferenciando entre diferentes modelos: *civil law* –germánico- (Austria, Alemania, Liechtenstein, Turquía), *civil law* –romano- (Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España) *civil law* germánico/romano (Grecia, Suiza), sistema mixto (Chipre, Malta, Escocia), nórdico (Dinamarca, Islandia, Noruega, Suecia), *common law* (Inglaterra y Gales, Irlanda)³⁸⁹. A esta diferenciación hemos de añadir siguiendo a KAI AMBOS que en la UE confluyen 30 ordenamientos jurídicos: 27 EEMM más tres en Reino Unido: Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Escocia³⁹⁰.

Podemos entender la complejidad de una implementación y aplicación similar de las disposiciones normativas de la UE en los diferentes EEMM. Una complejidad que, en un afán por simplificar la labor, no debe llevar a la eliminación y pérdida de las singularidades de cada sistema jurídico sino a la constante actualización de la toma en consideración de qué nos une y nos representa como EEMM de la UE. Y, sin embargo, encontrar el equilibrio entre el respeto de las tradiciones jurídicas procesales nacionales y asumir unas nociones procesales de mínimos compartidas se presenta como la gran labor en la actual evolución de la integración europea. Esta asunción de mínimos jurídicos comunes es lo que ha venido a ser identificada como una suerte de europeización de los sistemas jurídicos europeos; en concreto en el ámbito que nos interesa, una europeización de los procesos penales de los EEMM³⁹¹. No obstante, *strictu sensu*, debemos diferenciar entre un proceso penal europeo y la europeización de los procesos penal nacionales. Así, con TERESA ARMENTA³⁹², mientras que el primero alude al conjunto de normas europeas supranacionales, el segundo es consecuencia de la aproximación de legislaciones.

³⁸⁹ HOEGEN, Ernestine, BRIENEN, Marion, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems*, Wolf Legal Productions (WLP)/Vidya in cooperation with the Global Law Association, 2000, esp. p. 49.

³⁹⁰ AMBOS, Kai, *Derecho Penal europeo*, op. cit, esp. pp. 44 y 45.

³⁹¹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “¿Hacia una europeización del proceso?”, en José Martín Ostos. (Coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 125 y ss.

³⁹² ARMENTA DEU, Teresa, “Armonización de los procesos penales en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal* 2010, n. 22, pp.1-38, esp. p. 2.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

Siguiendo a MARÍA PÍA CALDERÓN, la regulación de normas mínimas de Derecho Penal y Procesal penal se trataría de una aproximación positiva y de mínimos, para diferenciarla de una aproximación negativa y de una aproximación de máximos³⁹³.

Habiendo transcurrido diez años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y todas las modificaciones introducidas en el ELSJ, y en concreto el Espacio de Justicia, es ingente la literatura que encontramos respecto a la reflexión acerca de la aproximación del Derecho Penal y Procesal Penal³⁹⁴. Como mencionamos en el Capítulo Primero, la coyuntura histórico-política actual de nuevo ha situado antiguas ideas nacionalistas en el centro de los debates políticos, así como en el seno de algunas instituciones parlamentarias en distintos EEMM de la UE. En esta línea, un sector de diversa índole identitaria (de diferentes Estados, formaciones, ocupaciones, intereses, ideología, etc.) ve esta “europeización” como una injerencia directa en la soberanía de los EEMM³⁹⁵. En relación con la cuestión de la soberanía, sería necesario recordar que de la misma forma que la adopción de una moneda común fue entendida como manifestación de un acto soberano de cada EEMM que, por tanto, reafirmaba la soberanía, que sean asumidos como normas mínimas predicables en cualquier ordenamiento de un EEMM aquellos conceptos, interpretaciones y nociones jurídicas que han sido puestas en común, debatidas y señaladas como óptimas debería entenderse como un acto soberano. A este respecto y siguiendo a JOHN VERVAELE “*la globalización no acabará ni puede ser detenida por el discurso nacionalista de la soberanía ni el populismo nacionalista*”³⁹⁶. Esto es, de la misma forma que la globalización no se detiene al ser un fenómeno no solo económico sino social, lingüístico, cultural y hasta genético, la visión cada vez más compartida que genera sobre cómo resolver los problemas y la necesidad que impone de asimilar ordenamientos es imparable. Ahora bien, ello no obsta para analizar las ventajas e inconvenientes que todo proceso de globalización supone. Así como el concepto de “McDonalización de la sociedad”³⁹⁷ nos remite a esa idea de la extensión de un modelo

³⁹³ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “¿Hacia una europeización del proceso?”, op. cit, esp. pp. 137 y 141.

³⁹⁴ JIMENOS BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el Siglo XXI*, op. cit., esp. pp. 91 y ss.

³⁹⁵ CUYVERS, Armin, *The EU as a confederal union of sovereign member peoples: exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, Doctoral Thesis, Leiden University, 2013, esp. pp. 312 y ss. El autor diferencia entre una noción externa y una noción interna de la soberanía, siendo la primera una visión estatal y la segunda relativa a la ciudadanía. El autor entiende que en un sistema confederal como el de la UE es la noción externa de la soberanía la que entra en colisión con la progresiva integración europea, mientras que la soberanía interna, la de la ciudadanía, se ve reforzada.

³⁹⁶ VERVAELE, John A.E., “European criminal justice in the European and global context”, *New Journal of European Criminal Law* 2019, n. 10, pp. 1-10, esp. p. 2. (Traducción propia).

³⁹⁷ ¿Supone esta visión compartida y la normativa compartida que impone, o como necesidad o exigencia tácita, lo que el autor George Ritzer denomina una “McDonalización” del mundo? RITZER, George. *La McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, Ariel, S.A.A, Barcelona, 1996. El autor analiza cómo el modelo de negocio del restaurante de comida rápida “McDonald’s” no solo ha generado un enorme volumen de ingresos para el negocio sino dos fenómenos económicos y sociales: la apertura de restaurantes McDonald’s a lo largo de todo el mundo (en países remotos y con una cultura, lengua, costumbres, etc. completamente distintas a estadounidense; y la asimilación de su propuesta de modelo empresarial por diferentes empresas de diversa temática (perfumerías, restaurantes de todo tipo, dentistas, noticias periodísticas, guarderías, tiendas eróticas, etc.). El autor señala la vinculación de la teoría del proceso de racionalización de Max Weber con la propuesta racionalizadora que propone este restaurante de comida rápida basada en la eficacia, el ofrecimiento de un servicio cuantificado y valorado, la previsibilidad del resultado y el control tanto de las personas que entran en el establecimiento (líneas en

de negocio a otros tipos de negocios y de organizaciones basado en la eficacia, la racionalización y el uso de la tecnología, el establecimiento de un proceso penal europeo basado en el derecho a un proceso debido (en su proclamación y desarrollo normativo e interpretación jurisprudencial) aporta racionalidad, seguridad jurídica y protección. Por ello, desde una faceta de aproximación judicial o establecimiento de una interpretación uniforme, la interrelación o diálogo, siguiendo a MAR JIMENO BULNES³⁹⁸, entre tribunales nacionales y europeos es, una constante que genera tanto tensiones institucionales y jurídicas como una progresiva asunción de que, más que en referencia a la clásica jerarquía kelseniana, debemos aludir a los principios de competencia, subsidiariedad, atribución y proporcionalidad. Una idea que favorece la integración y la idea de unión, abandonando antiguas nacional (es)/(istas) reticencias a aceptar una posición superior en la pirámide de la organización judicial conforme la integración de la UE se consolidaba.

Oponernos a lo imparable, a saber, la globalización, el desarrollo tecnológico, el mercado, no solo nos sitúa en el lado oscuro de la historia de la Humanidad y las sombras que ha producido el discurso de “*cualquier tiempo pasado fue mejor*”³⁹⁹, sino que quita tiempo y mina el ánimo de analizar estos cambios (sus raíces, sus efectos, consecuencias, ventajas, inconvenientes) y gestionarlos desde la consideración del respeto de los Derechos Humanos.

Llegados/as a este punto, podemos constatar que existe tanto una europeización de los procesos penales nacionales como un proceso penal europeo tanto por vía legislativa como por vía jurisprudencial. Y, sin embargo, ambos fenómenos se producen de forma simultánea pues ambos surgen como consecuencia de la aprobación de Directivas y Reglamentos europeos referidos a las garantías y derechos procesales de obligada transposición y cumplimiento), así como por el cumplimiento de la doctrina jurisprudencial del TEDH y del TJUE en sede de los tribunales nacionales. En este momento podríamos apuntar que otra de las reacciones contrarias a esta armonización procesal vendría determinada por considerar esta armonización procesal como no necesaria para cumplir con los fines de un espacio de justicia⁴⁰⁰. Y siguiendo a JOHN

el suelo, asientos incómodos, opciones limitadas, etc.) como de los/as trabajadores/as junto con la sustitución de los/as mismos/as por tecnología. Ritzer analiza de forma crítica esta racionalización y comprende que, si bien tiene numerosas ventajas (esp. p. 29 a 31) la misma provoca la irracionalidad y la deshumanización de todas las personas involucradas en el negocio (trabajadores/as y consumidores/as). Ello, no obstante, es muy interesante la enumeración de todas las modificaciones, adaptaciones y cambios que ha llevado a cabo McDonald's a lo largo de su existencia. (esp. pp. 199 y ss.).

³⁹⁸ JIMENO BULNES, Mar, “El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en Derecho Procesal español”, en Fernando Jiménez Conde, Olga Fuentes Soriano, M.ª Isabel González Cano (coords.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Una expresión de Robert Lecourt en *L'Europe des juges*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1976.

³⁹⁹ Una posición nostálgica del pasado reticente a aceptar que la sociedad cambia, observable en su mayoría en quienes ostentan(ban) el poder o una posición (económica, moral, social, sexual, laboral) predominante y ven con temor las posibles consecuencias de la pérdida. Desde Juvenal y sus “Sátiras” de finales del Siglo I d.C. “el pasado”, “lo clásico”, “lo anterior”, han sido glorificados y señalados como el lugar al que volver y mantenerse. La apelación continua a “lo clásico”, “lo anterior”, “la tradición”, pierde de vista que aquello “clásico”, “anterior” y “tradicional” fue juzgado como “novedoso”, “rompedor”, “revolucionario” y “apocalíptico” en una coyuntura histórica previa.

⁴⁰⁰ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *¿Hacia una europeización del proceso?*, op. cit. esp. p. 149.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

VERVAELE, las cuatro políticas que integran el contenido penal del ELSJ (a saber, la armonización de la legislación, la cooperación horizontal, el desarrollo de agencias europeas y el desarrollo de la dimensión exterior de la UE en la esfera penal) apuntan a la externalización de la territorialidad interna como parte de la estrategia global de la UE⁴⁰¹. Una línea estratégica de la que la armonización de la legislación procesal sería pieza clave.

La pregunta que nos podríamos formular a continuación es determinar si se trata de un proceso penal garantista y si es un proceso penal preparado para afrontar los retos del siglo XXI. Para responder a ambas preguntas nos remitimos al siguiente epígrafe donde se detalla una relación de los instrumentos normativos que establecen normas mínimas procesales penales, así como se aportan algunos pronunciamientos del TJUE respecto de los mismos y se exponen las principales líneas interpretativas del TEDH respecto del derecho a un proceso equitativo del artículo 6 CEDH y los distintos derechos que lo integran⁴⁰². Con relación a los retos procesales del siglo XXI, podríamos, en este momento, enunciar algunos temas que centran la atención como el debate sobre el conocido dilema “justicia *versus* seguridad”⁴⁰³, los avances tecnológicos y los cambios que suponen en las relaciones personales, en la comisión de delitos y participación en los mismos, en los medios de prueba, en el desarrollo de los juicios y procedimientos y ejecución de resoluciones judiciales, por último y en relación directa con el tema de este proyecto de tesis, la revisión, redefinición, reinterpretación y elaboración del Derecho para una sociedad más igualitaria desde una perspectiva de género.

2. La configuración de un Derecho Procesal europeo.

Reiteramos que al aludir a un proceso europeo nos estamos refiriendo a los contornos de tipo procesal que pueden distinguirse como exigibles a los EEMM de la UE y a los Estados Parte del Consejo de Europa. Es decir, aquellas líneas básicas mínimas que por vía normativa y jurisprudencial son aplicables en todos los EEMM.

Siguiendo a JOHN VERVAELE la justicia penal europea no se trata solo de armonización ni de europeizar los sistemas penales nacionales sino de compartir políticas y valores comunes⁴⁰⁴. Esta idea la podemos relacionar con la existencia de un

⁴⁰¹ VERVAELE, John A.E., “European criminal justice in the European and global context”, *op. cit.* esp. p. 4.

⁴⁰² LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal* 2000, n.5, pp.303-352.

⁴⁰³ Siguiendo a JOHN VERVAELE la actual armonización del Derecho Penal está ocasionando el secuestro de la Libertad y la Justicia por la Seguridad en el ELSJ. VERVAELE, John A.E., “European criminal justice in the European and global context”, *op. cit.*, esp. p. 6. Un riesgo que el autor no entiende que se produzca respecto de la armonización del Derecho Procesal Penal donde entiende que lo que se produce es una inactividad. En sentido similar, JIMENO BULNES, Mar (dir.), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo: orden de detención europea y garantías procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, esp. Introducción.

⁴⁰⁴ VERVAELE, John A.E., “European criminal justice in the European and global context”, *op. cit.*, esp. p. 9.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

orden público europeo⁴⁰⁵. Unas nociones compartidas sobre seguridad, libertad y justicia. Sin embargo, precisamente la consecución y el respeto de este orden público europeo nos sugiere la necesidad de un sistema penal europeo cuya configuración requiere un impulso más allá de la suma de todos los EEMM⁴⁰⁶. Parece, por tanto, que no basta con la proclamación de una serie de objetivos, políticas y valores comunes sino que se necesita su plasmación, aún de mínimos, en una serie de instrumentos normativos basados en el principio de aproximación/armonización⁴⁰⁷ legislativa. En concreto los podemos reunir en el siguiente gráfico:

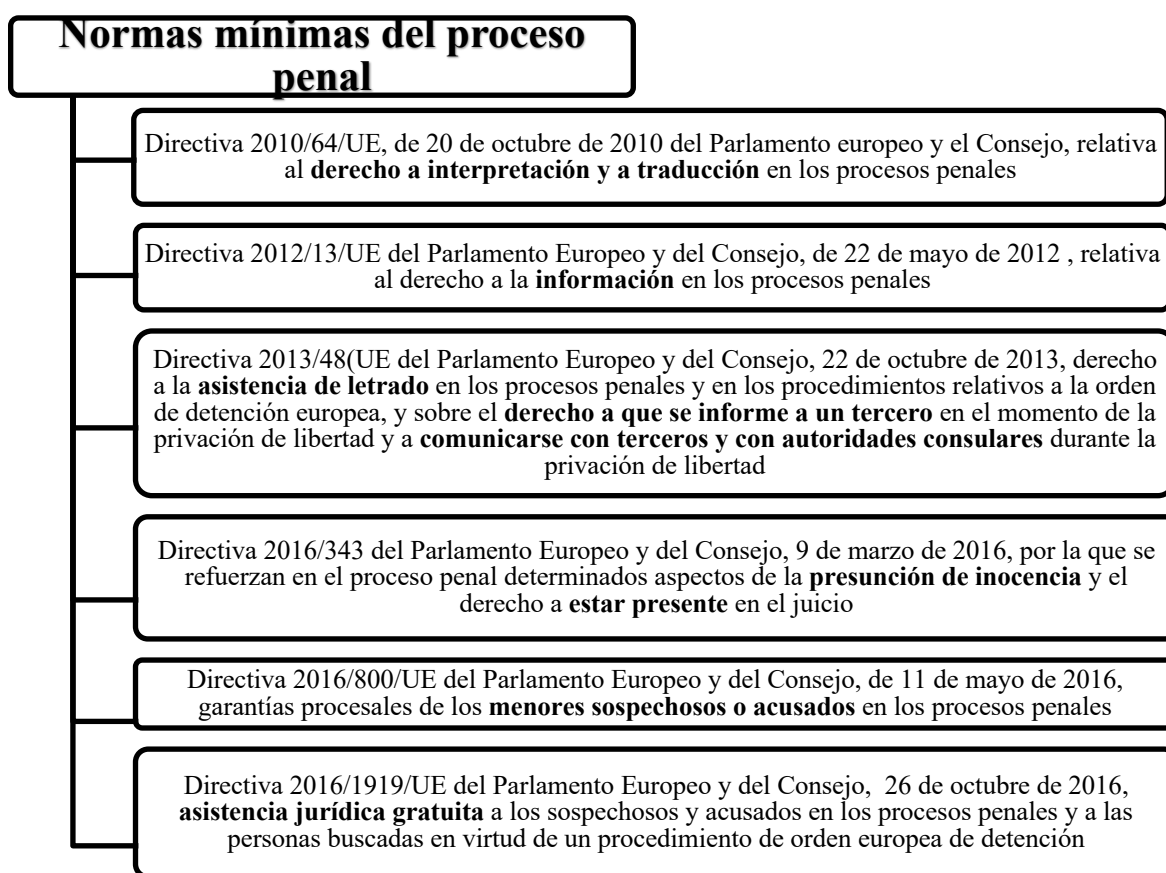


Figura n.6. Normas mínimas del proceso penal.Fuente: elaboración propia en base a la información de la página oficial del Parlamento Europeo

⁴⁰⁵ En el campo de los derechos humanos, el TEDH ha declarado que el CEDH es el instrumento constitucional del orden público europeo. Por ejemplo, en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret anonim Sirketi c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, apartado 156, accesible en [https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-69564%22\]](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#%22itemid%22:[%22001-69564%22]) (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴⁰⁶ POPA, Elena E., “A game of chance. The future of the AFSJ”, *op. cit.* esp. p.44.

⁴⁰⁷ El TJUE utiliza de forma indistinta ambos conceptos. Vid. STJUE (Gran Sala) de 6 de diciembre de 2005, Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-66/04, ECLI:EU:C:2005:743, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56529&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10466665> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

(<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/155/judicial-cooperation-in-criminal-matters>. Último acceso: 28 de agosto de 2019).

Todas estas disposiciones normativas se basan en la habilitación legal que ofrece el artículo 82.2 TFUE.

La incidencia de estas disposiciones en los ordenamientos jurídicos procesales internos es absoluta dado que habrán de ser aplicadas no solo cuando en el ámbito nacional se esté aplicando una normativa de Derecho Derivado de la UE sino también cuando mediante la aplicación de normativa nacional se garantice el cumplimiento y la efectividad del Derecho europeo⁴⁰⁸. Así, se desprende de la STJUE en el asunto *Åklagaren y Fransson*⁴⁰⁹. En concreto en su apartado 19 el TJUE establece que “*cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar, en el marco de una remisión prejudicial, todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar*”. *Sensu contrario*, si la norma nacional no entra dentro del ámbito de aplicación del derecho europeo, no se podrá apreciar esa vinculación con el Derecho europeo ni con la jurisprudencia europea en sede nacional. Con todo ello, parece claro que en el caso de que una materia entre dentro de la esfera de aplicación del Derecho europeo, tanto ésta como la jurisprudencia europea habrán de ser aplicadas por la judicatura nacional con preferencia sobre la legislación nacional por un principio de competencia. En caso de que se presenten dudas sobre la interpretación o aplicación de una disposición del Derecho europeo, el/la juez/a nacional ha de presentar una cuestión prejudicial ante el TJUE, máximo intérprete del derecho europeo⁴¹⁰.

Así, los EEMM están obligados a transponer, aplicar e implementar el derecho europeo de conformidad con los artículos 4.3 TUE así como los artículos 288.3 y 291.1 TFUE. Una obligación cuyo cumplimiento controla la Comisión Europea conforme al artículo 17.1 TUE⁴¹¹. A este propósito en el año 2018 la Comisión inició 644 procedimientos por infracción del Derecho europeo (un 10% menos que los iniciados en 2017) correspondiendo la cifra más alta a los asuntos sobre mercado interior, industria, emprendimiento y pymes y siendo Chipre el Estado más requerido⁴¹². En el ámbito de la

⁴⁰⁸ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal” en Fernando Jiménez Conde (dir.), Olga Fuentes Soriano y M^a Isabel González Cano (coords). *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, op. cit, pp. 43-58, esp. p. 45.

⁴⁰⁹ STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134202&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10288632> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴¹⁰ Vid. tesis irigida por Ernesto Pedraz Penalva, JIMENO BULNES, Mar, *La cuestión prejudicial del art. 177 del tratado de roma (TCEE)*, Universidad de Valladolid, 1992.

⁴¹¹ Vid. Comunicación de la Comisión - Derecho de la UE: mejores resultados gracias a una mejor aplicación, C/2016/8600, DOUE de 19 de enero de 2017, n.C 18, pp. 10-20, accesible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2017.018.01.0010.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2017%3A018%3ATOC#nr10-C_2017018EN.01001001-E0010 (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴¹² Comisión Europea, Annual reports on monitoring the application of EU law-2018-, 4 de julio de 2019, accesible en https://ec.europa.eu/info/publications/2018-commission-report-and-factsheets-monitoring-application-eu-law_en (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿*pro victima*?

Justicia, la Comisión se refiere en concreto a la vulneración del principio de independencia judicial en la legislación polaca, la legislación húngara que criminaliza actividades en apoyo de solicitantes de asilo y residencia⁴¹³, inició un procedimiento contra 17 EEMM por no haber transpuesto la Directiva 2016/680⁴¹⁴, inició un procedimiento de infracción contra Bulgaria, España, Luxemburgo y Austria por no haber transpuesto la DEIO, contra 14 EEMM por no haber transpuesto la Directiva 2016/68⁴¹⁵ y contra 16 EEMM por no haber transpuesto a tiempo la Directiva 2017/541⁴¹⁶. El TJUE dictó 32 sentencias en relación con procedimientos de infracción fallando en 31 de los casos en favor de la Comisión. El TJUE impuso sanciones pecuniarias a Grecia (10 millones de euros en un caso y 5 millones de euros en otro), España (12 millones de euros), Italia (condenada en costas) y Eslovaquia (condenada en costas)⁴¹⁷.

Con todo ello, podemos afirmar que de igual forma que la progresiva integración europea ha ido marcando los principios y normas que rigen la aplicación e interpretación del derecho europeo de forma general en el ámbito competencial oportuno, para nuestros intereses, el establecimiento de normas mínimas de carácter procesal ha ido configurando un espacio jurídico en el que todos los EEMM comparten las normas mínimas referidas al derecho a la interpretación y a la traducción, los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, el derecho a la asistencia de letrado, el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales y el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención. De forma directa a través de las referidas Directivas. Todo un *corpus iuris* al que hay que añadir las disposiciones de contenido procesal de la CDFUE, en concreto los derechos contenidos en su capítulo VI “Justicia”, artículo 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial), 48 (presunción de inocencia

⁴¹³ *Ibidem*, esp. p. 24.

⁴¹⁴ DOUE de 4 de mayo de 2016, n.L 119, pp. 89-13, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de abril, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴¹⁵ DOUE de 4 de mayo de 2016, n. L 119, pp. 132–149, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave de 27 de abril de 2016., accesible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00089-00131.pdf> (Última consulta: 9 de diciembre de 2019).

⁴¹⁶ DOUE de 31 de marzo de 2017, n. L 88, pp. 6–2, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2017, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017L0541&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴¹⁷ Comisión Europea, Informe anual de 2018, *28 Member States of the European Union*, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eu28-factsheet-2018_en.pdf (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

y derechos de defensa), 49 (principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas) y 50 (Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo hecho).

2.1 La interpretación del Derecho de la UE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sus Sentencias como mecanismo de armonización judicial.

Entiende MAR JIMENO BULNES que el TJUE “*es el verdadero motor en la tarea de integración del ordenamiento jurídico europeo*”⁴¹⁸. Y es que, ante la proliferación de la publicación de instrumentos normativos, su papel como supremo intérprete del conjunto normativo europeo cobra una especial significación. Otras ideas sugieren que la importancia del TJUE radica en actuar como delimitador de lo que se entiende por “justo” en el equilibrio que debe existir entre el sistema penal y los derechos fundamentales⁴¹⁹.

Merece ser mencionada, por un lado, la constante defensa que realiza el TJUE de la “confianza mutua” entre los EEMM y, por otro lado, la crítica que se realiza de esta postura del TJUE por no sustentarse en bases sólidas⁴²⁰. Así, por ejemplo, la idea de la existencia de confianza mutua entre los EEMM fue defendida con respecto a la ODE⁴²¹. Una defensa que según KAI AMBOS “*se está convirtiendo cada vez más, en la medida que la Unión se sigue expandiendo, en una mera fantasía de Bruselas y Luxemburgo*”⁴²². Podemos entender que apelar a un concepto abstracto como “la confianza mutua” libera al TJUE de profundizar en el análisis de las diferencias legislativas de los EEMM y la incidencia que éstas generan en la cooperación judicial. A fin de cuentas, incide en un aspecto para el cual se prevé incluso el freno de emergencia del artículo 82.3 TFUE, a saber, los aspectos fundamentales de los sistemas de justicia nacionales. Además, no hay que olvidar que “el crédito” o confianza que ofrece un sistema jurídico no opera con la determinación con la que el concepto de

⁴¹⁸ JIMENO BULNES, Mar, “El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en Derecho Procesal español”, op. cit., p.21. En este sentido también Vid. HORSLEY, Thomas. “Reflections on the role of the Court of Justice as the ‘motor’ of European integration: Legal limits to judicial lawmaking”, *Common Market Law Review* 2013, n. 4, vol.50, pp. 931-964.

⁴¹⁹ POPA, Elena E., “A game of chance. The future of the AFSJ”, op. cit, esp. p.42.

⁴²⁰ AMBOS, Kai, *Derecho Penal europeo*, op. cit., esp. p. 635.

⁴²¹ STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW vs. Leden van de Ministerraad*, ECLI:EU:C:2007:261, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=ACDC50278EBB2E535002520A5D394507?text=&docid=61470&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10119405> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴²² AMBOS, Kai, *Derecho Penal europeo*, op. cit., esp. p.509. Podemos traer a colación de esta última idea referida a la expansión de la UE, dos importantes resoluciones. Por un lado, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión, 2017/2131(INL), accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_ES.html (Última consulta: 9 de diciembre de 2019) y, por otro lado y de forma anterior en el tiempo, la Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1 del TUE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia, COM (2017) 835 final, de 20 de diciembre de 2017, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017PC0835&from=EN> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

“crédito” potenció las relaciones y transacciones económica. Uno se mide en términos materiales y en referencia a valores morales positivizados, y el otro en términos económicos y matemáticos. Y en el fondo del debate se presenta la idea de si estamos ante una UE basada en la integración o basada en la interdependencia⁴²³.

Dicho todo ello, como apunta MONTSERRAT DE HOYOS, las numerosas Decisiones Marco y Directivas aprobadas por la UE con carácter aproximador/armonizador han expandido el ámbito de aplicación del Derecho europeo en materia de Derecho Procesal Penal⁴²⁴ y con ello, las materias sobre las que el TJUE se puede pronunciar a través del mecanismo de la cuestión prejudicial⁴²⁵. Una fuerza expansiva que, siguiendo a esta autora, no ha de interpretarse en términos generales pues según esta vía de interpretación extensiva cualquier nexo de conexión, aún débil o superficial, supondría la aplicación preferente de la legislación europea y de la función interpretativa del TJUE⁴²⁶. En palabras del TJUE se necesita “*un vínculo de conexión con el Derecho de la Unión de un grado superior a la mera proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de las materias en la otra*”⁴²⁷.

En la regulación de las funciones atribuidas al TJUE, el artículo 276 TFUE se refiere específicamente a la falta de competencia del TJUE “*para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones Consejo de Europa de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los EEMM respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguarda de la seguridad interior*”. Hecha esta precisión, veamos el papel que desempeña el TJUE como intérprete del Derecho europeo en materia procesal penal.

MONTSERRAT DE HOYOS entiende que la cuestión prejudicial no ha de ser utilizada en caso de que la duda que se plantee se refiere a legislación nacional, de forma estricta o con un nexo superficial a la legislación europea incluso aunque se trate de un asunto en que se hayan vulnerado derechos fundamentales dentro del ámbito de

⁴²³ DE WITTE, Floris, “Interdependence and contestation in European Integration”, *op. cit.* esp. p. 476. La autora apunta que mientras que en 1957 la pregunta clave de la integración europea era “¿cómo gestionar la interdependencia entre los EEMM?”, ahora la pregunta es “¿cómo gestionar la respuesta a la interdependencia entre los EEMM?”. A esta última pregunta, la autora señala comentaristas que apuestan por responder “a través de la ley”, ya que una integración a través de la ley solo es posible que sea resistida por actores judiciales nacionales. Mientras que otras voces apuestan por dar primacía a las políticas por encima de la ley, o bien a través del Consejo o bien a través de los parlamentos nacionales.

⁴²⁴ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal”, en Olga Fuentes Soriano, Isabel González-Cano y Fernando Jiménez Conde, (dir.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 43-58, p. 51.

⁴²⁵ JIMENO BULNES, Mar, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch, Barcelona, 1996.

⁴²⁶ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal”, *op. cit.*, esp. p.53.

⁴²⁷ STJUE (Sala Décima) de 6 de marzo de 2014, Asunto Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, apartado 24, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148741&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10464451> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

aplicación de la CDFUE o de otra legislación europea⁴²⁸, posición que es la mantenida por el TJUE en el asunto mencionado asunto *Åklagaren contra Fransson*, apartados 17 a 23. Indica la autora que, en este caso, el recurso idóneo es la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. La autora apuesta por la integración europea, pero desde el respeto del principio de subsidiariedad y la competencia de los EEMM para definir sus propios modelos procesales. En este sentido, el TJUE ha indicado determinadas variables a analizar para considerar si una materia se puede incluir en el ámbito de aplicación del derecho europeo. Así, en el asunto C-198/13 señalaba la necesidad de atender a “*si la finalidad de la normativa nacional considerada es aplicar una disposición del Derecho de la Unión, el carácter de esa normativa, si persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar*”⁴²⁹.

Antes de proceder a analizar algunas de las sentencias del TJUE referidas a las Directivas que establecen normas mínimas del proceso penal, conviene recordar, asimismo, que la obligación de las autoridades judiciales de plantear la cuestión prejudicial en base al artículo 267 TFUE también se ve matizada por la denominada doctrina del acto aclarado como del acto claro sentadas por el TJUE en sus sentencias en los asuntos *Da Costa*⁴³⁰ y *Cilfit*⁴³¹.

Podemos señalar algunos recientes pronunciamientos del TJUE en referencia a las Directivas mencionadas. En relación con la Directiva 2010/64/UE (derecho a la traducción e interpretación), el STJUE ha tenido ocasión de interpretar esta Directiva en varias ocasiones. Así, por ejemplo, en la STJUE de 12 de octubre de 2017, C-278/16, *Sleutjes*⁴³² se precisaba qué se entendía por “documentos esenciales”. El Tribunal fallaba que “*un acto como una resolución prevista por el Derecho nacional para sancionar infracciones penales leves dictada por un juez tras un procedimiento unilateral abreviado constituye un «documento esencial»*” puesto que entiende el TJUE que, de conformidad con el Derecho alemán, la resolución en concreto “*constituye, al mismo tiempo, un escrito de acusación y una sentencia*” (apartado 31).

⁴²⁸ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal”, op. cit., esp. p.56.

⁴²⁹ STJUE (Sala Quinta) de 10 de julio de 2014, *Julián Hernández y otros*, C-198/13, EU:C:2014:2055, apartados 36 y 37, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F7CA928C937EC56CA87D44236CB0A0FF?text=&docid=154831&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10463986> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019).

⁴³⁰ STJUE de 27 de marzo de 1963, asunto *Da Costa*, 28/62, 29/62 y 30/62, ECLI:EU:C:1963:6 accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87133&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11693636> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴³¹ STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=91672&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11694053> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴³² STJUE (Sala Quinta) de 12 de octubre de 2017, asunto *Sleutjes* C-278/16, ECLI:EU:C:2017:757, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B2010%252F64%252FUE&docid=195435&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10468236#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

En la STJUE de 9 de junio de 2016, asunto *Balogh*⁴³³, a propósito del concepto de “proceso penal”, el Tribunal fallaba que “*esta Directiva no se aplica a un procedimiento especial nacional de reconocimiento por el juez de un Estado miembro de una resolución judicial definitiva dictada por un tribunal de otro Estado miembro por la que se condena a una persona por la comisión de una infracción.*” Esta interpretación está basada en la diferencia que entiende el TJUE que ha de realizarse entre un proceso principal (en el caso concreto, una condena a prisión por robo) y un proceso especial (reconocimiento de esta sentencia austriaca en Hungría). La Directiva se aplica al primero en tanto que ofrece garantías a la persona acusada, pero no al segundo en tanto que la traducción se refiere al procedimiento.

En la STJUE de 15 de octubre de 2015, asunto *Covaci*⁴³⁴, respecto a la primera pregunta, el TJUE fallaba que la Directiva no se opone a que la legislación nacional imponga una determinada lengua del procedimiento, en este caso, el alemán, declarando que “*el derecho a traducción establecido en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2010/64 no incluye, en principio, la traducción escrita en la lengua de procedimiento de un documento, como la oposición formulada contra una orden penal, redactado por la persona afectada en un idioma que domina pero que no es la lengua de procedimiento.*” (apartado 47). Una decisión que no seguía la línea de las Conclusiones presentadas por el abogado General Yves Bot, quien razonaba que la Directiva obliga a que el órgano judicial procediera a dar garantía al recurrente de su derecho a un traductor que tradujera el recurso a la lengua del procedimiento⁴³⁵.

La aplicación práctica de esta Directiva fue analizada por la Comisión valorando de forma positiva su implementación y desarrollo⁴³⁶. Es interesante mencionar que el TJUE emplee la expresión “en principio” puesto que matizaba su postura en el carácter de “norma de mínimos” de la Directiva y en la necesidad de que sea el propio órgano judicial el que declare de forma casuística cuándo procede y cuándo no procede la exigencia del derecho traducción e interpretación.

Con relación a la Directiva 2012/13/UE (derecho a la información), esta Directiva consagra, además, unos derechos procesales mínimos que han de garantizarse en los procesos penales de los EEMM: el derecho a tener acceso a la asistencia letrada,

⁴³³ STJUE (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016, asunto *Balogh* C-25/15, ECLI:EU:C:2016:423, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B2010%252F64%252FUE&docid=179786&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10468236#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴³⁴ STJUE (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, asunto *Covaci*, C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B2010%252F64%252FUE&docid=169826&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10468236#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴³⁵ Conclusiones del Abogado General Yves Bot, asunto C-216/14, de 7 de mayo de 2015, accesibles en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164146&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11446640> (Último acceso: 29 de agosto de 2019).

⁴³⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, COM(2018) 857 final, 18 de diciembre de 2018, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0857:FIN:ES:PDF> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

derecho a recibir asistencia letrada gratuita, el derecho a recibir información sobre la acusación, el derecho a interpretación y traducción y el derecho a permanecer en silencio (artículo 3), derecho de acceso a los materiales del expediente, derecho a informar a las autoridades consulares y a una persona, derecho de acceso a atención médica urgente, y recibir información respecto al máximo número de horas o días que una persona sospechosa o acusada puede estar privada de libertad antes de ser llevada ante una autoridad judicial (artículo 4).

En la STJUE 13 de junio de 2019⁴³⁷, asunto *Moro*, el asunto versaba sobre la relación entre el derecho a recibir información “*con prontitud sobre cualquier cambio que se produzca en la información facilitada cuando sea necesario para salvaguardar la equidad del proceso*”, y el derecho a que se condene según la pena pactada aún habiendo sido modificada la calificación jurídica de los hechos. El solicitante entendía que el primer derecho implicaba la existencia del segundo, mientras que el TJUE fallaba que la Directiva no se opone a una legislación procesal penal que imposibilita los efectos de la pena pactada si se ha producido la modificación de la calificación jurídica de los hechos.

Por su parte en la Sentencia de 15 de octubre de 2015, *Covaci*⁴³⁸ a la que nos hemos referido en relación con la Directiva 2010/64/UE, el TJUE declaraba la conformidad con la Directiva 2012/13/UE de una prescripción nacional que obliga a aquellas personas no residentes en el Estado donde se desarrolla el procedimiento, nombrar un representante legal para recibir la notificación de las resoluciones penales pertinentes. Dicho sentido interpretativo también lo recogía el TJUE en la Sentencia en el asunto *Tranca y otros*⁴³⁹. En ambos casos se precisa que la persona disponga de la totalidad del plazo establecido para poder recurrir, lo que sitúa el inicio del cómputo de los plazos legales desde el conocimiento efectivo del contenido de la resolución.

En la STJUE de 5 de junio de 2018, *Kolev y otros*⁴⁴⁰ declaraba que la Directiva “*no se opone a que se comunique a la defensa información detallada sobre la acusación después de que se haya presentado el escrito de acusación ante el juez, pero antes de que este último comience a examinar el fondo de la acusación y de que se abran los debates ante él, o incluso con posterioridad a la apertura de esos debates pero antes de la fase de deliberación en el caso de que la información así comunicada sea objeto de modificaciones ulteriores, a condición de que el juez adopte todas las*

⁴³⁷ STJUE (Sala Primera) de 13 de junio de 2019, asunto *Moro*, C-646/17, ECLI:EU:C:2019:489 accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=asistencia%2Bgratuita%2B&docid=214946&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10580741#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴³⁸ STJUE (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, *Covaci*, C-216/14, EU:C:2015:686, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169826&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10579861> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴³⁹ STJUE (Sala Quinta) de 22 de marzo de 2017, asunto *Tranca y otros*, C-124/16, C-188/16 y C-213/16, EU:C:2017:228 accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=189144&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10603153> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁴⁰ STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto *Kolev y otros*, C-612/15, EU:C:2018:392, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202545&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10605460> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos de defensa y la equidad del proceso.” Y en ello en base a que, *en pro* de la equidad del procedimiento y al ejercicio efectivo de los derechos de defensa, la persona acusada debe *tomar conocimiento de los materiales del expediente con la debida antelación, en un momento que le permita preparar eficazmente su defensa* (apartado 90). Y así, un acceso efectivo a los expedientes que deben garantizar las autoridades nacionales.

Por lo que concierne a la Directiva 2013/48/UE (asistencia de letrado), en la mencionada STJUE de 5 de junio de 2018, *Kolev y otros*, entendía el TJUE que el artículo 3.1 de la Directiva no se opone a una legislación nacional que en caso de que exista conflicto de intereses entre las personas acusadas y sus abogados/as, éstas/os puedan ser excluidos/as y nombrados/as los/as designados/as por las partes o de oficio por el órgano judicial.

En cuanto a la Directiva 2016/343/UE (presunción de inocencia), a pesar de la importancia de anteriores pronunciamientos respecto a la presunción de inocencia⁴⁴¹, en la STJUE de 19 de septiembre de 2018, asunto *Milev*,⁴⁴² el TJUE mantenía la correspondencia con los artículos 3 y 4.1 de la Directiva de la legislación nacional que regula resoluciones de carácter preliminar basadas en indicios o en pruebas de cargo si no presentan como culpables a la persona sospechosa/acusada/privada de libertad.

Referida a la Directiva 2016/800/UE (garantías procesales de menores sospechosos), en la STJUE de 23 de enero de 2018, asunto *Piotrowski*,⁴⁴³ referida a la ejecución de una ODE respecto de un menor, su apartado 37 subraya la importancia de la Directiva 2016/800, que no prohíbe la ejecución de la ODE en caso de que se trate de una persona menor de edad pero con la edad en que se atribuye responsabilidad penal en el Estado de ejecución. Esta importancia radica en la necesidad de que en la ejecución de tal medida se tengan en cuenta y respeten las garantías procesales de las personas menores de edad, velando por que el interés superior del menor sea el eje primordial sobre el que gire la ODE.

Llegado este punto, siguiendo a CORAL ARANGÜENA FANEGA, podemos afirmar la existencia de un estatus procesal de imputado y acusado común en la UE en cuanto se garantiza en todos los EEMM la anterior relación de derechos y garantías

⁴⁴¹ HERT, Paul, “EU criminal law and fundamental rights”, en Valsamis. Mitsilegas, María Bergström, y Theodore Konstadinides (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edwar Elgar Publishing Ltd, 2016, pp. 105-124, esp. p. 116.

⁴⁴² STJUE (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2018, asunto *Milev*, C-310/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:732, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=presunci%25C3%25B3n%2Bde%2Binocencia&docid=205876&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10476631#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁴³ STJUE (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, asunto *Piotrowski* C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=menores%2Bsospechosos&docid=198646&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10476631#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

procesales mínimas comunes⁴⁴⁴. No obstante, como subraya la autora, hay que remarcar que existe una importante asimetría puesto que estas normas mínimas se aplican en todos los EEMM excepto Dinamarca (que no participa en ningún instrumento), y Reino Unido e Irlanda que solo participan respecto de los derechos de traducción e interpretación y de información⁴⁴⁵.

La importancia del papel del TJUE interpretando los extremos de las normas mínimas respecto a las garantías procesales y derechos de las personas sospechosas o acusadas adquiere gran relevancia toda vez que, como apuntábamos en el Capítulo Primero de la presente tesis, una de las tensiones que se dan en el desarrollo del ELSJ es la tensión entre cooperar y la defensa de los derechos fundamentales⁴⁴⁶. La labor del TJUE (y del TEDH) protegiendo y perfilando los extremos de los derechos fundamentales en el área procesal puede ser decisiva para que una autoridad judicial decida cooperar o denegar el reconocimiento basado en la vulneración del artículo 6 TUE. A este respecto ha de ser mencionado el apartado 192 del Dictamen 2/13 del TJUE, de 18 de diciembre de 2014⁴⁴⁷ que específicamente se refiere a la presunción de respeto de los derechos fundamentales que ha de imperar en el ELSJ “*cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión*”.

Un carácter excepcional de la limitación de los efectos del principio de reconocimiento mutuo basada en la posible vulneración de los derechos fundamentales que fue reafirmada en la STJUE respecto a los asuntos acumulados *Aranyosi y Căldăraru*⁴⁴⁸. En esta sentencia se consagra la excepcionalidad del control del Estado de ejecución del respeto de los derechos fundamentales por el Estado de emisión y de la denegación del reconocimiento mutuo instituyendo un procedimiento en caso de que la autoridad de ejecución tenga pruebas “*objetivas, fiables, precisas y debidamente actualizadas*” (apartado 89) sobre una situación generalizada de vulneración de

⁴⁴⁴ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del consejo ocho años después”, en Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho (Dirs.), Begoña Vidal Fernández (Coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 21-51, esp. p. 22.

⁴⁴⁵ De conformidad con la opción *opt-in* reconocida en el Protocolo 21 sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda con respecto al ELSJ, DOUE de 7 de julio de 2016, C 202, pp. 295–297.

⁴⁴⁶ VILAS ALVÁREZ, David, “Use and abuse of the concept of fundamental rights. An obstacle for judicial cooperation?” *op. cit.*, esp. p. 69 y ss.

⁴⁴⁷ Dictamen 2/13 del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, en relación a la adhesión de la UE al CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁴⁸ STJUE (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, asuntos *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175547&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11552117> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

derechos fundamentales en el Estado de emisión y de que hay un riesgo real de que esta situación general afecte de forma particular a la persona cuya entrega se solicita (apartado 94), habiendo de solicitar información complementaria la autoridad de ejecución (apartado 95), pudiendo acordar el aplazamiento del procedimiento de entrega (apartado 98) e informando a Eurojust de este aplazamiento (apartado 99) y decidiendo la autoridad de ejecución a la luz de la información complementaria si decide finalizar el procedimiento o preceder a la entrega (apartado 103).

No obstante, el papel que desempeñan los órganos judiciales nacionales en la salvaguarda de los derechos fundamentales en la UE es uno de los temas en el que más se agudiza el sentido de soberanía (tanto en el sentido externo como en el interno que enunciaba CUYVERS) en los EEMM. En el asunto *Melloni*⁴⁴⁹ en el que el TC español planteaba una cuestión prejudicial ante el TJUE al ser solicitada la ejecución de una OEDE habiendo sido celebrado el juicio *in absentia* en Italia, el órgano judicial español preguntaba qué nivel de protección de los derechos fundamentales prevalecía, si el de las Constituciones nacionales o del Derecho europeo. Una cuestión trascendental pues dejaría sentada jurisprudencia acerca de la posición del rol de los Tribunales Constitucionales en el escenario europeo así como la importancia de los derechos fundamentales en el Derecho Europeo y el ámbito y alcance de los derechos de la CDFUE⁴⁵⁰ y que, sin embargo, el TJUE solo aclaró de forma superficial señalando que la autoridad judicial del Estado de ejecución no puede imponer como condición a la ejecución que la condena impuesta en rebeldía sea revisada en el Estado emisor, declarando la compatibilidad del artículo 4.bis apartado 1 de la Decisión Marco sobre la ODE con la CDFUE. Tras la STJUE en el asunto *Taricco*⁴⁵¹, el Tribunal Constitucional de Italia entendía que dicho pronunciamiento era contrario a la identidad constitucional italiana y presentó otra cuestión prejudicial solicitando su clarificación resuelta en la STJUE en el asunto M.A.S. y M.B.⁴⁵² en la que, siguiendo a LORENA BACHMAIER, el TJUE adoptó una posición más equilibrada. El TJUE establecía la obligación del juez nacional de no aplicar la ley nacional del caso concreto que se entendía contraria a la Ley europea, excepto en el caso de que esta inaplicación afectara al principio de legalidad “*debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción*”. Una postura del TJUE que respecto a los juicios celebrados *in absentia* ha ido dirimiendo en

⁴⁴⁹ STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11580120> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁵⁰ BACHMAIER, Lorena, “Fundamental Rights and effectiveness in the European AFSJ. The continuous and never easy challenge of striking the right balance”, op. cit., esp. p.59.

⁴⁵¹ STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, asunto Taricco C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167061&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11588985> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁵² STJUE (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, asunto M.A.S. y M.B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197423&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11596936> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿*pro victima*?

posteriores asuntos con una posición más equilibrada en la protección de los derechos fundamentales de acuerdo con LORENA BACHMAIER⁴⁵³.

En el desarrollo de su labor resolviendo las cuestiones prejudiciales que se le planteen, el TJUE, además de fijar la línea interpretativa de las disposiciones normativas, artículos o conceptos jurídicos, desarrolla una importante técnica de armonización a la hora de señalar y definir los denominados “*conceptos autónomos*”. Siguiendo a LEANDRO MANCANO, se trataría de una armonización judicial⁴⁵⁴, como hemos puesto de relieve con la mención de algunas sentencias referidas a los instrumentos normativos que establecen unas normas mínimas procesales. LEANDRO MANCANO analiza el uso de esta técnica de armonización judicial en el ámbito de la OEDE diferenciando entre distintos grados de armonización dependiendo de si los conceptos autónomos se refieren a resultados⁴⁵⁵, a la aportación de orientaciones⁴⁵⁶ o meras indicaciones que el autor denomina “*deference cases*” (donde se encuadrarían aquellas meras afirmaciones del TJUE señalando la necesidad de abordar con uniformidad un determinado concepto). Entiende que puede entenderse un uso de esta técnica armonizadora (o de aproximación mínima siguiendo a ANNE WEYEMBERG⁴⁵⁷) para extender esta aproximación a ámbitos atribuidos a la competencia nacional y que, de esta forma, puede ser criticado su uso.

Sin embargo, es interesante apuntar que el uso de estos conceptos autónomos tanto en sede del TEDH como del TJUE se limita a aquellos aspectos asociados a la necesidad de preservar los objetivos y finalidades del instrumento normativo en concreto analizado y que, además, se subraya que el término “autónomos” se encuadra en una noción de “independencia” más que de “diferencia”⁴⁵⁸. A pesar de que el autor

⁴⁵³ BACHMAIER, Lorena, “Fundamental Rights and effectiveness in the European AFSJ. The continuous and never easy challenge of striking the right balance”, op. cit. esp. p. 59 y 60.

⁴⁵⁴ MANCANO, Leandro, “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, *European Law Review* 2018, n. 43, pp. 69-88, esp. p. 71.

⁴⁵⁵ Como respecto a los conceptos de *ne bis in idem* (STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, asunto *Gaetano Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84420&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12890650> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019), citación indirecta (STJUE (Sala Cuarta) de 24 de mayo de 2016, asunto *Pawel Dworzecki*, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346, , accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=178582&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12891310> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019) y autoridad judicial (STJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019, asuntos *O.G.* y *P.I.*, C-508/18 y C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionid=628F136A5F154307FE12AEA696E54EF9?text=&docid=214466&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6063477> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019) .

⁴⁵⁶ Como respecto al concepto de residente y de “permanecer en” (STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009, asunto *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616, , accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77860&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12891775> (Último de acceso: 10 de diciembre de 2019) así como de privación de libertad (STJUE (Sala Cuarta) de 28 de julio de 2016, asunto *JZ*, C-294/16, ECLI:EU:C:2016:610, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182300&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12893866> (Último de acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁵⁷ WEYEMBERGH, Anne, “L’harmonisation des législations pénales: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions”, *Editions de l’Université de Bruxelles* 2004, pp. 31–36.

⁴⁵⁸ MANCANO, Leandro, “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, op. cit. esp. p. 75.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

entiende que la formulación positiva de conceptos autónomos⁴⁵⁹ genera un grado elevado de armonización, llega a la conclusión de que en relación con los conceptos autónomos formulados por el TJUE en el marco de la OEDE no mejoran las garantías procesales de las partes procesales y que, de hecho, son los EEMM quienes pueden ofrecer una mayor protección de los derechos individuales como así sugiere cuando los conceptos autónomos del TJUE ofrecen orientaciones para su interpretación en lugar de eliminar la capacidad de las autoridades nacionales para abordar el contenido esencial de un concepto jurídico⁴⁶⁰.

Esta idea entronca con la posibilidad enunciada en artículo 82.2 *in fine* TFUE “La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas” y que podemos entender que su potencial queda limitado por medio de la formulación de conceptos autónomo en sede del TJUE. Por ejemplo, con la interpretación restrictiva de la noción de “mismos hechos” en relación con el principio de *ne bis in ídem*, en el asunto *Mantello*, STJUE de 16 de noviembre de 2010 antes referida, el TJUE declaraba que en el caso concreto no cabía oponer ningún motivo para la no ejecución obligatoria de la OEDE.

Con todo lo anterior, podemos concluir que el papel del TJUE como armonizador judicial de nociones jurídicas de Derecho europeo, imponiendo una interpretación uniforme, puede que no tenga correlación con su papel como garante de la máxima protección de los derechos individuales de la ciudadanía europea, toda vez que en aras de una interpretación uniforme de un concepto jurídico, puede llegar a sacrificar una interpretación más protectora de situaciones que afecten a los derechos de las personas. Un “sacrificio” que el propio TJUE ha dejado establecido conforme a su interpretación del artículo 53 de la CDFUE en el asunto *Melloni* donde en su apartado 60 declaraba que “Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”⁴⁶¹.

A pesar de todo lo dicho, aún así, podemos afirmar que los derechos humanos y su protección son el hilo conductor de la aproximación judicial procesal penal en la UE⁴⁶².

⁴⁵⁹ La formulación negativa entiende MANCANO que se produce cuando el TJUE entiende que un concepto no entra dentro de la esfera de competencia del Derecho Europeo, y que, por tanto, no ha de ser objeto de una interpretación “autónoma”.

⁴⁶⁰ MANCANO, Leandro, “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, op. cit. esp. p.88.

⁴⁶¹ STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11, , ECLI:EU:C:2013:107, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134203&pageIndex=0&doclang=ES&mode=1st&dir=&occ=first&part=1&cid=13315903> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁶² ARMENTA DEU, Teresa, *Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: Guía y condicionante*, en José Martín Ostos (Coord.), “El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi”, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 67-81, esp. p. 71 y ss. Y GÓMEZ COLOMER,

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

2.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como agente en la configuración del Derecho Procesal europeo: garantías procesales en el proceso penal europeo.

En primer lugar, hemos de recordar que la UE no ha ratificado el CEDH, y, por tanto, los derechos fundamentales consagrados en el CEDH son considerados como principios generales del Derecho de la UE (artículo 6.3 TUE) pero el TJUE no se encuentra obligado por la jurisprudencia del TEDH en la interpretación del CEDH.

En su Dictamen 2/13⁴⁶³ el TJUE analizaba la compatibilidad de la adhesión de la UE al CEDH respecto de las competencias y atribuciones de la UE, una vez que el TUE y el CEDH habían sido modificados para permitir la adhesión de la UE al CEDH y se había publicado el Protocolo n.8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al CEDH⁴⁶⁴. El TJUE señalaba como principales obstáculos para la adhesión: la falta de previsión de la coordinación entre la facultad que el artículo 53 CEDH reconoce a los Estados Parte para otorgar un estándar de protección de los derechos fundamentales más elevado que el ofrecido por el CEDH y la interpretación que del artículo 53 CDFUE realiza el TJUE limitando esta facultad de los EEMM como hemos visto en el anterior epígrafe; la posibilidad, en el ámbito del Consejo de Europa, de que un Estado Parte verifique si otro Estado Parte protege los derechos fundamentales, es negada en el ámbito de la UE donde se impone el principio de confianza mutua; la incompatibilidad entre las solicitudes de opiniones dirigidas al TEDH y las cuestiones prejudiciales dirigidas al TJUE; afectaría el sistema de resolución de conflictos en el ámbito de la UE; en un procedimiento ante el TEDH entre la UE y un EEMM, el TEDH podría imponer obligaciones y atribuir responsabilidades que podrían alterar el régimen competencial de la UE; la necesidad impuesta de un procedimiento de intervención previa ante el TJUE para poder después acudir al TEDH determina la competencia del TEDH para interpretar la jurisprudencia del TJUE y supone la falta de carácter definitivo de las sentencias del TJUE, y, por último, la adhesión supondría atribuir competencia al TEDH en materia de la Política exterior y de seguridad común.

Ello no ha obstado para que tanto la UE haya reconocido el CEDH como parte integrante del Derecho de la UE conforme a la redacción dada por el Tratado de Lisboa al artículo 6.3 TUE, como que el TJUE se haya referido a la interpretación jurisprudencial del CEDH por parte del TEDH desde el asunto *P. c. S. y Cornwall*

Juan Luís, *¿Es posible aspirar a un proceso penal universal?*, en Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano (Compil.), "Presente y futuro de la Justicia Penal Internacional", *Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Memorias*, 2012, pp. 171 y 190.

⁴⁶³ Dictamen del TJUE 2/13, de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=ES> (Último de acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁶⁴ DOUE de 26 de octubre de 2012, n. C 326, p. 273, accesible en http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/pro_8/oj (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro víctima?

*County Council*⁴⁶⁵. En concreto en su apartado 16 en referencia a la jurisprudencia del TEDH en cuanto al concepto de personas transexuales. Desde entonces las referencias son constantes en mayor número en casos referentes a un proceso justo, vida familiar y personal y libertad de expresión⁴⁶⁶. Ello, no obstante, el TJUE ha ofrecido un estándar de protección más elevado que el otorgado en sede del Tribunal de Estrasburgo⁴⁶⁷.

A fecha de hoy, septiembre de 2019, aún no se ha articulado ninguna fórmula para proceder a dicha adhesión teniendo en cuenta estas incompatibilidades que enunciaba el TJUE.

Dicho lo anterior, hemos de subrayar que la labor del TEDH en la interpretación del CEDH alcanza gran transcendencia de acuerdo con la interpretación evolutiva y dinámica que desarrolla. Lo anterior unido a una interpretación efectiva permite desarrollar una protección de los derechos y las garantías de mayor intensidad. Dado que el TEDH adopta una perspectiva extensa al realizar una interpretación finalista y teleológica de las obligaciones asumidas por los Estados Parte ello supone dar protección indirecta a derechos no reconocidos expresamente en el CEDH. Éste es el caso de la protección de las víctimas de trata cuya protección deriva de la interpretación extensiva de la disposición que prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados (artículo 4 del CEDH)⁴⁶⁸.

Como consecuencia de esta interpretación efectiva y teleológica que el TEDH mantiene respecto del CEDH, hemos de destacar la labor del TEDH en tres facetas: definiendo las líneas esenciales de los principios jurídicos y otras nociones procesales, interpretando conceptos jurídicos de forma autónoma, y estableciendo obligaciones positivas.

Respecto a la definición y precisión de principios jurídicos así como otras nociones de corte procesal, hemos de apuntar que en el año 2018 el TEDH dictó 1.014 sentencias relativas a 2.738 demandas, correspondiendo el 24,10% de las solicitudes presentadas (42.761 en total) al derecho a un proceso equitativo del artículo 6 CEDH⁴⁶⁹, a título ilustrativo se confecciona el siguiente gráfico.

⁴⁶⁵ STJUE de 30 de abril de 1996, asuntos *P. y S. y Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170 accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10619756> (Último acceso: 29 de agosto de 2019).

⁴⁶⁶ NAKA, Vasileia, *The Presumption of Innocence: A Legal Spectroscope for Article 101 TFEU*, Lund University, Faculty of Law, 2018, esp. p.14, accesible en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8965941&fileId=8965942> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁶⁷ SOO, Anneli, “Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, 25, pp. 327-346, esp. 330.

⁴⁶⁸ MORTE GÓMEZ, Carmen, *Discriminación y violencia de género. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Curso: “Asociación de Fiscales: la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el trabajo diario de los Fiscales Españoles” Fecha: 12-13 de diciembre de 2017, p. 12.

⁴⁶⁹ TEDH, *The European Court of Human Rights in facts & figures*, accesible en https://www.echr.Consejo de Europa.int/Documents/Facts_Figures_2018_ENG.pdf (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

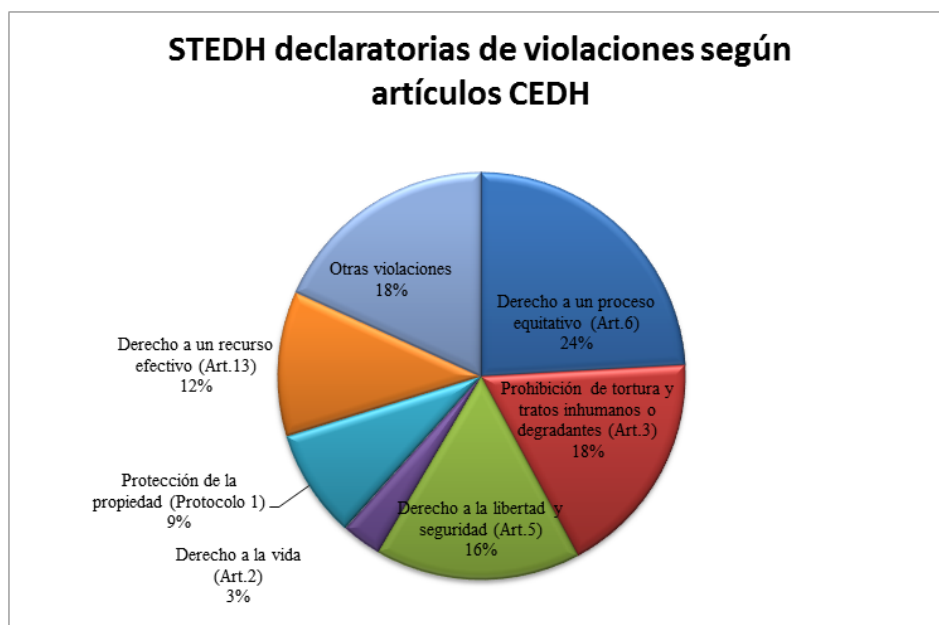


Figura n.7. STEDH y violaciones CEDH. Fuente: elaboración propia.

Ciertamente, es una labor compleja la de tratar de sintetizar todas las interpretaciones y precisiones de carácter procesal que el TEDH ha desarrollado en su labor de interpretación del CEDH⁴⁷⁰. No solo por el volumen de asuntos sobre los que el TEDH se pronuncia sino porque el TEDH desarrolla una interesante y prolífica labor de interpretación diferenciando entre el carácter procesal y sustantivo de cada uno de los derechos recogidos en el CEDH⁴⁷¹. Por ello, y por centrarnos en el título de este epígrafe, trataremos de sintetizar las principales líneas jurisprudenciales del TEDH respecto del artículo 6 CEDH resumiendo la información que el propio TEDH ofrece.

DERECHO A	<p style="text-align: center;">"EQUITATIVO"</p> <p style="text-align: center;"><u>1. Participación efectiva</u></p> <p>El derecho a participar de forma efectiva (<i>Murtazaliyeva c. Rusia</i>) incluye: estar presente, oír y seguir el proceso (<i>Standford c. Reino Unido</i>), tomar notas (<i>Moiseyev c. Rusia</i>), ocupar un espacio en la sala de vistas de forma que no afecte a la igualdad de armas y a la presunción de inocencia -el uso de cabinas de cristal puede suponer una violación del art.3 CEDH- (<i>Yaroslav Belouscov c. Rusia</i>).</p> <p style="text-align: center;"><u>2. Igualdad de armas y principio de contradicción</u></p> <p>Este derecho implica tener conocimiento y poder comentar las pruebas presentadas para poder influir en la decisión final (<i>Brandsetter c. Austria</i>); trato igual a testigos de ambas partes (<i>Bonish c. Austria</i>), especiales garantías si el/la perito/a participa</p>
------------------	--

⁴⁷⁰ Vid Guías de la Jurisprudencia del TEDH, accesible en <https://www.echr.Consejo de Europa.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/analysis/guides&c=> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁷¹ Para mayor profundidad respecto a la jurisprudencia del TEDH en relación con asuntos sobre violencia contra las mujeres y la doble diferenciación entre el carácter procesal y sustantivo de los derechos recogidos en el CEDH, Vid. RUIZ LÓPEZ, Cristina, "TEDH y Violencia contra las mujeres: diligencia debida y responsabilidad del Estado", en Helena Soletto y Ana Carrascosa (coords.), *Justicia Restaurativa: Una Justicia para las víctimas*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 765-792.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

<p>UN PROCESO EQUITATIVO SEGÚN EL TEDH (art. 6 CEDH)</p>	<p>tanto en la fase de instrucción como de enjuiciamiento (<i>J.M. y Otros c. Austria</i>), tener acceso no restringido a los autos y demás documentos de interés en su caso (<i>Matyjek c. Polonia</i>), poner a disposición de la defensa todas las pruebas en posesión de la acusación en un plazo adecuado para la preparación de la defensa (<i>Rowe y David c. Reino Unido</i>) salvo excepciones como proteger intereses de seguridad nacional o proteger a un testigo o mantener en secreto los métodos utilizados por la policía durante la investigación (<i>Van Mechelen y Otros c. Países Bajos</i>).</p> <p><u>3. Motivación</u></p> <p>Con la finalidad de demostrar a las partes que han sido oídas y contribuir a la aceptación de la decisión. También han de expresar con la suficiente claridad los motivos de tal forma que permita a las partes hacer uso de sus derecho a recurrir (<i>Hadjanastassiou c. Grecia</i>), demostrar que los elementos esenciales del caso han sido dirimidos (<i>Boldea c. Rumanía</i>) y que se ha respondido a los principales puntos decisivos para el asunto y que la motivación no sea automática o estereotípica (<i>Moreira Ferreira c. Portugal</i>), La extensión varía dependiendo de la naturaleza de la resolución y de las circunstancias de caso concreto (<i>Ruiz Torija c. España</i>). No hay obligación de dar una respuesta a cada solicitud (<i>Van de Hurk c. Países Bajos</i>). La arbitrariedad de una decisión solo es declarada cuando no se aporta ninguna motivación o si la decisión está basada en errores legales o fácticos manifiestos que resulten en una denegación de justicia (<i>Moreira Ferreira c. Portugal</i>). En relación el razonamiento del tribunal del jurado, en primer lugar el TEDH declara no existe un derecho al tribunal del jurado (<i>Twomey, Cameron y Guthrie c. Reino Unido</i>), los/as jurados no deben dar las razones de su veredicto, pero tanto la persona condenada como el público deben entender el veredicto (<i>Taxquet c. Bélgica</i>) para lo que se han de adoptar una serie de garantías procesales como las orientaciones del/a presidente/a del jurado respecto de cuestiones legales, así como de la delimitación de las preguntas cerca de las pruebas practicadas (<i>R. c. Bélgica</i>).</p> <p><u>4. Derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo/a</u></p> <p>Para entender que se ha respetado este derecho se exige que la persona acusada haya sido informada de su derecho a permanecer en silencio y que haya tomado la decisión después de contar con asistencia letrada (<i>Stojkovic c. Francia y Bélgica</i>). Este derecho se extiende a cualquier delito, independientemente de su gravedad (<i>Saunders c. Reino Unido</i>). Así como en sede policial (<i>John Murray c. Reino Unido</i>). No puede hacerse uso de las pruebas obtenidas a través de métodos de coerción u opresión sobre la intención de la persona acusada (<i>Bykov c. Rusia</i>). No protege contra la autoincriminación sino contra la utilización de la coerción o la fuerza para obtener pruebas debiendo el tribunal valorar en primer lugar el grado y la naturaleza de la fuerza usada para obtener pruebas (<i>Ibrahim y Otros c. Reino Unido</i>) identificando el TEDH tres tipos de situaciones para considerar un uso indebido de la fuerza: si el sospechoso es obligado a declarar bajo amenaza de sanción (<i>Brusco c. Francia</i>) o si es castigado por no declarar (<i>Heaney y McGuinness c. Irlanda</i>); si la presión física o psíquica en la forma de violación del artículo 3 CEDH es aplicada para obtener la declaración u otra prueba (<i>Jalloh c. Alemania</i>); si las autoridades usan una artimaña para sonsacar información que no hubieran podido obtener durante el interrogatorio (<i>Allan c. Reino Unido</i>). Protege frente incluso declaraciones exculpatorias o de mera información fáctica si han sido obtenidas bajo coacción y son usadas por la acusación para hacer dudar de la</p>
--	--

credibilidad de su declaración (*Ibrahim y Otros c. Reino Unido*). No se extiende al uso de material obtenido como consecuencia del empleo de fuerza pero con una existencia independiente de la voluntad de la persona acusada como documentos adquiridos como consecuencia de un registro, aliento, sangre u orina o un pañuelo para realizar la prueba de ADN (*Saunders c. Reino Unido, O'Halloran y Francis c. Reino Unido*) dado que no se trata de un derecho absoluto (*John Murray c. Reino Unido*). Forma parte de este derecho el derecho a tener asistencia letrada desde un primer momento exceptuado solo en caso de circunstancias particulares (*Ibrahim y otros c. Reino Unido*). Este derecho no se entiende vulnerado si la persona acusada está en libertad y decide hablar con un/a agente de policía y esta grabación no es la principal prueba de cargo sino una más en un complejo cuerpo probatorio analizado por el tribunal (*Byov c. Rusia*). Al no ser un derecho absoluto no puede evitar que haya situaciones en las que la persona acusada ha de dar explicaciones para valorar lo persuasivo de las pruebas practicadas y, por tanto, su decisión de permanecer en silencio puede conllevar consecuencias (*John Murray c. Reino Unido*).

5. Utilización de pruebas obtenidas ilegalmente o vulnerando CEDH

No hay ninguna regla sobre la admisión de pruebas en el CEDH. El TEDH valora en su conjunto el proceso (*Khan c. Reino Unido*). Así, por ejemplo, se ha considerado que vulnera el artículo 6 CEDH el uso de pruebas obtenidas en la una rueda de reconocimiento (*Laska y Lika c. Albania*), una toma de muestras ilegal (*Horvatic' c. Croacia*), presión sobre un co-acusado (*Layijov c. Azerbaiyán*), uso de pruebas obtenidas utilizando investigación secreta ilegal (*Bykov c. Rusia*), obtención de pruebas vulnerando el artículo 3 CEDH (*Gäfgen c. Alemania*) incluso si la tortura es infligida a una tercera parte (*Othman –Abu Qarada- c. Reino Unido; Kaçiu y Kotorri c. Albania; Kormev c. Bulgaria*). El uso de declaraciones de testigos obtenidas por su cooperación con la acusación puede conllevar una violación del artículo 6 CEDH si conllevaran inmunidad u otra ventaja o venganza personal.

6. Provocación

El uso de técnicas de investigación especiales (como las técnicas encubiertas) no infringe el CEDH, pero ha de tener límites claros (*Ramanauskas c. Lituania*). Por ejemplo, se admite que la policía pueda actuar de forma encubierta pero no incitadora (*Khudobin c. Rusia*). El uso de informantes anónimos está permitido pero condicionado a la existencia de garantías adecuadas y suficientes, en particular el procedimiento de autorización, implementación y supervisión de la medida (*Ramanauskas c. Lituania*) siendo el control judicial es más apropiado (denomida como test procesal), pero admitiendo también el control por la fiscalía (*Bannikova c. Rusia*). Así, el TEDH diferencia la figura de la provocación/agente provocador/incitación policial, considerada vulneradora del CEDH, de la figura de las investigaciones encubiertas, siguiendo el test material (si la policía no solo adopta una actitud “esencialmente pasiva” sino que incita a la comisión delictiva. Los antecedentes penales no son indicativos de una predisposición a cometer delitos -*Constantin y Stoian c. Rumanía*- sí lo son la familiaridad con la modalidad delictiva y su ausencia de renuncia a la actividad delictiva ante varias oportunidades (*Virgil Dan Vasile c. Rumanía*)).

7. Principio de inmediación

Se trata de un derecho de la persona acusada la contradicción con testigos delante de juez/a que decide el asunto, pero no supone la prohibición de una modificación de la composición del tribunal. Para ello se han adoptado una serie de medidas como

facilitando las transcripciones de las declaraciones donde no se dude de la credibilidad o procediendo a una nueva vista (*Cutean c. Rumanía*). Siempre que este tipo de medida pueda compensar la completa modificación del tribunal (*Berau c. Rumanía*).

8. Certeza legal y jurisprudencia divergente

El artículo 4.2 del Protocolo n.7 permite la reapertura de un asunto en caso de aparición de nuevos hechos o si un defecto fundamental es detectado en el asunto anterior (*Nikitin c. Rusia*). La estabilidad en la situación legal y la confianza pública en la justicia no impone un derecho a la consistencia en la jurisprudencia y el desarrollo de la misma por sí misma no es contraria a la correcta administración de la Justicia puesto que la quiebra en mantener un enfoque dinámico y evolutivo dificultaría la reforma o la mejora (*Borg c. Malta*).

9. Publicidad prejudicial

Una campaña virulenta pueda afectar la imparcialidad del tribunal influenciando en la opinión de los jurados que decidirán sobre la culpabilidad de la persona acusada (*Akay c. Turquía*) así como en el tribunal y la presunción de inocencia (*Ninn-Hansen c. Dinamarca*). EL TEDH ha considerado circunstancias como el lapso entre la campaña publicitaria y el comienzo del juicio, o la determinación de la composición del tribunal, o si las publicaciones son de autoridades y si éstas han influido en los jurados (*Beggs c. Reino Unido, Abdulla Ali c. Reino Unido, Paulikas c. Lituania*).

10. Renuncia a las garantías de un proceso equitativo

El TEDH afirma que el artículo 6 CEDH no impide la renuncia a las garantías que ofrece si se trata de una renuncia voluntaria. Para ello se exigen dos condiciones: el trato debe ser aceptado por la persona acusada con completo conocimiento de los hechos del caso y las consecuencias legales y el trato debe ser sometido a revisión judicial (*Natsvlishvili y Togonidze c. Georgia*).

"AUDIENCIA PÚBLICA"

1. Principio de publicidad

El principio de publicidad impone que las audiencias y vistas sean públicas, así como la deliberación de las sentencias (*Tierce y Otros c. San Marino*).

2. Derecho a una audiencia oral y presencial

El derecho a una audiencia no es un derecho absoluto dado que a la luz del concepto autónomo de “cargos penales” se exigirá únicamente respecto de aquellos cargos más severos y no a aquellos que no se encuentran en la esencia del Derecho Penal y no generan estigma de significativo grado (*Jussila c. Finlandia*).

El derecho a estar presente en el juicio forma parte del contenido esencial del artículo 6 CEDH (*Hermi c. Italia*). El juicio puede desarrollarse sin la presencia de la persona acusada en el caso de que ésta renuncie de forma implícita o explícita a este derecho (*Lena Atanasova c. Bugaria*) siempre que cumpla con el test de una renuncia informada y consciente (*Sejdovic c. Italia*). Si la persona no ha sido notificada en persona no puede equipararse con el estatus de fugitivo pues se basa en una presunción sin justificación fáctica de que la persona acusada ha renunciado a su derecho a estar presente y defenderse a sí mismo, además, no puede recaer sobre ella la carga de la prueba de que no quería evadir la justicia. Sin embargo, el TEDH ha sostenido que celebrar una audiencia sin la presencia del acusado no

siempre vulnera el artículo 6 CEDH (*Colozza c. Italia*) en estos casos la persona acusada deberá ser informada de los cargos desde el momento en que conozca la existencia del proceso (*Sanader c. Croacia*). En caso de una condena en ausencia, deberá ser oída y ser informada de los fundamentos de los cargos (*Sejdovic c. Italia*). El TEDH admite la compatibilidad de este derecho con la prosecución de la audiencia en ausencia de la persona acusada si es expulsada de la sala debido a su comportamiento (*Idalov c. Rusia, Margus c. Croacia*). En segunda instancia, en el caso de que se discutan cuestiones de derecho puede no estar presente la persona acusada (*Monnell y Morris c. Reino Unido*). Si se discuten cuestiones de hecho ha de ser oída la persona acusada (*Donarino c. San Marino, Lacadena Calero c. España*).

3. Excepciones a la publicidad

Dependiendo de las circunstancias del caso se podrá grabar todo o parte del juicio (*Welke y Biatek c. Polonia*). Podrá excepcionarse la publicidad en caso de necesidad de proteger a testigos o promover el intercambio de información y opiniones (*B y P c. Reino Unido*). En cualquier caso, la autoridad judicial deberá considerar todas las alternativas para asegurar la seguridad en la sala y optar por la medida menos lesiva que alcance el mismo propósito (*Krestovsky c. Rusia*).

4. Pronunciamiento público de la sentencia

La expresión “pronunciada públicamente” no ha sido interpretada por el TEDH pero considera que otros medios para hacer una sentencia pública pueden ser compatibles con el artículo 6 CEDH por ejemplo si el proceso ha sido grabado o registrando la sentencia y publicándola en una colección oficial que satisfaga las exigencias de pronunciamiento público (*Sutter c. Suiza*). La completa ocultación no puede ser justificada. En caso de razones de seguridad puede ser aplicadas con otras técnicas como solo mantener ocultas aquellas partes que afecten a la seguridad nacional (*Raza c. Bulgaria*).

"PLAZO RAZONABLE"

1. Duración

El derecho a una audiencia en un plazo razonable asegura que una persona no deba soportar una acusación durante “demasiado” tiempo y que los cargos estén determinados (*Wemhoff c. Alemania*). El período tenido en cuenta comienza a ser considerado desde que una persona es acusada (*Deweert c. Bélgica*). El momento tenido en cuenta en todo caso es aquel en que la persona acusada conoce que la acusación formalada contra él/ella o cuando es afectado/a por las medidas en erlación con la investigación (*Liblik y Otros c. Estonia*).

El plazo se extiende a todo el procedimiento incluida la segunda instancia (*Delcourt c. Bélgica, König c. Alemania*).

2. Evaluación de un plazo razonable

Se habrá de evaluar a la luz de las circunstancias de cada caso (*Boddaert c. Bélgica*). Entre los criterios a valorar destaca la complejidad del asunto -número de acusaciones, número de personas involucradas en el proceso, dimensión internacional, la actitud de la persona que recurre al TEDH -retrasar la investigación, o la conducta del funcionariado de justicia (*König c. Alemania, Neumeister c. Austria*).

“PRESUNCIÓN DE INOCENCIA”

Este derecho impone requisitos en cuanto la carga de la prueba (*Telfner c. Austria*),

presunciones fácticas y legales (*Salabiaku c. Francia*), el privilegio contra la declaración contra sí mismo/a (*Saunders c. Reino Unido*), publicidad antes del juicio (*G. C. P. c. Rumanía*) y expresiones prematuras por el tribunal o por otras autoridades públicas sobre la culpabilidad de la persona acusada (*Alenet de Ribemont*). La presunción de inocencia se ha de respetar a lo largo de todo el proceso (*Minelli c. Suiza*) incluso se extiende a la segunda instancia a pesar de una condena en primera instancia (*Konstas c. Greece*), y en caso de condena póstuma si la persona fallecida no fue juzgada (*Magnitskiy y Otros c. Rusia*). También se extiende a los procesos simultáneos en los que la persona no aparezca como acusada pero se haga una valoración prematura sobre su culpabilidad (*Eshonkulov c. Rusia*). Protege asimismo en caso de absolución o de suspensión (*Allen c. Reino Unido, G.I.E.M.S. R. L c. Italia*) de procesos ulteriores vinculados con el anterior (*Martínez Aguirre c. España*).

“DERECHOS DE LA DEFENSA”

- Información sobre la naturaleza de la acusación

Incluye la información sobre la causa (los hechos) y la naturaleza de la acusación (*Mattochia c. Italia*). No incluye necesariamente la mención de las pruebas en que se basa la acusación (*X. c. Bélgica, Collozza y Rubinat c. Italia*). No se impone ninguna forma concreta en que deba recibir dicha información. La carga de informar recae en la acusación y no puede ser cumplida ni pasivamente haciendo la información disponible (*Chichlian y Ekindjia c. Francia*) ni puede presumirse (*C. c. Italia*). Los defectos en la notificación de la acusación pueden ser remediados en segunda instancia (*Dallos c. Hungría, I.H. y otros c. Austria*). El detalle de la información ofrecida se analiza de forma casuística, pero, por ejemplo, se entiende con información detallada aquella en la que se reflejan los delitos de que se le acusa, el lugar y la fecha de los hechos imputados, la referencia a los artículos de la legislación penal y el nombre de la víctima es mencionado (*Brozicek c. Italia*). Esta información esencial ha de ser notificada en una lengua que comprenda la persona acusada sin que se especifique una forma en concreto. La forma oral de la traducción es admisible (*Husain c. Italia*), no se exige la completa traducción de todos los autos (*X. c. Austria*). El coste de esta traducción debe ser asumido por el Estado (*Luedicke, Belkacem y Koç c. Alemania*).

- Preparación de la defensa

La cuestión de la adecuación del tiempo y de las facilidades ofrecidas se analiza de forma casuística (*Iglin c. Ucrania*), especialmente atendiendo a la naturaleza del proceso, la complejidad del caso y la fase del procedimiento (*Gregacevic c. Croacia*). Los tribunales nacionales deben indicar con suficiente claridad los motivos en los que se basa su decisión en aras de ejercer el derecho a recurrir la decisión (*Hadjanastassiou c. Grecia*)

- Derecho a la propia defensa o asistencia legal (y, en su caso, gratuita)

Se incluye el derecho a defenderse a sí mismo/a excepto en el caso de que los intereses de la Justicia no lo permitan (*Galstyan c. Armenia*). El artículo 6 CEDH no concede un derecho a elegir la forma de defensa (autodefensa o por medio de abogado/a) sino que depende de la legislación nacional (*Correia de Matos c. Portugal*).

El TEDH ha señalado que una persona adquiere el estatus de sospechoso

incluido en el artículo 6 CEDH no cuando haya sido formalmente procesado sino cuando las autoridades nacionales tengan razones plausibles para sospechar que esa persona está relacionada con el delito concreto (*Truten c. Ucrania*), no incluido en la categoría de sospechoso que haga nacer las garantías del artículo 6 CEDH la obtención de información rutinaria incluida la toma de sangre en relación a la participación en un accidente de tráfico (*Srsen c. Croacia*). El derecho a un/a abogado/a no nace solo cuando la persona está siendo interrogada en sede policial sino también durante el resto de acciones procesales como el procedimiento de identificación o reconstrucción de hechos e inspecciones y registros (*Ibrahim Öztürk c. Turquía*), la mera presencia de su abogado/a no es suficiente para compensar la ausencia de la persona sospechosa/acusada (*Zna c. Turquía*). Incluye el derecho no solo a que el/la abogado/a esté presente sino el derecho a que participe activamente a la persona sospechosa durante el interrogatorio policial (*Soytemiz c. Turquía*). En circunstancias excepcionales es posible limitar este derecho siempre que se trate de una limitación temporal y con base legal (*Ibrahim c. Reino Unido*). Por ejemplo, en casos de urgente necesidad de evitar graves consecuencias para la vida, o integridad física o de proteger los derechos de las potenciales víctimas (*Simeonovi c. Bulgaria*). El derecho al acceso a un abogado puede ser dispensado siempre que tal dispensa se produzca tras haber recibido la información sobre sus derechos y los haya comprendido (*Pishchalnikov c. Rusia*). El derecho a elegir un abogado no es un derecho absoluto (*Meftah y Otros c. Francia*) siempre que así lo prevea la ley nacional por motivos de respeto y protección de los intereses de la administración de justicia (*Croissant c. Alemania*). Respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita ha de cumplirse dos condiciones: que la persona muestre (no necesariamente más allá de toda duda sino que indicando que hay suficientes indicios) que carece de medios y que el Estado parte deba ofrecer esta asistencia solo cuando sea requerido atendiendo a los intereses de la Justicia (*Quaranta c. Suiza*). Intereses de la Justicia como la gravedad del delito imputado o la severidad de la consecuencia jurídica (*Benham c. Reino Unido*). Se incluye el derecho a entrevistarse en privado con el abogado sometido a limitaciones excepcionales (*Sakhnoskiy c. Rusia*)

- **Examen de testigos**

El concepto de “testigo” es un concepto autónomo (*Damir Sibgatullin c. Rusia*) que incluye coacusados (*Trofimov c. Rusia*), víctimas (*Vladimir Romanov c. Rusia*), testigos expertos (*Doorson c. Países Bajos*) y oficiales de policía (*Ürek y Ürek c. Turquía*). También se aplica a pruebas documentales (*Mirilashvili c. Rusia*). Es decir, todo aquello que pueda ser utilizado como prueba de cargo (*Kate y Mathhisen c. Noruega*). Todas las pruebas han de ser practicadas en su presencia en una audiencia pública asegurando que la persona acusada tiene la oportunidad de oponerse e interrogar a los testigos en su contra incluso aunque hayan prestado declaración en una fase anterior (*Solakov c. La Antigua República yugoslava de Macedonia*). En caso de que el testigo no esté presente en el juicio, *per se*, no implica una vulneración de los derechos siempre que existan contrapesos suficientes (*Schatschaschwili c. Alemania*). Entre estos contrapesos el TEDH se señalan que se den razones detalladas de la fiabilidad de los testigos (*Przydzial c. Polonia*), la existencia de grabación del interrogatorio del testigo en la fase de instrucción, disponibilidad de corroborar las pruebas en la audiencia o juicio, la posibilidad de que la defensa interroge a los testigos indirectamente (*Paic c. Croacia*). Otras

circunstancias son examinadas casuísticamente como referente a testigos anónimos (*Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*), testigos que se niegan a contestar a las preguntas de la defensa (*Craxi c. Italia*) o imposibilidad de la defensa de acceder a las fuentes en las que los testigos sustenten su declaración (*Donohoe c. Irlanda*). En caso de retractación, el TEDH no otorga preferencia a la declaración del testigo en el juicio sino que analiza el proceso en su totalidad y en concreto en referencia a la posibilidad de la defensa de preguntar al testigo por su retractación (*Vidgen c. Países Bajos*).

- **Interpretación**

El derecho a la asistencia gratuita de un intérprete se aplica exclusivamente cuando la persona acusada no pueda entender o hablar el idioma usado en el juicio (*K. c. Francia*). Que el abogado de la defensa entienda el idioma no es suficiente si la persona acusada no lo entiende (*Kamasinski c. Austria*). Este derecho se refiere tanto a la comunicación oral como al material documental de la fase de instrucción (*Kamasinski c. Austria*). La gratuidad de la asistencia de intérprete no depende de los medios de la persona acusada. Sin embargo, puede exigirse que el acusado costee los servicios de un intérprete de una audiencia a la que no acudió (*Fedele c. Alemania*).

Figura n.8. TEDH respecto del artículo 6 CEDH. Fuente: elaboración propia en base a la información de la página web oficial el TEDH (traducción propia).

Merece ser señalado que muchas de las consideraciones anteriores han sido interpretadas desde los derechos de las víctimas y así nos encontramos que la FRA de la UE señala como incluido en el concepto de la Justicia para las víctimas los siguientes derechos de carácter procesal o ligados a los resultados:

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?



Figura n.9. Concepto de la Justicia. Fuente: FRA

En relación con las nociones autónomas, siguiendo a VALENTINA FAGGIANI “se trata de un método de formación de un Derecho común (...) orientado a colmar la falta de precisión (...) con el fin de elaborar una definición uniforme, un mínimo común denominador, que debe ser respetado por los Estados contratantes”⁴⁷². Así entre otros conceptos, podemos mencionar la noción de “acusación en materia penal” elaborada por el TEDH en el asunto *Engel y otros c. Países Bajos*⁴⁷³. Los tres criterios básicos a los que se refiere el TEDH son la clasificación en la regulación nacional, la naturaleza del delito y la severidad de la consecuencia jurídica. Asimismo, el TEDH ha delimitado la noción de “tribunal en sentido material” en el asunto *Belilos c. Suiza*⁴⁷⁴. Junto con la elaboración de nociones autónomas, el TEDH ha enumerado una serie de “*rasgos fundamentales de un conjunto de derechos procesales no reconocidos de forma explícita en el CEDH*” señalando unos requisitos mínimos como parámetros para valorar la posible violación de los derechos reconocidos⁴⁷⁵.

⁴⁷² FAGGIANI, Valentina, *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización, op. cit.*, esp. pp. 47 y ss.

⁴⁷³ STEDH de 23 de noviembre de 1976, asunto *Engel y otros c. Países Bajos*, demandas 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22engel%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57478%22%5D%7D> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁷⁴ STEDH de 29 de abril de 1988, asunto *Belilos c. Suiza*, demanda 10328/83, ECLI:CE:ECHR:1988:0429JUD001032883, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22belilos%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57434%22%5D%7D> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁷⁵ Vid. FAGGIANI, Valentina, *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización, op. cit.* esp. pp. 52 y ss.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

También es conveniente apuntar que se han establecido obligaciones positivas por vía jurisprudencial europea. Por ejemplo, la obligación positiva de tipificar todas las formas de violación y de abusos sexuales con base al derecho al respecto de la vida privada (artículo 8 CEDH) y el derecho a la integridad física (artículo 3 CEDH)⁴⁷⁶.

Dicho todo lo anterior, una pregunta que puede surgir es si estas garantías mínimas características del que hemos denominado proceso penal europeo consagran un proceso penal “más equitativo” (*due process*) a los procesos penales nacionales de los Estados parte del Consejo de Europa o Estados Miembros de la UE. Entiéndase esta discusión insertada en el debate acerca de la conveniencia o no de una aproximación legislativa procesal que homogenice normas mínimas procesales en los EEMM. Quienes se oponen a ello, además de la falta de habilitación legal (una iniciativa que puede ser considerada *extra legem*) y del respeto a las tradiciones legales de los EEMM (uso del mecanismo de freno de emergencia de los artículos 82.3 y 83.3 TFUE⁴⁷⁷) pueden referirse a la existencia de garantías procesales que cuentan con una mayor protección en sede nacional y que con esta homogenización quedarían opacadas al tratarse de una necesidad de tender hacia el acuerdo entre los EEMM y tratarse de garantías y derechos considerados mínimos. La postura que adoptamos es la de la defensa de la imposición de unas normas mínimas que ya sea por aproximación normativa o por aproximación judicial hagan reconocible un proceso penal europeo y que aparezcan en todos los procesos penales nacionales. Normas de mínimos que como aclara el TFUE en su artículo 82.2 *in fine* “*la adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas*”, esto es la cláusula de regresión.

Ahora bien, podemos preguntarnos si algunos conceptos autónomos que manejan tanto el TJUE como el TEDH pueden imponer un sentido garantista inferior al ofrecido por un Estado Miembro y ser éste el parámetro desde el que valorar si ha existido una violación del CEDH o Derecho europeo⁴⁷⁸. El análisis detallado de cómo un concepto autónomo del TEDH o TJUE puede ser analizado en términos comparativos con cada

⁴⁷⁶ *Ibidem*, esp. p.12. Vid. STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *M.C. c. Bulgaria*, Demanda 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:\[%22M.C.%20c.%20Bulgaria%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRAND CHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61521%22\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:[%22M.C.%20c.%20Bulgaria%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRAND CHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61521%22]}) (Último acceso 10 de diciembre de 2018). O la STEDH de 24 de septiembre de 2007, asunto *Kontrová c. Eslovaquia*, demanda 7510/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD000751004, o la STEDH de 15 de abril de 2009, asunto *Tomasic y otros c. Croacia*, ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD004659806

⁴⁷⁷ Vid. ROSIN, Kaie, KÄRNER, Markus, “The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2018, n. 26, pp. 315-334.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, la imposición europea sobre la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan imponer multas y que sean consideradas materia integrada en el Derecho Penal mientras que algunos EEMM excluyen de esta consideración las infracciones administrativas, de esta forma el TEDH recoge que una persona a la que se le imputa una infracción administrativa puede tener reconocidas las garantías procesales que ofrecen los instrumentos normativos europeos, Vid. ROSIN, Kaie, KÄRNER, Markus, “The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU”, op. cit. esp. p. 322.

una de las nociones procesales nacionales de ese mismo concepto es un arduo trabajo⁴⁷⁹ que excede del interés de este proyecto de tesis pero cuya mención ha de ser realizada a los solos efectos de la repercusión que tiene respecto a los derechos procesales de las víctimas pues el debate es predicable a este ámbito. VALENTINA FAGGIANI afirma que se prefiere un “*nivel de tutela cualitativamente más elevado, aunque reconocido en uno solo de los EEMM*”⁴⁸⁰. Y por tanto, se adoptaría la interpretación más garantista. Así, con JOHN VERVAELE algunos EEMM proclaman la primacía de su Constitución por encima del Derecho europeo señalando tanto la CEDH como la CDFUE como mínimo estándar⁴⁸¹. Por lo que, en opinión de este autor, estos mínimos estándares pueden ser elevados por la jurisprudencia del TJUE y por los marcos constitucionales sin que afecte a la uniformidad ni la efectividad de la UE⁴⁸². Y sin embargo, ¿qué se entiende por más garantista y cómo interpretarlo? La crítica feminista analiza cómo las nociones generales del Derecho como “objetividad”, “neutralidad” o “generalidad”, quizás en este momento también “garantismo”, han sido definidas (y defendidas) desde una visión masculina del Derecho⁴⁸³. Por ejemplo, en el asunto *Kurt c. Austria* de 4 de julio de 2019⁴⁸⁴, el TEDH analiza el concepto de “debida diligencia” y su aplicación al caso concreto invisibilizando, olvidando, y ni siquiera refiriendo el contexto de violencia doméstica y la vulnerabilidad de las víctimas implicadas en el asunto⁴⁸⁵. Así, el TEDH señalaba que la importancia residía en saber si las autoridades conocían o debían de haber sabido que existía un riesgo real e inmediato contra la vida del hijo de la demandante fuera de los lugares a los que se limitaba la orden de protección (apartado 68). En su apartado 70, los hechos que recoge el TEDH y la valoración de los

⁴⁷⁹ De hecho, ni siquiera el TFUE exige demostrar la gravedad del impacto de una propuesta de Directiva a aspectos fundamentales de un ordenamiento jurídico nacional cuando active los mecanismos de freno de emergencia en seno de una disposición del ELSJ, sino solo qué cambios se producirían y por qué la regla nacional se considera fundamental, en ROSIN, Kaie, KÄRNER, Markus, “The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU”, *op. cit.* esp. p. 320.

⁴⁸⁰ FAGGIANI, Valentina, *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, *op. cit.* esp. p. 55.

⁴⁸¹ VERVAELE, John A.E., “European criminal justice in the European and global context”, *op. cit.* esp. p. 3.

⁴⁸² *Ibidem*, esp. pp. 3-4.

⁴⁸³ SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydeé Birgin, *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Anthopos, Barcelona, 2000. Y MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995. Esta última autora se integra dentro de los estudios de la denominada *Feminist Jurisprudence*. Del mismo mod, WEST, Robin, GRANT BOWMAN, Cynthia (Ed.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019. A pesar de que dentro de esta corriente de filosofía del derecho de la *Feminist Jurisprudence* se integre por diversas teorías, comparten tres postulados básicos como así recoge Silvia Barona. A saber: la falsa neutralidad del derecho, la falsa objetividad del derecho y el desmantelamiento del androcentrismo del derecho. Así, BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia”, en *Análisis de la Justicia desde una perspectiva de género*, *op. cit.* esp. pp. 63-64.

⁴⁸⁴ STEDH de 4 de julio de 2019, asunto Kurt c. Austria, demanda n. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0704JUD006290315, <https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng/#%7B%22itemid%22:%5B%22001-194187%22%5D%7D> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁸⁵ El exmarido de la demandante asesinó al hijo de ambos, suicidándose después. La demandante, víctima de violencia de género y madre del hijo asesinado por su exmarido y padre respectivamente, denuncia la falta de protección de la vida de su hijo dada la limitación de la orden de prohibición que impedía al marido acercarse a la casa del antiguo matrimonio y a la de los padres de ella, habiendo referido las amenazas que su exmarido le había dirigido respecto a asesinar a sus hijos durante la tramitación del divorcio. En concreto, *The applicant stated that since the beginning of March 2012 he had been threatening her on a daily basis, always with the same phrases: “I will kill you”, “I will kill our children in front of you”, “I will hurt you so badly that you will beg me to kill you”, “I will hurt your brother’s children if I am expelled to Turkey” (the applicant’s brother lives in Turkey), and “I will hang myself in front of your parents’ door”* (apartado 14).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

mismos son cuanto menos alarmantes al menos desde una perspectiva jurisprudencial española en la que se ha implementado una perspectiva del género. Así, en concreto, el TEDH después de recoger las varias denuncias de la demandante en relación con el maltrato físico y amenazas que sufría por parte de su marido y de los atestados policiales que así lo recogían, señala que a pesar de que el testimonio de ella respecto a la violación que denunciaba era consistente en contraposición a las numerosas contradicciones del marido respecto al mismo hecho, no fue condenado porque no había pruebas físicas. Inmediatamente después señala que “Sin embargo, después de denunciar la supuesta violación, la demandante había estado tres días más en el apartamento que compartía con él”⁴⁸⁶. Es preocupante que el TEDH no haya mantenido su criterio desarrollado en la STEDH en caso *Opuz*⁴⁸⁷ y no haya interpretado el comportamiento de la demandante en el contexto de violencia para valorar la actitud de la demandante permaneciendo en el domicilio conyugal y la respuesta de las autoridades austriacas ante sus continuas denuncias⁴⁸⁸ para valorar “si conocían o deberían haber conocido la existencia de un riesgo real inmediato para la vida del hijo de la demandante” (el conocido como test Osman) pero valorado en un contexto de violencia doméstica. Ya en 2013 el juez *Pinto de Alburquerque* en el marco del asunto *Valiulienė c. Lituania*⁴⁸⁹ criticaba la aplicación del conocido como el test desarrollado en el asunto *Osman*⁴⁹⁰ para valorar la inmediatez del riesgo en casos de violencia doméstica. En este asunto y en concreto en el apartado 116 de la sentencia el TEDH fijaba la necesidad de analizar si las autoridades sabían o debían haber sabido la existencia de un riesgo inmediato y real para la vida y si fallaron en adoptar las medidas en la esfera de su poder. Una apreciación del juez que estuvo en línea con la precisión que el propio TEDH hacía del test de Osman en el asunto *Talpis c. Italia* de 2017⁴⁹¹. En concreto en el apartado 122 de esta última sentencia el TEDH precisaba el test Osman entendiendo que éste debía ser evaluado teniendo en cuenta el contexto de violencia doméstica. En esta particular situación, se ha de valorar la reiteración de episodios de violencia en la unidad familiar. Una apreciación que fue seguida en la STEDH de 9 de julio de 2019,

⁴⁸⁶ Traducción propia.

⁴⁸⁷ STEDH de 9 de septiembre de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, demanda 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-92945%22\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:[%22001-92945%22]) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019) accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22appno%22:\[%2233401/02%22\],%22itemid%22:\[%22001-92945%22\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22appno%22:[%2233401/02%22],%22itemid%22:[%22001-92945%22]) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). En este asunto el TEDH declaró la violación de los artículos 2, 3 y 14 del CEDH tras la demanda de la hija de la mujer asesinada por el exmarido de la hija. Tanto la hija como la madre habían denunciado a sus maridos (padre e hijo) por malos tratos físicos y amenazas. Retiraron las denuncias y no fueron condenados.

⁴⁸⁸ Una violencia basada en el género que ni menciona en la sentencia pero que sí recoge como hecho las palabras que el exmarido le dirigió a la demandante “*He told her that he was a man and she was a woman, so she was obliged to have sex with him*” (apartado 13). Una muestra más de cómo la disparidad en la regulación de la violencia de género a lo largo de la UE genera no solo desprotección sino también la falta de criterios uniformes de interpretación.

⁴⁸⁹ STEDH de 26 de junio de 2013, asunto *Valiulienė c. Lituania*, demanda 33234/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0326JUD003323407, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-117636%22\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:[%22001-117636%22]) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019)

⁴⁹⁰ STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto *Osman c. Reino Unido*, demanda 87/1997/871/1083, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-58257%22\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:[%22001-58257%22]), (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁴⁹¹ STEDH de 18 de septiembre de 2017, asunto *Talpis c. Italia*, demanda 41237/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-171994%22\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:[%22001-171994%22]) Último acceso: 28 de septiembre de 2019.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro víctima?

asunto *Volodina c. Rusia*⁴⁹²⁴⁹³. De este ejemplo preocupan dos extremos. Por un lado, la falta de coherencia del TEDH en la interpretación de las circunstancias que se dan en contextos de violencia doméstica pues no parece tener un criterio coherente. Por otro lado, que la interpretación del Derecho, y con ella la interpretación de los hechos que se consideran probados o no controvertidos, aún en la actualidad sigue predominada por una visión masculina del mundo. En este sentido, podríamos valorar si la paridad (o mejor dicho, la falta de paridad) en la composición del TEDH puede tener alguna incidencia en sus decisiones. En el asunto *Osman c. Reino Unido* la Gran Sala estaba compuesta por 20 jueces hombres. En *Talpis c. Italia* la composición de la sección primera estaba constituida por dos mujeres, la presidenta Mirjana Lazarova Trajkovska, y la jueza Kristina Pardalos. En el asunto *Volodina c. Rusia* la tercera sección estaba integrada por 2 mujeres, Alena Poláčková y María Elósegui, de siete jueces. En *Kurt c. Austria* la quinta sección estaba compuesta por una mujer, la presidenta Angelika Nußberger, de entre siete jueces. Actualmente de la composición del TEDH es de 15 mujeres y 32 hombres, 47 jueces/zas⁴⁹⁴. Si bien sabemos que la perspectiva de género no va asociada al sexo de la persona, sino que es una herramienta de análisis, no deja de ser curioso que de las anteriores STEDH mencionadas con respecto a la aplicación del test de Osman las que lo entendían y analizaban en relación al contexto de violencia doméstica del asunto concreto contaban con al menos dos mujeres en su composición⁴⁹⁵.

3. Un Derecho Procesal penal ¿pro víctima?

En este epígrafe se pretende analizar la incidencia que la progresiva regulación de los derechos de las víctimas de delitos ha conllevado en la configuración de las características esenciales del proceso penal europeo. Una incidencia cuya intensidad determina que valoremos la particularidad de si nos encontramos ante un proceso penal europeo cuyo desenvolvimiento garantiza los derechos de las presuntas víctimas convirtiéndolo en un proceso penal *pro víctima*. Una característica que, de la misma forma que las garantías procesales de la persona acusada singularizaron el proceso penal

⁴⁹² STEDH de 9 de julio de 2019, asunto *Volodina c. Rusia*, demanda 41261/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD004126117, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-194321%22>; (Último acceso: 28 de septiembre de 2019).

⁴⁹³ Una reflexión crítica sobre la falta de consistencia de la doctrina del TEDH respecto a la aplicación del test Osman en casos de violencia doméstica es analizada por la abogada Zane Ratniece RATNIECE, Zane, “A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case: Kurt v. Austria”, Recurso electrónico, en <https://strasbourgothers.com/2019/08/13/a-worrisome-reasoning-by-the-strasbourg-court-in-a-domestic-violence-case-kurt-v-austria/> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). Agradezco al profesor Julio Pérez Gil haberme facilitado este análisis crítico donde la autora expresa la preocupación por el pronunciamiento del TEDH no continuador de su doctrina.

⁴⁹⁴ Página oficial del TEDH <https://www.echr.Consejo de Europa.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=> (Último acceso: 28 de septiembre de 2019).

⁴⁹⁵ La composición paritaria de los tribunales es una de las principales reivindicaciones de la Asociación Internacional de Mujeres Juezas. Vid. <http://www.iawj.org/> (Último acceso: 28 de septiembre de 2019). La necesidad de una composición paritaria de los tribunales es expuesta por la magistrada Lucía Avilés. en su trabajo “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, en *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 71-137, esp. 112 y ss.

moderno, singulariza el proceso penal del siglo XXI. Dado que se trata de un proceso penal que no solo nace con una posible victimización y su denuncia, puesto que esto ha ocurrido desde las primigenias formas de proceso penal si bien la mirada se dirigió exclusivamente a la persona a la que se le imputaba el hecho, sino que la presencia de la presunta víctima durante todas las fases del proceso penal es garantizada, protegida y parámetro desde el que medir el carácter equitativo del proceso. Debemos precisar que con “presencia de la presunta víctima” no nos limitamos al sentido gramatical del término, sino que aludimos a que los derechos de las víctimas forman parte de las normas procesales que han de ser observadas por los tribunales como *conditio sine qua non* de la consideración del proceso debido.

Todas estas ideas pueden acercarnos a la consideración de un tercer modelo de proceso penal denominado “victim participation model”⁴⁹⁶. Siguiendo a JOHN VERVAELE, este tercer modelo se diferenciaría del *crime control model* y del *due process model*⁴⁹⁷, y estaría focalizado en la participación de las víctimas en el proceso penal.

Ahora bien, puede considerarse que estas ideas tienen más presencia teórica que práctica, y más extraprocesal que procesal. Siguiendo a JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER la suerte de los derechos de las víctimas está ligada a la suerte de un proceso penal europeo que el autor entiende inexistente al carecer de armonización. En concreto JUAN GÓMEZ COLOMER afirma que “*si gozáramos ya de un proceso penal europeo, la situación de la víctima del delito no sería la que es hoy, más una preocupación extraprocesal que procesal, porque en Europa, que no en España, se sigue sin abordar el problema fundamental de si la víctima debe ser parte plena acusadora en el proceso penal, como ocurre en España, o no*”⁴⁹⁸. Ello no obsta para que el autor reconozca la mejora de la posición procesal de la víctima, mejora que considera de peor calidad y mucho más lenta. Y es que no podemos obviar que ya sea por las iniciativas de mínimos que han sido adoptadas en relación con las víctimas de delitos, ya sea por la armonización por vía jurisprudencial del TEDH y TJUE como hemos apuntado, existen unas normas mínimas y unos criterios hermenéuticos uniformes que nos permiten afirmar que el proceso penal europeo descrito en el anterior apartado es un proceso penal *pro victima*, esto es, un proceso penal que garantiza que los derechos procesales y materiales de las víctimas sean protegidos e interpretados de la forma más favorable a su ejercicio. Esta afirmación, no obstante, y recuperando la opinión de JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER, parece tener mayor incidencia en la teoría que en la práctica.

⁴⁹⁶ EVAN BELOOF, Douglas, “The third model of criminal process: the victim participation model”, *Utah Law Review* 1999, <http://epubs.utah.edu>

⁴⁹⁷ VERVAELE, John A .E., “El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal”, en Montserrat de Hoyos (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15-30, esp. p.17.

⁴⁹⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Víctimas del delito y Europa”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* 2015, n.17, pp. 100-129, esp. p. 107.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro víctima?

3.1 Las víctimas de delitos en la UE

Corriendo el año 2020, una mirada retrospectiva respecto de la situación de las víctimas en el ELSJ nos debe llevar a preguntarnos por la efectividad de los instrumentos normativos europeos de carácter procesal penal. Desde una consideración amplia, habríamos de fijarnos tanto a los publicados en una fase anterior al Tratado de Lisboa como aquellos publicados en base al artículo 82.2TFUE y de estricto carácter procesal penal, así como a otros instrumentos normativos basados en la habilitación legal del artículo 83.1 TFUE y que además de normas de mínimos en búsqueda de una aproximación legislativa contienen prescripciones de contenido procesal. Entendiendo por “efectividad” el grado de cumplimiento de dichos instrumentos normativos, esto es, si dichos instrumentos han alcanzado los fines que se proponían.

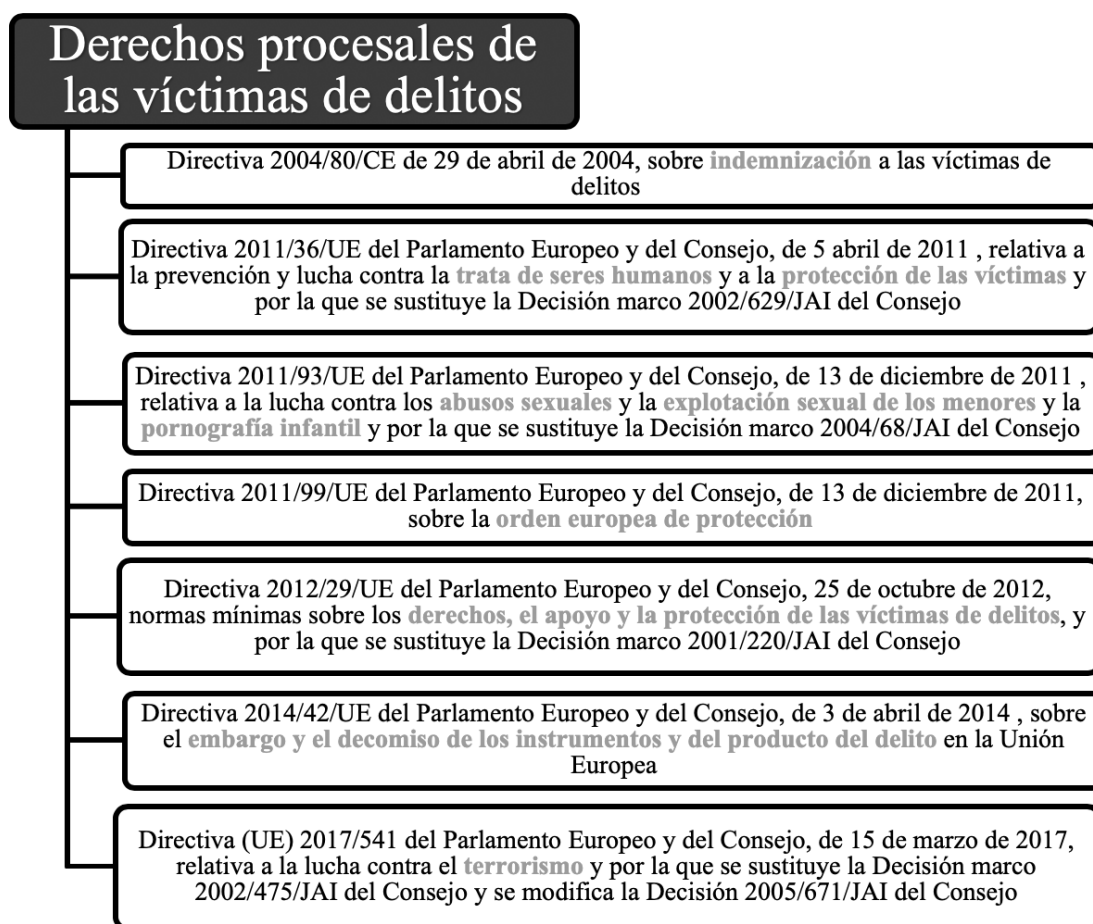


Figura n.10. derechos procesales de las víctimas. Fuente: elaboración propia.

A pesar de algunos de estos seis instrumentos normativos son de carácter material, incluyen aspectos procesales penales y es por ello por lo que los hemos agrupado en el mismo gráfico y bajo dicho título. En este momento nos vamos a referir en concreto a la Indemnización a las víctimas de delitos, la OEP y el Estatuto de las víctimas de delitos.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

En lo que respecta a la indemnización a las víctimas de delitos, como recoge HELENA SOLETO⁴⁹⁹, fue en el seno del Consejo de Europa donde se recogió la necesidad de regular las indemnizaciones de las víctimas de delitos con el Convenio Europeo para la compensación de las víctimas de delitos violentos de 1983⁵⁰⁰. Así también con la Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal en la que se exigía ofrecer información a la víctima sobre la indemnización (apartado 9) así como la imposición de una indemnización a cargo de la persona condenada (apartado 10) y la exigencia de que el tribunal tenga en cuenta las lesiones de la víctima para establecer el *quantum* de la condena (apartado 12)⁵⁰¹.

NNUU por su parte en el año 1985 publicaba la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder⁵⁰² en la que establecían no solo la obligación de la persona condenada de resarcir a la víctima sino la obligación del Estado de procurar una indemnización cuando la procedente de la persona condenada no fuera suficiente.

La UE publicó la Directiva 2004/80/CE de 29 de abril de 2004, sobre indemnización a las víctimas⁵⁰³ ratificada por todos los EEMM⁵⁰⁴. Como señala BEGOÑA VIDAL⁵⁰⁵, este instrumento junto con la Directiva 2011/99/UE, el Reglamento 606/2013 y la Directiva 2012/29/UE regulan a nivel UE los derechos de las víctimas de delitos desde una faceta procesal (civil y penal).

El informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2004/80/CE⁵⁰⁶ arrojaba unos índices muy bajos respecto a la incidencia práctica de la Directiva aludiendo como posibles obstáculos al carácter reciente de la transposición, barreras lingüísticas, falta de conocimientos sobre el sistema legal y procedimientos de los otros EEMM y diferentes actitudes hacia la rapidez y eficiencia. La Comisión señalaba la necesidad de mejorar el funcionamiento de la Directiva en concreto en lo que se refiere

⁴⁹⁹ SOLETO MUÑOZ, Helena, “La reparación económica a la víctima en el sistema Español”, *Processo penale e giustizia* 2017, n. 5, pp. 951-959.

⁵⁰⁰ N.116, de 24 de noviembre de 1983, accesible en <https://www.Consejo de Europa.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/116> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). No ratificado ni por Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Polonia, Eslovenia, Ucrania, accesible en https://www.Consejo de Europa.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/116/signatures?p_auth=ITHQgRdE (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁰¹ Recomendación n.(85)11, sobre la posición de la víctima dentro del marco de la ley y procedimiento criminales, mencionada en la Recomendación Rec (2002)5, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 30 de abril de 2002, accesible en http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁰² Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, accesible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁰³ DOUE de 6 de agosto de 2004, n. L 261, pp. 15-18, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32004L0080> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁰⁴ Información oficial accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=celex:32004L0080> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁰⁵ VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Reparación de las víctimas de delito en la Unión Europea: tutela por el tribunal de Justicia de la UE del derecho a la indemnización”, *Revista de Estudios Europeos* 2015, n. 66, pp. 1-24.

⁵⁰⁶ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2004/80/CE del Consejo sobre indemnización a las víctimas de delitos [SEC(2009) 495], COM(2009)0170 final, de 20 de abril de 2009, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0170&from=en> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

a la recogida de datos por parte de los EEMM, mejorar la información que se le ofrece a la ciudadanía dado que parece que el bajo índice de solicitudes se deben entre otros aspectos a la falta de conocimiento de la existencia de la posibilidad de solicitar indemnizaciones y la forma de hacerlo, garantizar que se respeta las disposiciones de la Directiva respecto a la lengua, y por último la necesidad de ofrecer una información más clara y transparente sobre los regímenes nacionales. La Comisión no planteaba ninguna modificación de la Directiva. Once años más tarde, el Parlamento Europeo en su Resolución de 2018 sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE⁵⁰⁷ se refería a la indemnización de las víctimas lamentando la insuficiencia del acceso a indemnizaciones (apartado 4), pedía a los EEMM que se tomen medidas para garantizar los derechos de todas las víctimas a indemnización (apartado 12), refiriéndose en concreto a las víctimas no residentes (punto 54), así como la mejora de la información y asistencia jurídica gratuita a las víctimas de terrorismo para que obtengan una decisión sobre la indemnización (apartado 71) y pedía que se establezcan mecanismos para recaudar los pagos en concepto de indemnización por parte de las personas condenadas (apartado 79). Estas ideas son puestas de relieve como una situación general del derecho a la indemnización. Si nos detenemos en la situación particular de algunos Estados, la satisfacción del derecho de las víctimas a una indemnización en España es muy mejorable, siguiendo las conclusiones del estudio liderado por HELENA SOLETO⁵⁰⁸. A este respecto es interesante mencionar la STJUE de 11 de octubre de 2016 en la que el TJUE condenó al estado italiano por incumplimiento de la Directiva al no haber garantizado un régimen de indemnización para víctimas de delitos dolosos violentos⁵⁰⁹. En esta línea, en fecha de 19 de febrero de 2019 se presentó una petición de decisión prejudicial planteada por la *Corte suprema di cassazione* (Italia) respecto a si una indemnización de 4.800€ (un importe fijo para todas las víctimas de delitos dolosos violentos) puede ser considerada una indemnización “justa y adecuada” a la luz del artículo 12 de la Directiva en un caso respecto a una víctima de agresión sexual⁵¹⁰.

Estas consideraciones sobre el régimen de las indemnizaciones a nivel general en UE junto con los resultados del análisis de algunas situaciones nacionales⁵¹¹ nos llevan

⁵⁰⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2016/2328(INI)), de 30 de mayo de 2018, accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0229_ES.html (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁰⁸ Vid. SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, Dykinson, Madrid, 2018, esp. pp. 91 a 94. A modo de ejemplo, las autoras concluyen que “*menos de la mitad de las víctimas cobran toda la indemnización, un tercio no cobra nada, existe mayor probabilidad de cobro si la persona condenada no ingresa en prisión o el cobro es más probable en una cuantía inferior a 1.600€*”.

⁵⁰⁹ STJUE de 11 de octubre de 2016, C-601/14, ECLI:EU:C:2016:759, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=28645843BE3CED19C78278388D8CF541?text=&docid=184425&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1003727> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵¹⁰ Petición de decisión prejudicial, asunto C-129/19, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=indemnizaci%25C3%25B3n&docid=214568&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1020731#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵¹¹ El Parlamento Europeo en su informe respecto a la implementación de la Directiva sobre víctimas mencionaba, por ejemplo, la disparidad en cuanto a las compensaciones pecuniarias en casos de terrorismo oscilando “*entre el euro simbólico de algunos EEMM y los 250.000 euros o más de otros*” (Nota a pie de página número 17).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

a concluir que el derecho a la indemnización no resulta satisfecho de forma óptima por los EEMM.

En lo que respecta a la OEP, nos referiremos con mayor profundidad a este instrumento cuando abordemos el análisis del derecho a la protección dentro del Capítulo Séptimo⁵¹². En este momento nos interesa apuntar que en la Resolución de 2018 sobre la aplicación de la OEP⁵¹³, el Parlamento lamentaba la “*laguna en la coordinación y la comunicación entre los Estados miembros durante la ejecución de una OEP*” (punto 7), subrayaba la necesidad de mejorar la recogida de datos estadísticos (punto 8) instando a la Comisión la creación de un *Sistema de Registro Europeo para la recopilar información sobre las OEP* (punto 9), apelaba a la utilización de un sistema de gestión digital para facilitar la coordinación (punto 10), pedía la aplicación de la “*perspectiva de género en relación con la oferta de asistencia y medidas de apoyo*” (punto 14). En general ponía de relieve el incumplimiento del estatuto de la víctima en los EEMM, así como que el desconocimiento de los instrumentos normativos que reconocen derechos a las víctimas es la primera causa del diferente grado de solicitud de órdenes de protección nacionales y europeas (punto 38), apelaba a que se activara la cláusula pasarela para una definición europea común de violencia contra las mujeres y niñas en base al artículo 83.1 TFUE (punto 42) y a la convergencia de la legislación relativa a las conductas violentas (punto 43), pedía la ratificación y aplicación del Convenio de Estambul y la dotación de recursos económicos y humanos (punto 45), y terminaba considerando que los déficits de la Directiva se podrían neutralizar mediante la aplicación coordinada de los otros instrumentos normativos dirigidos a la protección de las víctimas (punto 48). La baja incidencia práctica a la que aludía el Parlamento se basaba en la evaluación de implementación de la Directiva 2011/99/UE que realizaba el propio Parlamento Europeo en 2017⁵¹⁴.

En este estudio solo se identificaron siete OEPs. Un dato que el Parlamento entendía como llamativo si tomamos como referencia que en 2010, 118.000 mujeres residentes en la UE tenían a su favor una orden de protección en relación con casos de violencia de género. El Parlamento señalaba como causas de esta escasa adopción de la OEP la variedad de las medidas de protección a lo largo de la UE (de carácter civil, administrativo, penal), la disparidad entre los EEMM en la protección de las víctimas en caso de quebrantamiento de las medidas de protección (desde algunos EEMM con

⁵¹² Vid. ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Eficacia transnacional de las medidas de protección adoptadas en favor de la víctima en el proceso penal: emisión en España de órdenes europeas de protección conforme a la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, en Juan Luis Gómez Colomer, *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Col.lecció “Estudis jurídics”, n.22, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015, pp. 751-14.

⁵¹³ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, P8_TA(2018)0189, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0189+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵¹⁴ Parlamento Europeo, EPRS | *European Parliamentary Research Service*, Septiembre 2017, accesible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU\(2017\)603272_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/603272/EPRS_STU(2017)603272_EN.pdf) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

instrumentos tecnológicamente avanzados a EEMM sin monitoreo de los mecanismo de protección) lo que hace imposible un sistema pretendidamente idéntico o equivalente de protección, la posibilidad de denegación de la adopción de una OEP en caso de que no exista doble incriminación, y por último, la falta de formación entre los/las operadores jurídicos. Estos datos escasos los ponía de relieve LUÍS GÓMEZ AMIGO en el caso español donde, aun siendo uno de los único Estados que han solicitado la adopción de una OEP solo en dos resoluciones se referían en concreto a la OEP⁵¹⁵.

La mayoría de las recomendaciones que realizaba el Parlamento son consecuencia de la falta de aproximación legislativa en lo que respecta al Derecho Penal y Derecho Procesal penal (y civil) europeo, y en particular, las discrepancias en cuanto a los delitos tipificados y los mecanismos de protección. Como pone de manifiesto SIMONE LONATI, sin embargo, aun siendo un instrumento de reconocimiento mutuo y no de armonización, la Directiva OEP asegura que las medidas de protección no sean similares, sino que se correspondan al mismo nivel de protección que se adoptaría en un caso interno, y que sean ajustadas al nivel de protección más elevado⁵¹⁶. El autor señala, asimismo, otras características de la OEP como que aquellos EEMM con un nivel de protección inferior al establecido en la Directiva OEP deben ajustarse al estándar mínimo fijado en la Directiva, su eficacia limitada a los Estados de emisión y ejecución, así como que el nivel de protección depende de las características procesales nacionales⁵¹⁷. El autor concluye que de los tres objetivos principales de la Directiva (evitar futuros delitos del presunto delincuente, proveer a la víctima de garantías de protección en el Estado Miembro a donde se dirija y evitar discriminación en dicho Estado), al menos los dos últimos no se han conseguido⁵¹⁸. Lo que lleva a considerar que la Directiva establece un nivel de protección a las víctimas de carácter teórico y simbólico que queda muy limitado, señala el autor, en tanto no exista armonización legislativa respecto al Derecho Penal y Procesal Penal⁵¹⁹.

En referencia al grado de cumplimiento de los objetivos propuestos por la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, apoyo, la protección de las víctimas de delitos⁵²⁰, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la

⁵¹⁵ GÓMEZ AMIGO, Luís, “La orden europea de protección y su aplicación en España”, *Revista General de Derecho Procesal* 2017, n. 43, <http://www.iustel.com>

⁵¹⁶ LONATI, Simone, “Is the European Protection Order Sufficiently Robust to Prevent any Discrimination among Victims Moving Across the European Union? An Assessment of the First Seven Years”, *European Criminal Law Review* 2018, n. 3, vol. 8, pp.313-439, esp. pp.351-352.

⁵¹⁷ *Ibidem*, esp. p. 353.

⁵¹⁸ *Ibidem*, esp. p. 365. Entre otras razones de esta afirmación destacamos que según Simone Lonati las medidas de protección en el estado de ejecución se requieren que se correspondan, y el tratamiento no discriminatorio que se ha de dispensar a las víctimas, ya sean víctimas con o sin carácter transfronterizo que en teoría garantiza la directiva no se llega a materializar en la aplicación práctica de la Directiva. Este trato discriminatorio se da tanto respecto a los distintos niveles de protección que cada sistema legal ofrece a las víctimas como en el tratamiento de las víctimas nivel interno en los EEMM.

⁵¹⁹ *Ibidem*, esp. p. 366.

⁵²⁰ Transpuesta por todos los EEMM excepto por Dinamarca no vinculada de conformidad con el apartado 71 de la Directiva 2012/29/UE, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32012L0029> (último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿*pro victima*?

que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁵²¹, el Parlamento recordaba que con la Directiva se proponía situar a la víctima en el “*centro del sistema de justicia penal*”(punto 14). Destacaba como puntos negativos en su materialización el acceso a los servicios de apoyo (procedimientos complejos, carencias del sistema, insuficiente acceso a la asistencia jurídica y a la indemnización, no disponer de recursos financieros, falta de coordinación entre los servicios e incoherencia en la derivación); no ofrecer información en más de una lengua y la falta de previsión legislativa en situaciones con carácter transfronterizo unido a la falta de garantías legales para que la falta de permiso de residencia o situaciones de precariedad no reduzcan la virtualidad de los derechos de las víctimas (punto 4). En el punto 8 señalaba cómo algunos EEMM no realizan evaluaciones individuales. En el punto 9 lamentaba que la limitación del derecho a la asistencia jurídica gratuita se limitara a que la víctima tenga el estatuto de parte en el proceso penal (señalando especialmente su incidencia negativa en las víctimas de violencia de género). En el punto 11 subrayaba la falta de coherencia de la Directiva con otros instrumentos que regulan derechos de las víctimas, recomendando en el punto 42 que la Comisión neutralice las deficiencias de la Directiva 2012/29 por medio de la coherencia e interacción con el resto de instrumentos.

El Parlamento centraba sus recomendaciones en mejorar la información que se ofrece a la víctima, la necesidad y exigencia de proceder a una evaluación individual, la mejora de los servicios de apoyo, señalaba la formación como herramienta para “*armonizar y normalizar los procedimientos entre Estados miembros, así como para lograr un trato equitativo de los ciudadanos europeos*”, la exigencia de formar en perspectiva de género así como para “*desarrollar una mentalidad que les permita acercarse a las características y necesidades específicas de cada tipo de víctima, para ayudar a los profesionales a prevenir la violencia y prestar una asistencia adecuada a los grupos vulnerables, como los niños, las mujeres víctimas de la violencia de género, las víctimas de la trata de seres humanos, las personas LGBTI y las personas con discapacidad*” (punto 21), mejora de la asistencia (legal y financiera) en situaciones transfronterizas, de suma importancia sus recomendaciones respecto a los derechos procesales (puntos 29 a 39), pedía que se tipificara el delito de acoso a los siete EEMM que aún no lo hayan tipificado siguiendo las prescripciones del Convenio de Estambul (punto 47) apelando a la aplicación conjunta de ambos instrumentos (Directiva 2012/29 y Convenio de Estambul) en casos de violencia de género (punto 70).

De esta resolución del Parlamento Europeo parece evidente concluir que queda un largo camino para que el proceso penal europeo sea un proceso *pro victima* como preconizaba la Directiva 2012/29.

Podríamos señalar en este momento algunas sentencias del TJUE respecto a la Directiva 2012/29.

⁵²¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, *op. cit.*

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

En la STJUE de 29 de julio de 2019, *Gambino y Hyka*⁵²² el asunto se centra en si la Directiva (en concreto los artículos 16, 18 y 20) se opone a que una legislación nacional obligue a la víctima a declarar de nuevo ante un órgano judicial en el que ya prestó declaración en fase de enjuiciamiento pero cuya composición ha sido modificada con posterioridad en el caso de que una de las partes se niegue a la lectura de las declaraciones prestadas ante el órgano judicial antes de que su composición fuera modificada. El tribunal que planteaba la cuestión entiende que, si la decisión de proceder a la lectura de las declaraciones de las víctimas se hace depender de la voluntad de todas las partes, podría dar lugar a abusos por parte de la defensa que, con un interés meramente dilatorio del proceso, se oponga conculcándose de esta forma el derecho de las víctimas a recibir una indemnización en un plazo razonable de conformidad con el artículo 16 de la Directiva. Es muy interesante las referencias a la jurisprudencia del TEDH que el TJUE realiza en cuanto al concepto de proceso equitativo, proceso justo y el principio de inmediación dada la correspondencia que encuentra entre los artículos 47 y 48 CDFUE con los artículos 6.1 y 6.2 y 3 CEDH⁵²³. El TJUE fallaba que el derecho a recibir una indemnización no quedaba menoscabado por el simple hecho de que se proceda a una nueva declaración de la víctima, que el ejercicio de los derechos del artículo 16 y 18 de la Directiva no pueden menoscabar los derechos de la defensa y que el artículo 16 de la Directiva no establecía la limitación de la toma de declaración de la víctima a una sola vez (apartados 47-59). Ello, no obstante, recordaba la jurisprudencia del TEDH en cuanto a la posibilidad de dar lectura al acta que recoja la declaración de las víctimas en el sentido de que corresponde al órgano judicial de instancia comprobar el carácter determinante del interrogatorio de la víctima en cuanto al enjuiciamiento de la persona acusada, la consagración de garantías procesales sólidas y de que no se produzca la vulneración de un proceso equitativo mediante la práctica de la prueba (apartado 55).

Aún refiriéndose a la Decisión Marco de 2001/220/JAI no ha de olvidarse la referencia a la STJUE en el caso *Pupino*⁵²⁴. La cuestión se centraba en si el TJUE interpretaba que los artículos 2, 3 y 8.4 de la DM obligaban al órgano judicial a autorizar que los niños presuntas víctimas de lesiones físicas y psicológicas prestaran declaración como prueba anticipada, antes de la celebración de la vista. El TJUE interpretaba dichos artículos en el sentido de que dada la vulnerabilidad de las víctimas (aludiendo a que eran niños de corta edad, y presuntas víctimas de su maestra) el órgano judicial debía poder autorizar la práctica anticipada de la prueba siempre que no se

⁵²² STJUE (Sala Primera) de 29 de julio de 2019, asunto *Gambino*, C-38/18, ECLI:EU:C:2019:628, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Directiva%2B2012%252F29%252F&docid=216548&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=10469206#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵²³ DOUE de 14 de diciembre de 2007, C-303, pp. 17-35, Explicaciones sobre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007X1214(01)&from=EN) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵²⁴ STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, asunto *María Pupino*, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59363&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10601636> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro víctima?

conculcaran los derechos de la acusada y los principios de un proceso equitativo de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH (apartados 56 y 60).

Así como a la STJUE en el asunto *Katz c. István Roland Sós*⁵²⁵ también referida a la Decisión Marco 2001/220/JAI, un caso en el que el señor Katz se constituyó como acusación particular sustitutoria (una figura procesal del Derecho húngaro para cuando el Ministerio Fiscal retire la acusación) y solicitaba participar además como testigo de su propia victimización (una posibilidad que el Derecho húngaro sí permite expresamente en caso de que la víctima se constituya como acusación privada. Ver apartado 22). El TJUE señalaba en su apartado 45 que *“aunque una víctima que actúa en calidad de acusación particular sustitutoria puede reclamar que se le aplique el estatuto previsto por la Decisión marco para las víctimas, no es menos cierto que ni el artículo 3, apartado 1, de dicha Decisión ni ninguna otra disposición de la Decisión marco proporcionan precisiones sobre el régimen de prueba aplicable a las víctimas en el procedimiento penal”*⁵²⁶. Precisaba en su punto 49 que *“corresponde al órgano jurisdiccional nacional garantizar concretamente que la práctica de la prueba en el procedimiento penal, considerada en su conjunto, no menoscabe el carácter justo del procedimiento en el sentido del artículo 6 del CEDH, tal y como lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*⁵²⁷ Declaraba que sus artículos 2 y 3 habían de ser interpretados en el sentido de que *“no obligan a un órgano jurisdiccional a autorizar a la víctima de un delito a declarar como testigo en un procedimiento penal con acusación particular sustitutoria como el procedimiento principal. No obstante, si no dispone de esa posibilidad, ha de poder autorizarse a la víctima a realizar una declaración que pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba.”*⁵²⁸

También podríamos mencionar la STJUE en los asuntos *Magatte Gueye y Valentín Salmerón*⁵²⁹ en la que el TJUE declaraba que los artículos 2,3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI podrían convivir con la *“imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho Penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.”* Lo que a todas luces se entiende consecuencia de la titularidad del *ius puniendi* y la necesidad de evitar que las (presuntas) víctimas se arrojen facultades que no les competen.

⁵²⁵ STJUE (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2008, asunto *Katz c. István Roland Sós*, C-404/07, ECLI:EU:C:2008:553, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=15C38841D61A6853D1CE409E69896897?text=&docid=69094&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2184053> (último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵²⁶ Traducción propia.

⁵²⁷ Traducción propia.

⁵²⁸ Traducción propia.

⁵²⁹ STJUE (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011, C-483/09 *Magatte Gueye*, y C-1/10 *Valentín Salmerón*, ECLI:EU:C:2011:583, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109603&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2190807> (último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

A fecha de enero de 2018 se presentó una cuestión prejudicial ante el TJUE preguntando si “*Deben interpretarse los artículos 16, 18 y 20, letra b), de la Directiva 2012/29/UE 1 en el sentido de que se oponen a que la víctima de un delito deba prestar de nuevo declaración ante el órgano jurisdiccional a raíz de su modificación si, con arreglo a los artículos 511, apartado 2, y 525, apartado 2, del Codice di Procedura Penal (Código de Procedimiento Penal) —tal como han sido interpretados de forma reiterada por la jurisprudencia de casación—, una de las partes procesales deniega el consentimiento para la lectura de las actas de las declaraciones prestadas anteriormente por la víctima, de conformidad con el principio de contradicción, ante un juez distinto en el mismo proceso?*”⁵³⁰. Será interesante la interpretación que realice el TJUE al respecto dada su incidencia en el respeto de los derechos de las víctimas, en concreto su protección, y en el derecho de las personas acusadas a la contradicción.

3.2 El CEDH y la titularidad de las víctimas

Llegado este punto podríamos preguntarnos si es posible atribuir a las víctimas la titularidad de los derechos de carácter procesal incluidos en el artículo 6 CEDH en los mismos términos que el TEDH se los atribuye a las personas acusadas.

Hay que decir que el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones en cuanto a la faceta procesal del artículo 13 CEDH. En concreto, podemos referirnos a la STEDH en el asunto *Aksoy c. Turquía* de 1996⁵³¹ en cuyo apartado 98 se señalaba que en relación con una denuncia de tortura por agentes estatales, la expresión jurídica “recurso efectivo” incluía que el pago de la indemnización fuera apropiado, una investigación efectiva que pueda llevar a la identificación y castigo de las personas responsables e incluye el acceso efectivo de la persona denunciante al procedimiento de investigación⁵³².

El TEDH ha reconocido la aplicación del artículo 6.1 CEDH a la víctima por ejemplo en el asunto *S.N. c. Suecia*⁵³³. Un asunto sobre una presunta víctima de abusos sexuales menor de edad cuya primera declaración fue grabada en vídeo y a cuya

⁵³⁰ Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bari (Italia) el 19 de enero de 2018 — Proceso penal contra Massimo Gambino y Shpetim Hyka, asunto C-38/18, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=V%25C3%25ADctimas&docid=201335&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4947703%20-%201#ctx1> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵³¹ STEDH de 18 de diciembre de 1996, asunto *Aksoy c. Turquía*, demanda 21987/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext":\["Aksoy"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58003"\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵³² Vid. FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime. Part I*, 2019, esp. p. 28, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-1-standards_en.pdf (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵³³ STEDH de 2 de octubre de 2010, asunto *S.N. c. Suecia*, demanda 34209/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0702JUD003420996, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"%22appno%22":\["%2234209/96%22"\],"%22documentcollectionid2%22":\["%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22"\],"%22itemid%22":\["%22001-60564%22"\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2010). En su apartado 47 el TEDH establecía que “*the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence*”.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

segunda declaración se desarrolló sin presencia del abogado del acusado, pero con la conformidad de éste con su desarrollo pudiendo haber contribuido al interrogatorio y comprobar el resultado⁵³⁴. Del mismo modo se interpretaban en clave victimológica el artículo 6.1 CEDH. Así se incluía la toma en consideración de aspectos como el miedo a declarar y/o a las posibles represalias, la vulnerabilidad, estado psicológico, etc. de las víctimas. Asimismo, se declaraba la necesidad de que exista una equilibrada consideración de los derechos de la persona acusada y de quien, en palabras del TEDH, se “*percibe como víctima*”, así también en los asuntos *Baegen c. Países Bajos*⁵³⁵, *van Doorson c. Países Bajos* (testigo anónimo)⁵³⁶, *P.S c. Alemania*⁵³⁷, *Pérez c. Francia*⁵³⁸ o *N.K. c. Alemania*⁵³⁹.

⁵³⁴ Así se refiere a ella en el apartado 47.

⁵³⁵ STEDH de 27 octubre de 1995, asunto *Baegen c. Países Bajos*, demanda 16696/90, ECLI:CE:ECHR:1995:1027JUD001669690, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext":\["Baegen"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57940"\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵³⁶ STEDH de 26 de marzo de 1996, asunto *Doorson c. Países Bajos*, demanda 20594/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext%22:\[%22Doorson%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-57972%22\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). En concreto en su apartado 70 el TEDH declaraba que “*It is true that Article 6 (art. 6) does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 (art. 8) of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.*”

⁵³⁷ STEDH de 4 de septiembre de 2002, asunto *P.S. c. Alemania*, demanda 33900/96, ECLI:CE:ECHR:2001:1220JUD003390096, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"appno%22:\[%2233900/96%22\],%22itemid%22:\[%22001-59996%22\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). En concreto en sus apartados 22 y 223 el TEDH señalaba que “*in appropriate cases, principles of fair trial require that the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify, in particular where life, liberty or security of person are at stake, or interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention* (apartado 22). *However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6. Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities*” (apartado 23).

⁵³⁸ STEDH de 12 de febrero de 2004, asunto *Pérez c. Francia*, demanda 47287/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0212JUD004728799, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext%22:\[%22p%C3%A9rez%20v.%20France%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61629%22\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). En su apartados 70, 71 y 72 el TEDH subrayaba que *It notes that the Convention does not confer any right, as demanded by the applicant, to “private revenge” or to an actio popularis. Thus, the right to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence cannot be asserted independently: it must be indissociable from the victim's exercise of a right to bring civil proceedings in domestic law, even if only to secure symbolic reparation or to protect a civil right such as the right to a “good reputation” (see Golder v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, p. 13, § 27; Helmers, cited above, p. 14, § 27; and Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, judgment of 13 July 1995, Series A no. 316-B, p. 78, § 58). In any event, the waiver of such a right must be established, where appropriate, in an unequivocal manner (see, mutatis mutandis, Colozza and Rubinat v. Italy, judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, pp. 14-15, § 28, and Meftah and Others v. France [GC], nos. 32911/96, 35237/97 and 34595/97, § 46, ECHR 2002-VII). 71. The Court concludes that a civil-party complaint comes within the scope of Article 6 § 1 of the Convention, except in the cases referred to in the previous paragraph. 72. Such an approach is consistent with the need to safeguard victims' rights and their proper place in criminal proceedings. Simply because the requirements inherent in the concept of a “fair trial” are not necessarily the same in disputes about civil rights and obligations as they are in cases involving criminal trials, (...).*

⁵³⁹ STEDH de 3 de diciembre de 2018, asunto *N.K. c. Alemania*, demanda 59549/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0726JUD005954912, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"itemid%22:\[%22001-185229%22\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro victima?

Las anteriores STEDH sin embargo, no alcanzan a reconocer un derecho de la víctima a ser parte en el proceso penal (se circunscriben a su participación como actor civil) ni consagran un estatuto de la víctima⁵⁴⁰. Ello, no obstante, como reconoce JOHN VERVAELE, esta extensión de la titularidad del artículo 6.1 CEDH a las víctimas/partes civiles supone el reconocimiento de su derecho a ser oídas, “*dentro de un plazo razonable, de forma equitativa/justa por un tribunal independiente e imparcial*”⁵⁴¹.

En el ámbito de la UE, en la STJUE en el asunto *Habran y Dalem c. Bélgica*, el TJUE evaluaba el proceso en su conjunto teniendo en cuenta los derechos de la defensa, pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas en el correcto enjuiciamiento del delito y cuando sea necesario, el respeto de los derechos de los testigos (apartado 96)⁵⁴².

Este análisis respecto de la atribución de los derechos procesales del CEDH a las víctimas nos señala el punto de conexión de dos de los modelos de proceso penal que enunciábamos. A saber, el *due process model* y el *victim participation model*. Lo que por su parte nos podría hacer señalar que no hemos de analizar un modelo bajo el prisma del otro ni viceversa puesto que lo que provoca que un proceso se ajuste a las exigencias del debido proceso no es tanto que prevea la participación de las víctimas como que se respeten los derechos y garantías de la persona acusada. Y bien, sin embargo, ¿han de ser entendidos como compartimentos estancos sin relación ni vinculación? Entendemos que no, dado que el desarrollo de ambos modelos se desenvuelve en el mismo terreno: el proceso penal. Que se haya de oír a las víctimas respetando su derecho a no enfrentarse a la persona acusada ante el temor que esto genera ha de ser interpretado a la luz del derecho de la persona acusada a contradecir la acusación con igualdad de armas, y viceversa. Esta conexión entre ambos modelos bien puede hacer reinterpretar el modelo del debido proceso para que éste sea entendido en relación con la participación de las víctimas.

Todo lo anterior nos llevaría a constatar que actualmente asistimos a la consolidación del tercer modelo de proceso penal que señalábamos siguiendo a JOHN VERVAELE, *victim participation model*. Y como todo proceso de consolidación al que

⁵⁴⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Víctimas del delito y Europa”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, op. cit., esp. p. 119.

⁵⁴¹ VERVAELE, John A. E., “El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal”, en Montserrat de Hoyos (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, op. cit. p. 19.

⁵⁴² STJUE de 29 de mayo de 2017, asunto *Habran y Dalem c. Bélgica*, demanda 43000/11 y 49380/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, Accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Habran%20and%20Dalem%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%222001-170633%22%22%7D> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019). Esta sentencia a su vez mencionaba la STEDH de 15 de diciembre de 2011, asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, demandas 26766/05 y 22228/06, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Tahery%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%222001-108072%22%22%7D> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019) y la STEDH de 15 de diciembre de 2015, asunto *Schatschaschwili c. Alemania*, demanda 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Schatschaschwili%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%222001-159566%22%22%7D> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro víctima?

se asiste con una perspectiva coetánea, hemos de poner de relieve sus logros, sus deficiencias y sus posibilidades de mejora.

Resultaría muy interesante valorar cómo esta consideración de los derechos de las víctimas discurre por un camino paralelo y conectado con reivindicaciones políticas de movimientos sociales a favor de los derechos de las personas vulnerables (como las personas menores de edad), de colectivos minoritarios (como personas migrantes, grupos religiosos), colectivos minorizados (como las mujeres), colectivos marginalizados (diferentes grupos étnicos, personas con diversidad funcional, personas con la capacidad intelectual modificada) etc. En definitiva, las consideraciones de estos movimientos y sus discursos jurídicos penetraron en un sistema jurídico hasta ese momento impenetrable. Cuando ZYMUNT BAUMAN denominaba “modernidad líquida” a la situación actual histórico-política, social, afectiva, económica, ... no es sino desde una mirada a la solidez de lo que representa un *status quo* basado en la antisubdiscriminación⁵⁴³. Estos movimientos y discursos dan voz a quienes hasta ese momento no han podido dar su opinión, tomar decisiones de incidencia pública y aportar su perspectiva. Con ello lo que queremos poner de relieve es que históricamente los cambios de raíz, los cambios radicales, de la forma y el contenido de los procesos penales han sido consecuencias de cambios de raíz promovidos por la coyuntura histórica del momento en que tienen lugar. Estos cambios y modificaciones fueron acogidas de forma dispar por la “academia” e inspiraron nuevas teorías y/o supusieron la readaptación de las existentes. ¿Estamos en ese momento de cambios radicales? A nadie le debería de extrañar que las reticencias que genera el binomio “víctima-proceso penal” tiene mucha relación con la forma en que hasta este momento hemos entendido el proceso penal⁵⁴⁴.

En este recorrido podríamos valorar la modificación de la CEDH en el que se reconocieran de forma expresa a las víctimas la titularidad de los derechos que proclama. Éste sería sin duda un paso adelante en el reconocimiento del papel que desempeñan las víctimas en el proceso penal como mecanismo para prevenir la comisión de delitos, perseguir los delitos y proteger a las víctimas. Un proceso penal en el que las víctimas no hayan sido protegidas, oídas, creídas y resarcidas ha generado sentencias del TEDH en las que se declara que el Estado en cuestión no ha cumplido con su obligación de debida diligencia, tanto en la interpretación material como procesal de los derechos que proclama el CEDH⁵⁴⁵.

Incluso habría de enunciarse la conveniencia de que se incluyera en la Directiva 2012/29 un denominado derecho a la presunción de victimidad entendido como “*Toda persona tiene derecho a ser reconocida y tratada procesalmente como víctima directa de los delitos que sufra su persona y su patrimonio y víctima indirecta de conformidad*”

⁵⁴³ GIL RUIZ, Juana (ed.), *El Convenio de Estambul como marco del derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018.

⁵⁴⁴ Vid. MITSILEGAS, Valsamis, *EU criminal law after Lisbon. Chapter 7. The place of the victim in Europe's Area of Criminal Justice*, op. cit. pp.183- 211.

⁵⁴⁵ RUIZ LÓPEZ, Cristina, “TEDH y Violencia contra las mujeres: diligencia debida y responsabilidad del Estado”, op. cit., pp. 765-792.

CAPÍTULO 2.- Un Derecho Procesal Penal ¿europeo? y ¿pro víctima?

con la regulación sectorial aplicable”. Con lo que posibilitaríamos que aquellas legislaciones nacionales que no conceden derechos procesales y no procesales a quienes aún no han sido formalmente declaradas víctimas deban adelantar ese reconocimiento provisional al estado de presunción de victimidad que será analizado en los Capítulos siguientes.

Terminamos este epígrafe preguntándonos ¿qué ocurre en caso de vulneración de los derechos de las víctimas? Se trata de un supuesto para el que no se ha previsto consecuencias como sí ocurre en el artículo 4.2 Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio⁵⁴⁶. En este artículo se establece que “*Los Estados miembros velarán por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1 del presente artículo, de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables, de conformidad con la presente Directiva, en particular con su artículo 10.*”

Tendremos ocasión de pronunciarnos al respecto, pero por ahora dejamos apuntado que una prueba más de este proceso de consolidación de los derechos de las víctimas que vivimos en la actualidad es la falta de previsión de las consecuencias jurídicas para el caso de que sus derechos procesales no hayan sido garantizados o materializados.

⁵⁴⁶ DOUE de 11 de marzo de 2016, n. L 65, pp. 1-11, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

SEGUNDA PARTE

**VÍCTIMIZACIÓN Y VICTIMIDAD EN EL SISTEMA
PROCESAL EUROPEO**

CAPÍTULO 3.- VICTIMIZACIÓN COMO FENÓMENO NO JURÍDICO

Mantiene MYRIAM HERRERA que la victimización se sufre, mientras que la victimidad se goza⁵⁴⁷. Esta diferenciación apunta una importante separación entre la faceta fáctica (victimización) y la faceta jurídica (victimidad): la persona cuyos derechos y libertades son vulnerados es víctima de tal vulneración (victimización). Si bien, únicamente desde el momento en que se determina jurídicamente que una persona ha visto vulnerados sus derechos y libertades alcanza el estatus jurídico de víctima (victimidad). Esta separación trata de resolver la dificultad que supone adelantar el reconocimiento de derechos y el otorgamiento de protección a personas que han sufrido una vulneración de sus derechos⁵⁴⁸.

Este Capítulo trata de responder a dos ideas esenciales. Por un lado, la trascendencia de la autopercepción de la victimización y de la victimidad desde las preguntas ¿la victimización existe aun cuando una persona no se reconozca como víctima? Y ¿la victimidad se reconoce aun cuando una persona no se considere víctima? Por otro lado, la necesidad de una heterodesignación⁵⁴⁹ de la victimización y de la victimidad dado que podemos, *prima facie*, considerar que mientras la victimización transita (puede transitar) en la esfera de la autodesignación (“yo soy víctima de este delito”), la victimidad precisa de una designación heterónoma por un ente competente. Un ejemplo de este carácter independiente entre una victimización autodesignada y una victimidad heterodesignada lo encontramos en el no reconocimiento por el Gobierno

⁵⁴⁷ HERRERA MORENO Myriam, “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2014, n. 12, pp. 343-404, esp. p. 346.

⁵⁴⁸ Esta vulneración de derechos presenta a su vez una complejidad en su análisis dado que hay situaciones en las que una persona tiene objetivamente un derecho vulnerado (pensemos en un disparo y el bien jurídico vida o integridad física) y situaciones en las que a este convencimiento se llega a través de un proceso racional de comprobación (por ejemplo, lesiones psicológicas y el bien jurídico integridad psíquica). Ahora bien, incluso en estos ejemplos encontramos una dificultad. Imaginemos una persona que ha sido disparada por sí misma. ¿Tiene afectado algún bien jurídico? Podemos afirmar que al menos tiene vulnerado su derecho a la integridad física (puede que también el bien jurídico “vida”). ¿Podemos decir que es víctima? Hay quienes pueden responder que si lo definimos como suicidio, conforme a la legislación penal española se trata de una conducta no tipificada (ni el suicidio consumado ni el intentado), o que si se trata de lesiones, el Derecho Penal español tipifica de forma atenuada este delito. Esta situación en la que coincide en la misma persona quien es responsable de un delito y quien lo sufre motivó una propuesta de modificación, que no fructiferó, del Proyecto de Ley del estatuto de la víctima del delito por parte del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. Este grupo parlamentario en su propuesta de enmienda número 10 proponía adicionar al apartado a) del artículo 2 de la Ley “salvo que se tratare de los responsables de los hechos”. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, de 27 de noviembre de 2014, serie A, núm. 115-2, , accesible en [\(http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDT S.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-115-2.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDT S.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-115-2.CODI.%29#(P%C3%A1gina1)) (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

Por otro lado, podríamos analizar la repercusión de esta diferenciación entre victimización y victimidad en el ámbito de los seguros (quien sufre una vulneración de sus derechos, pero no tiene incidencia en el mundo jurídico –por no estar tipificado, por no haberse probado, porque haya prescrito, etc.- y no queda resarcido/a). En definitiva, tratamos de reflexionar si hemos de separar el dato fáctico en sí mismo y la repercusión jurídica, y en caso de que la respuesta sea afirmativa, cómo hacerlo.

⁵⁴⁹ Aplicamos para la Victimología este término utilizado para la reflexión filosófica feminista en la obra AMORÓS, CELIA, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad.*, Cátedra, Madrid, 1997, esp. p.66.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

español como víctimas a quienes sufrieron los hechos del famoso “caso Almería”⁵⁵⁰. Ejemplificación de una victimización sin victimidad⁵⁵¹.

Asimismo, introducimos la interrelación entre el estudio victimológico y el enfoque de género analizando la victimización con perspectiva de género para evaluar la incidencia de la socialización como mujer⁵⁵² en la cultura occidental europea y su impacto en la vivencia del hecho victimizante.

1. Diferentes niveles victimológicos

Con todo lo anterior, podemos señalar distintos *niveles victimológicos* atendiendo a la siguiente figura.

	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO	
ACCIÓN/OMISIÓN	TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		NO TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad
				No victimización	No victimidad
	No Vulneración de derechos		Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	

Figura n. 11. Los niveles victimológicos. Fuente: elaboración propia.

El primer nivel fáctico (n.1) vendría determinado por la realización de una acción u omisión como fenómeno perceptible por los sentidos. El nivel segundo, jurídico (n.2),

⁵⁵⁰ “El Gobierno no reconocerá como víctimas del terrorismo a los tres asesinados en el Caso Almería”, noticia en el periódico digital *Eldiario.es* accesible en https://www.eldiario.es/norte/cantabria/politica/asesinados-Caso-Almeria-consideradas-terrorismo_0_815418836.html (Último acceso: 11 de diciembre de 2018).

⁵⁵¹ En este sentido, Myriam Herrera clasifica a las víctimas en “*víctima real*: auto identificada por el sistema social y normativo; *no víctima* quien no se reconoce o no es reconocida socialmente como víctima aun habiendo sufrido una victimización; *víctima rechazada*: quien se reconoce como víctima, pero no es reconocida jurídicamente; *víctima designada*: quien no se reconoce como víctima pero así ha sido reconocida por el sistema. HERRERA MORENO, Myriam, “¿Quién teme a la victimidad? (...), op. cit. esp. p. 347.

⁵⁵² La perspectiva de género incluiría en el estudio tanto la socialización de las mujeres como la socialización de los hombres. Sin embargo, para los objetivos de este proyecto de tesis nuestro interés se centrará en la asimilación de roles por parte de mujeres, es decir, lo que “ser mujer” supone en una sociedad y qué impacto genera en la percepción de la realidad y en la vivencia de las experiencias.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

delimita si se trata de una acción u omisión tipificada por la legislación penal. El tercer nivel (n.3) aparece como necesidad de preguntarnos si se ha producido una vulneración o no de un derecho o interés jurídico legalmente protegido. El cuarto nivel (n.4) recoge dos niveles diferenciados, no condicionantes pero sí influenciados entre sí: la autopercepción de la victimización (nivel individual) y la heteropercepción de la victimización (nivel social)⁵⁵³. En el último nivel (n.5) se recoge la heterodesignación jurídica de la victimidad afirmativa o negativa. Es decir, la respuesta del ordenamiento jurídico a acciones u omisiones que pueden ser típicas y que pueden haber supuesto la vulneración de derechos e intereses.

Podríamos entender que cada uno de estos niveles es condicionante del resto de niveles y así podrían ser considerados subniveles (el nivel 2 sería subnivel del nivel 1, el nivel 3 sería subnivel del nivel 1 y 2, y así sucesivamente) o, por el contrario, que operan de forma independiente y no condicionante del resto. Por lo que no aparecerían relacionados por una conexión de carácter jerárquico sino temático. Para decantarnos por una u otra postura podemos fijarnos en algunos recorridos que podrían darse entre algunos niveles de los 16 posibles (atendiendo al n.5 y las diferentes opciones que lo preceden).

Así, por ejemplo, en este primer recorrido (figura n.12), puede haber sucedido una acción u omisión tipificada por el ordenamiento que ha conllevado la vulneración de derechos reconocidos y garantizados, la persona se percibe a sí misma como víctima y es percibida como víctima por la sociedad, siendo reconocida y declarada como víctima en una sentencia. Podemos decir que éste sería el *iter victima* menos complejo dado que coinciden victimización (autopercebida y heteropercebida) y victimidad (declaración jurídica como consecuencia de una sentencia condenatoria en la que se condene a otra/s persona/s atribuyéndole la responsabilidad de la vulneración de los derechos de la víctima al ser una conducta tipificada).

⁵⁵³ Podrían ir en columnas separadas pero para nuestros intereses en este momento los mantendremos en el mismo espacio

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO
ACCIÓN/OMISIÓN		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad
				No victimidad
		No victimización	Victimidad	
			No victimidad	
	TÍPICA			
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad
				No victimidad
		No victimización	Victimidad	
			No victimidad	
	NO TÍPICA			
		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad
				No victimidad
		No victimización	Victimidad	
No victimidad				
No Vulneración de derechos		Victimización	Victimidad	
			No victimidad	
No victimización	Victimidad			
	No victimidad			

Figura n.12. Ejemplo de *iter victima* completo. Fuente: elaboración propia.

En este segundo recorrido de la tabla siguiente, hay una sentencia en la que se condena a una persona como responsable de un delito que ha provocado una vulneración de derechos de una persona. Una persona que, o bien no se considera víctima, o bien no es percibida como víctima por la sociedad, o ambas situaciones a la vez. Es decir, una victimidad declarada por sentencia⁵⁵⁴ sin una victimización.

⁵⁵⁴ O incluso por la adopción de medidas cautelares como una orden de protección o de alejamiento, o el establecimiento de una protección específica por la policía valorando el riesgo.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO	
ACCIÓN/OMISIÓN		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
				No victimidad	
		No victimización	Victimidad		
			No victimidad		
	TÍPICA				
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimidad		
	No victimización	Victimidad			
		No victimidad			
	NO TÍPICA	Vulneración de derechos			
			Victimización	Victimidad	
				No victimidad	
			No victimización	Victimidad	
		No Vulneración de derechos			
			Victimización	Victimidad	
				No victimidad	
No victimización			Victimidad		
	No victimidad				

Figura n. 13. Victimidad sin victimización. Fuente: elaboración propia.

En la figura n.14, hemos querido proponer la posibilidad de que una persona sufra un hecho típico que no le ha supuesto la vulneración de derechos, la sociedad le reconoce como víctima y así es declarada en sentencia firme. Podríamos, no obstante, negar la posibilidad de que se determine la existencia de un hecho típico sin que se haya vulnerado algún derecho habida cuenta de que los hechos tipificados responden a acciones u omisiones que vulneren determinados bienes jurídicos.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO	
ACCIÓN/OMISIÓN		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		TÍPICA			Victimidad
					No victimidad
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
	NO TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		No Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	

Figura n.14. Victimidad por hecho típico no imputable y victimización auto/heteropercibida.
Fuente: elaboración propia.

En el siguiente caso, la figura n.15 muestra la situación de acción u omisión no tipificada y que no vulnera derechos pero que la persona que la recibe se considere víctima o que la sociedad así lo entienda. En estos casos dado que no existe tipificación y en cumplimiento del principio de legalidad y de prohibición de la irretroactividad de las leyes penales consagradas en la CE (artículo 9.3) hemos de concluir que no existiría victimidad declarada en sentencia. Este caso es interesante habida cuenta de que la legislación penal trata de acomodarse a los principios que rigen en una sociedad en un momento histórico y, por tanto, su configuración sufre modificaciones. Así, podría suceder que lo que una sociedad empieza a considerar como delito, el Derecho aún no lo ha recogido. Pensemos en el delito de sexting introducido en el CP en el año 2015. Así, al mismo tiempo deberíamos acudir al artículo 4.2 CP, respecto a la existencia de un hecho que no es delito pero que el juez o tribunal considere digna de represión “*se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.*”. Una persona que sufra un daño como consecuencia de un hecho no tipificado en el momento en que se perpetra pero que vea cómo ese mismo hecho es tipificado un día después, sufre una victimización, pero nunca tendrá reconocida su victimidad.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO	
ACCIÓN/OMISIÓN	TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
				No victimidad	
		No victimización	Victimidad		
			No victimidad		
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
				No victimidad	
		No victimización	Victimidad		
	No victimidad				
	NO TÍPICA				
		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X
				No victimidad	
		No victimización	Victimidad	X	
			No victimidad		
No Vulneración de derechos		Victimización	Victimidad	X	
			No victimidad		
No victimización	Victimidad	X			
	No victimidad				

Figura n.15. Victimidad por hecho no típico no imputable y victimización auto/heteropercibida
Fuente: elaboración propia.

En la figura siguiente, la situación que planteamos es la de una acción no tipificada pero que genere una vulneración de derechos, aun cuando la persona que sufre la vulneración no se considere víctima, ni así se considere por la sociedad pero una sentencia así declara su victimidad. Entendemos que esta situación tampoco podría suceder dado que el principio de legalidad e irretroactividad de las leyes penales impediría que se declarara la victimidad respecto de una acción que no estaba tipificada en el momento de su comisión.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO	
ACCIÓN/OMISIÓN	TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
				No victimidad	
		No vulneración de derechos	No victimización	Victimidad	
				No victimidad	
			Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
			Victimización	Victimidad	
		No victimización	No victimidad		
	NO TÍPICA				
		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X
			No victimización	Victimidad	X
				No victimidad	
No Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X		
	No victimización	No victimidad			
		Victimidad	X		
		No victimidad			

Figura n.16. Victimidad por hecho no típico no imputable sin victimización *auto/heteropercibida*.

Fuente: elaboración propia.

La misma conclusión formularíamos respecto de la siguiente tabla dado que a pesar de que, en este caso, la persona se considere víctima y así pueda considerarlo la sociedad, no podría ser condenada ninguna persona por hechos que no constituirían delito al momento de su comisión.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO		
	TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad		
				No victimidad		
		No vulneración de derechos	No victimización	Victimidad		
				No victimidad		
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad		
				No victimidad		
		No vulneración de derechos	No victimización	Victimidad		
	No victimidad					
ACCIÓN/OMISIÓN						
		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X	
				No victimidad		
		No victimización	Victimidad	X		
			No victimidad			
	NO TÍPICA					
	No Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X		
			No victimidad			
	No victimización	Victimidad	X			
No victimidad						

Figura n.17. Victimización por hecho no típico sin vulneración de derechos cuya repercusión es reconocida en la víctima. Fuente: elaboración propia.

Lo mismo respecto de la siguiente, dado que la victimidad declarada sin victimización *auto/heteropercibida* y sin lesiones de derechos por conducta no típica sería una situación procesal imposible de ver en el ámbito penal. Puede darse una sentencia civil o social, pero no penal al no ser un hecho típico.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

NIVEL FÁCTICO	NIVEL JURÍDICO	NIVEL FÁCTICO	NIVEL INDIVIDUAL/SOCIAL	NIVEL JURÍDICO	
	TÍPICA	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
			Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
			Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
ACCIÓN/OMISIÓN					
		Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X
			No victimización	No victimidad	
			Victimización	Victimidad	X
			No victimización	No victimidad	
	NO TÍPICA	No Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	X
			No victimización	No victimidad	
			Victimización	Victimidad	X
			No victimización	No victimidad	

Figura n.18. Sin victimización pero sí victimidad por hecho no típico y sin vulneración de derechos. Fuente: elaboración propia.

Atendiendo a los recorridos ejemplificados podemos entender que cada nivel opera de forma secuencial atendiendo a las características temporales tanto del hecho fáctico de la causación del daño o perjuicio como del desarrollo del proceso penal pertinente. En este sentido, no es apreciable tanto un carácter condicionante de cada nivel, como secuencial, consecutivo y/o concordante.

De este supuesto podemos detenernos en concreto en el nivel individual y social puesto que podemos preguntarnos qué queremos decir con “autopercepción de la victimización” y “heteropercepción de la victimización”. Como dijimos, ambos conceptos operan de forma independiente dado que la autopercepción de la victimización no necesita una previa ni posterior heteropercepción de la victimización. Es decir, para reconocerte como víctima no es necesario que terceras personas te reconozcan o perciban o consideren como víctima. Sin embargo, ambos espacios tienen vasos comunicantes entre sí de mutua injerencia. Intentemos analizar esta *autopercepción* de la victimización y la *heteropercepción* de la victimización.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Así, deteniéndonos en la *heteropercepción*, podemos preguntarnos ¿cuándo se considera a una persona como víctima?. En palabras del victimólogo noruego NILS CHRISTIE

*“Firstly, being a victim is not a thing, an objective phenomenon. It will not be the same to all people in situations externally described as being the "same." It has to do with the participants' definition of the situation. (...) Secondly, the phenomenon can be investigated both at the personality level and at the social system level. Some might have personalities that make them experience themselves as victims in most life situations while others tend to define life according to other dimensions. The tendency to see oneself as a victim might in the perspective be called a personality trait. At the level of social systems, some systems might be of the type where a lot of victimization is seen as taking place, while others are seen as being without victims. In what follows, I will concentrate on the sociology of the phenomena.”*⁵⁵⁵

Es interesante esta primera consideración respecto a la falta de “objetividad” de la victimización. Una situación que puede ser valorada como similar puede ser entendida por una persona como victimizante y por otra como no victimizante. Además, CHRISTIE delimita la importante diferencia entre la perspectiva de sí misma/o y la perspectiva social, aclarando que se centra en esta última.

2. Victimización: autoconsideración y heteroconsideración

Hechas estas aclaraciones previas sobre la diferencia entre victimización y victimidad y entre *autopercepción* y *heteropercepción* de la victimización profundizaremos en los siguientes epígrafes.

2.1 *Heteropercepción*

NILS CHRISTIE diferenciaba unas características generales que hacían que una persona que hubiera sufrido un delito fuera reconocida por la sociedad con el estatus y la legitimidad de “víctima” de la misma forma que se pueden identificar las características por las que la sociedad percibe a quien es un “héroe” o un “traidor”. La caracterización de la “*víctima ideal*” elaborada por NILS CHRISTIE se realizaba, por tanto, desde la perspectiva social, distinta al nivel personal, de autoconsideración, y sin referirse a aquellas personas con mayor riesgo de ser victimizadas, conforme precisaba el autor. Así, la víctima ideal para la sociedad según las palabras de NILS CHRISTIE era

⁵⁵⁵ CHRISTIE, Nils, “The ideal victim”, in Ezzat Fattah (ed.), *From crime policy to victim policy*, Macmillan, Londres, 1986, pp.17-30, esp. p.18.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

“weak in relation to the offender –the ideal victim” is like to be either female, sick, very old or very young (or a combination of these); the victim is, if not acting virtuously, then at least going their legitimate, ordinary everyday business; the victim is blameless for what happened; the victim is unrelated to and does not know the “stranger” who has committed the offence; and the offender is unambiguously big and bad”.

Esta caracterización sirve de “marco” interpretativo de la victimización⁵⁵⁶. Sin embargo, apunta ANTONY PEMBERTON que los “marcos”, como integrantes del imaginario colectivo, sirven tanto para que las personas construyan su propia experiencia individual, a través de su socialización, como para que comuniquen que su experiencia no cumple con los requisitos de ese marco⁵⁵⁷. Y en ese sentido destaca el autor que las reacciones negativas que aparecen contra las víctimas dependen de algo más que de seguir el estereotipo de la “víctima ideal”. De esta forma, ANTONY PEMBERTON entiende que NILS CHRISTIE cometió el error de considerar una respuesta positiva y empática hacia las víctimas cuando, en la práctica, aparecen reacciones negativas como angustia, asco y repugnancia⁵⁵⁸. De hecho, ANTONY PEMBERTON señala que estos sentimientos negativos justifican la búsqueda de razones para culpar a la víctima por su comportamiento o apariencia. Esta reacción es de mayor intensidad ante situaciones no normativas⁵⁵⁹. Las etiquetas a las que se ve sometida la víctima, su culpabilización por terceras personas y la incidencia en la consideración de las víctimas de la teología cristiana en la cultura occidental ha sido denominada por JAN VAN DIJK como “*la marca de Abel*”⁵⁶⁰.

Las características que señalaba NILS CHRISTIE han sido entendidas como válidas, pero dependiendo del tipo de delito y contexto temporal. Estudios posteriores han demostrado que la heteropercepción de la victimización está asociada a

⁵⁵⁶ Vid. GOFFMAN, Erving, *Frame analysis: an essay on the Organization of experience*, Northwestern University Press, Boston, 1973.

⁵⁵⁷ PEMBERTON, Antony, “Dangerous victimology: my lessons learned from Nils Christie”, *Temida* 2016, vol.19, pp. 257-276, esp. p. 264.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, esp. p.264. Pemberton hace una interesante diferenciación entre ese arquetipo de víctima de la mujer mayor que expone Nils Christie cuando ésta es víctima de un robo y cuando es víctima de una agresión sexual. Van Dijk afirma “*From a mythological or anthropological perspective, the label of victim does not augur well for the social reputation of those so labelled*” en VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, *Lecture on the occasion of the official acceptance of the Pieter van Vollenhoven Chair in Victimology*, Human Security and Safety at Tilburg University on November 24, 2006, p. 14 aludiendo al origen etimológico de la palabra “víctima” y a su tratamiento en la mitología y en la religión cristiana como chivo expiatorio no inocente que ha provocado la correcta ira de la comunidad a través de su comportamiento y fisonomía desviada, y rompedora de tabús. (Traducción propia).

⁵⁵⁹ *Ibidem*, esp. p. 264.

⁵⁶⁰ VAN DIJK, Jan, *The Mark of Abel, Reflections on the Social Labelling of Crime Victims*, Lección inaugural, 2006. Este autor realiza una interesante crítica al uso del término “víctima” (tanto en las lenguas romances como en alemán, inglés, holandés, islandés, griego, húngaro y todas las lenguas eslavas) por su significado etimológico como “animal sacrificado”. Desde esta perspectiva, primero, se pone en el foco al agresor, y en segundo lugar, éste alcanza el carácter de “sacerdote” que realiza el sacrificio. Así como desde el mundo judío se prefiere término hebreo “Soah” (que significa “catástrofe”) en lugar de “holocausto” (que significa “sacrificio por medio de fuego”) lo que daba a entender que obedecía a un determinado propósito superior). En VAN DIJK, Jan, “Free the victim: A critique of the western conception of victimhood”, *International Review of Victimology* 2009, n.16, vol.1, 1-33, esp. 1 y 2.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

determinadas características⁵⁶¹. Así, el “*Stereotype Content Model*” de FISKE, CUDDY, GLICK y XU demuestra que cualquier persona o grupo de personas pueden ser descritas usando una combinación de niveles de amabilidad (*warmth*) y competencia (*competence*, ligada también a la incapacidad para evitar ser victimizado/a), identificadas como las dimensiones de la “estereotipicalidad” (*stereotypicality*)⁵⁶². ALICE BOSMA, sin embargo, entiende que el prejuicio que con mayor intensidad aparece en la estimación de las víctimas de delitos con alto nivel de *warmth* y bajo nivel de *competence* es el prejuicio paternalista⁵⁶³. En este sentido, cualquier tipo de intervención de la víctima no encajaría con el ideal de víctima y desplegaría consecuencias muy negativas para él/ella al haber roto los estereotipos⁵⁶⁴. Con todo ello podemos decir con ALICE BOSMA que dado que “*ser una víctima*” no es ni un fenómeno fijo ni objetivo, las características de la víctima (o de la victimización) por sí solas son insuficientes para la construcción del estatus de víctima”⁵⁶⁵. BOSMA señala la “pertinencia” (*appropriateness*) como un parámetro para evaluar la injusticia y las violaciones internacionales. Con ello, BOSMA señala que dado que la valoración de lo “injusto” depende de quien observa, puede darse que esta persona entienda que la situación, que la víctima entiende que le victimiza, no es injusta.

En esta línea, en 1966, MELVIN J. LERNER y CAROLYN H. SIMMONS⁵⁶⁶ realizaron un experimento con 72 alumnas de licenciatura/grado supuestamente para medir la percepción de las emociones, aunque lo que se analizaba eran las reacciones ante la victimización de otra persona. El experimento consistía en ver cómo una persona recibía descargas eléctricas al cometer algunos errores. Los resultados demostraron que cuando las alumnas pensaban que verían una segunda ronda y que no podían mejorar el destino de la víctima, la menospreciaban y la rechazaban (con mayor intensidad cuando parecía que la persona sufría por el bien de las alumnas –condición de mártir). Concluían que estos sentimientos de rechazo y menosprecio se producen por la necesidad de “creer en un Mundo mejor” (*Belief in a Just World Theory*). Afirmaban

⁵⁶¹ BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2019. Tuve la oportunidad de asistir a la defensa de la tesis doctoral de la autora el día 8 de febrero de 2019 durante mi estancia de investigación en la Universidad de Tilburg. <https://www.tilburguniversity.edu/current/events/show/phd-defense-ak-bosma/>, esp. p.34, menciona a Papendick&Bohner, 2017.

⁵⁶² *Ibidem*. esp. p.35.

⁵⁶³ Interesante apunte que se interrelaciona con el concepto de “autoridad” que mantuvo la filósofa Elinor Mason en su seminario el día 7 de febrero de 2019 titulado “*Date rape, Harassment, and Authoritative Sexual Refusal*” en la Universidad de Tilburg. Elinor Mason mantenía que las mujeres carecen *de facto* de autoridad convencional (o se ve muy limitada por circunstancias relacionadas con estar casada –violación por el esposo no tipificada- o de vestimenta, trabajo, o estar en determinados lugares) lo que conlleva que la negativa a mantener una relación sexual no sea tenida en cuenta dado que esta negativa precisa de autoridad. Falta de autoridad que la filósofa entiende escenificada cuando ante la negativa, la mujer debe dar razones del tipo “*tengo pareja*” o “*estoy casada*” o “*he quedado con unas amigas*” entrando en el campo de una negociación con mayor o menor éxito dependiendo de las habilidades de persuasión.

⁵⁶⁴ MULDER, Eva, “Examining negative reactions to victims of crime” en Alice K. Bosma y Sanne S. Buisman (eds.), *Methoden van onderzoek in het strafrecht, de criminologie en de victimologie*, Kluwer, Deventer, Países Bajos, 2018, pp.85-104.

⁵⁶⁵ BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, op. cit., esp. p. 35. (Traducción propia)

⁵⁶⁶ Vid.LERNER, Melvin J., SIMMONS, Carolyn H., “Observer's reaction to the “innocent victim”: Compassion or rejection?”, *Journal of Personality and Social Psychology* 1966, n.2, vol 4, pp. 203-210, (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

que “*las personas aceptan la miseria y el sufrimiento tanto como las normas y las leyes que producen estas condiciones*”. Señalan que en 1965 MELVIN LERNER había demostrado que las personas creen que hay una apropiada relación entre lo que hacen y lo que ocurre, es decir, que las consecuencias se corresponden con nuestras acciones (*Belief in a Just World Theory*). Podemos conseguir lo que se desea y evitar lo que se aborrece actuando de la forma correcta⁵⁶⁷. En este sentido las personas objetivamos esta creencia (“el esfuerzo conlleva resultados”, “lo que nos ocurre es consecuencia de nuestros actos”) y se la aplicamos a toda la sociedad. Así, surge la idea de que una víctima desafortunada “merece” su destino de alguna manera.

MELVIN J. LERNER y CAROLYN H. SIMMONS señalaban que existen dos motivos para considerar que una persona merece lo que le ocurre: por sus actos (lo que hace o ha hecho) o por sus características (por ejemplo, ser buena persona). Entendían que los experimentos a los que aludían demostraban que si se cree en un Mundo en que obtenemos lo que deseamos y evitamos lo que rechazamos, se preferirá pensar que las personas merecemos lo que nos ocurre por lo que realizamos (nuestros actos) en lugar de por lo que somos dado que es más fácil pensar en la posibilidad de cambiar y controlar con mayor intensidad lo que hacemos que lo que somos. La hipótesis principal es que el rechazo de la víctima es consecuencia de la creencia en un Mundo Justo (*Belief in a Just World Theory*). Entendiendo por “creencia” la necesidad de encontrar sentido a nuestras experiencias, y así elegimos pensar y actuar como si el mundo fuera un lugar justo⁵⁶⁸. Señalan las autoras que esta hipótesis requiere que la “*víctima sea percibida como virtualmente inocente – por su comportamiento no merece sufrir-, además, quien observa considera que el sufrimiento que ve continuará ya que puede aparecer de múltiples formas y que quien observa no puede ayudar a la víctima*”⁵⁶⁹. En el experimento que realizaron las autoras, tras la primera sesión viendo sufrir a la víctima, se realizaba una pausa antes de la segunda ronda. En esta pausa se preguntaba a las estudiantes observadoras que midieran la apariencia de la víctima. Ante la certeza de que la víctima seguiría sufriendo, se esperaba que las estudiantes observadoras devaluaran las características de las víctimas. Las autoras señalaban que si el daño es percibido por quien observa como temporal, la necesidad de rechazar a la víctima disminuía⁵⁷⁰. Esta valoración de la víctima realizada en el punto medio (durante la pausa) era contrastada con las valoraciones que realizaban las estudiantes cuando pensaban que el experimento había acabado y cuando quienes observaban pensaban que estaban viendo el vídeo de una víctima que ya estaba bien. Tanto en estas condiciones como cuando las observadoras pensaban que podían aliviar el sufrimiento de la víctima, el rechazo a la víctima se veía reducido.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, esp. p.203

⁵⁶⁸ BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, op.cit., esp. p.23. Las referencias en cursiva en español están originalmente en inglés.

⁵⁶⁹ LERNER, Melvin J. y SIMMONS, Carolyn H., “Observer's reaction to the “innocent victim”: Compassion or rejection?”, op. cit., esp. p.204. (Traducción propia).

⁵⁷⁰ *Ibidem*, esp.p.204.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Aplicando la “teoría de la disonancia cognoscitiva” del psicólogo LEON FESTINGER⁵⁷¹ se predecía que si una persona observadora se veía a sí misma estando de parte de la víctima era suficiente para disminuir el sentimiento de rechazo. Para probarlo a algunas personas participantes se les daba la posibilidad de votar para dar una recompensa a la víctima, pero no se les informaba del resultado de su votación sino después de haber evaluado a la víctima. Asimismo, se predecía que una víctima que aceptaba someterse al sufrimiento por el bien de otros era más rechazada que la víctima inocente. Para ello en el experimento la víctima aceptaba de forma reticente participar y someterse al sufrimiento.

En línea con lo anterior, aparecen una serie de “estrategias” dentro de la Creencia en un Mundo Justo. La estrategia de culpar a la víctima es la primera estrategia orientada a la víctima⁵⁷². La segunda es el menosprecio, en la que se encuentra el motivo de la victimización en causas no relacionadas con la misma como el atractivo o la amabilidad de la víctima que pueden ser vistas como “merecedoras” de la victimización. En ambas estrategias se reinterpreta el comportamiento o forma de ser de la víctima de tal forma que la victimización puede ser entendida como merecida. La tercera y cuarta estrategias irracionales dentro de la Creencia en un Mundo Justo son el distanciamiento (físico y psíquico de la víctima) y la reinterpretación (del hecho victimizador como no tan injusto, también llamado “minimización del sufrimiento” o “búsqueda de beneficios”) en las “*que quien observa elimina la idea de injusticia para que su cosmovisión sobre la Justicia del Mundo no se vea amenazada*”.⁵⁷³

Estas cuatro estrategias irracionales conllevan victimización secundaria definida como “*la reacción social negativa como consecuencia de la primera victimización la cual se experimenta como una violación adicional de los legítimos derechos o intereses legítimos de las víctimas. (...) Las estrategias racionales como la compensación o el apoyo pueden ayudar a las víctimas y además, muestran intenciones positivas.*”⁵⁷⁴

Cada una de estas estrategias sirve para dar cumplimiento al principio de “*equifinality*”, esto es, que *la restauración del Mundo Justo puede realizarse a través de varios caminos*. Entiende ALICE BOSMA que, además del dato objetivo del daño y por

⁵⁷¹ En particular, FESTINGER, Leon, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, California, 1957. Esta teoría puede resumirse en la necesidad de toda persona de pensar que la relación entre sus creencias y su comportamiento es coherente. En caso de percibirse como incoherente, se genera una tensión tendente a la eliminación de esta disonancia o bien modificando la actitud o mediante el autoengaño. De entre las estrategias que se utilizan podemos mencionar la estrategia de desechar la información inconveniente, aceptar argumentos disonantes y al mismo tiempo quitarles importancia, y contrarrestar el elemento disonante con mayor número de contraargumentos consonantes. Resulta interesante el estudio sobre la aparición de estas tres estrategias en relación con crímenes de violencia corporativa en MICHEL, Cedric, “Cognitive Dissonance Resolution Strategies After Exposure to Corporate Violence Scenarios”, *Journal Critical Criminology* 2018, n.26, pp. 1-28.

⁵⁷² *Ibidem*, esp. p. 26. Menciona los estudios de Callan, Sutton, Harvey y Dawtry, 2014 y Furnham y Boston, 1996. Van Dijk fundamenta la reacción de culpar a la víctima en primer lugar en la necesidad del sistema legal de incapacitarla para que no tome represalias, en segundo lugar, por la función social relacionada con la necesidad de confiar unas personas en otras, esto es, la creencia en un mundo justo. VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, Lecture on the occasion of the official acceptance of the Pieter van Vollenhoven Chair in Victimology, Human Security and Safety at Tilburg University on November 24, 2006, p.15.

⁵⁷³ VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit., esp. p.27. (Traducción propia).

⁵⁷⁴ *Ibidem*, esp. p.28. (Traducción propia).

tanto de la lesión del principio del merecimiento, debe concurrir un elemento subjetivo relativo a lo inapropiado de la situación, es decir, que sea moralmente indefendible⁵⁷⁵. En esta línea, ALICE BOSMA señala que los estereotipos de las víctimas son muy importantes para que quienes observan entiendan la situación como injusta o justa. Así, cuando una persona puede ser percibida por el resto como “víctima” se debe en gran medida a que la situación se ha percibido como injusta. ALICE BOSMA entiende que debemos utilizar la pregunta “quién” (“*distinguiendo entre personas y respondiendo a la pregunta ¿quién podría ser visto como víctima porque concretamente no merecía lo que le ocurrió?*”) Además de la pregunta qué (*qué tipo de victimización nos llevaría a etiquetar a alguien como víctima*)⁵⁷⁶. Como resultados de su investigación, ALICE BOSMA afirma que los jueces holandeses entrevistados suelen percibir la demostración de la ira como una ofensa al juzgado o a las autoridades o como una petición de una sentencia más severa. Suelen empatizar más con una víctima triste con quien incluso conversan e inician un diálogo mientras que las víctimas que muestran ira son interrumpidas con mayor frecuencia.⁵⁷⁷ Respecto a cómo reciben las personas no expertas la declaración de la víctima, ALICE BOSMA sugiere que ante una víctima que muestra sus emociones, las personas legas suelen desarrollar una perspectiva tanto orientada a la víctima como orientada al acusado. Los resultados demostraron toda una gama de estrategias que las personas legas utilizaron para evitar ver su perspectiva de lo justo (la creencia en un Mundo Justo) amenazada. Los resultados respecto a actitudes negativas como culpabilizar, distanciarse o menoscabar fueron bajos. Además, es significativo que estas actitudes negativas no aparecieron ante víctimas que mostraron ira. No obstante, sí se percibieron nociones estereotipadas de pasividad y debilidad y además, el marco penal legal en el que se circunscribe la declaración de la víctima les hacía pensar que ésta debe presentar su declaración de una forma no emocional⁵⁷⁸.

2.2 Autopercepción

Las anteriores consideraciones subrayan la incidencia de toda una amalgama de situaciones, emociones y percepciones en la consideración de la victimización de otra persona. Podemos preguntarnos en este momento, si esta dimensión social tiene especial incidencia en el nivel personal. Es decir, si la forma en que una persona es vista por la sociedad como víctima o no (como, por ejemplo, la valoración que la sociedad hace sobre su involucración en el propio hecho victimizador) condiciona la autopercepción de sí misma como víctima. Siguiendo a JOSEP M. TAMARIT, desde la perspectiva del constructivismo sociológico⁵⁷⁹, “*la dimensión social interacciona con la individual,*

⁵⁷⁵ *Ibidem*, esp. p.33. (Traducción propia).

⁵⁷⁶ *Ibidem*, esp. p. 34. (Traducción propia).

⁵⁷⁷ *Ibidem*, esp. p. 166. (Traducción propia).

⁵⁷⁸ *Ibidem*, esp. p.142.

⁵⁷⁹ Vid.BERGER, Peter L.y LUCKMANN, Thomas, *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Penguin Books, Harmondsworth. Middlesex. England, 1966. La tesis principal de los autores es que “*la realidad se construye socialmente y que la sociología del conocimiento debe analizar los procesos por los cuales esto se produce*”, definiendo realidad como una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como

dado que la respuesta del entorno condiciona el modo en que la víctima atribuye sentido a su experiencia de victimización, responde a la misma y toma conciencia de sus necesidades”⁵⁸⁰. Esta aseveración nos llevaría a afirmar, siguiendo la enunciación de NILS CHRISTIE sobre la “víctima ideal”, que hay una autoconsideración favorable a su consideración de víctimas por parte de mujeres, mayores o jóvenes, débiles, enfermas, inocentes y sin relación con el agresor provocada por la legitimidad que socialmente se le atribuye a su victimización conforme al tipo ideal de víctima del autor. ¿Y esto es cierto? ¿Las personas que reúnen estas características suelen autoperibirse como víctimas?

Antes de responder a esta pregunta podemos realizar en primer lugar una apreciación. Las características que menciona NILS CHRISTIE sobre la víctima ideal, ¿señalan, en realidad, situaciones de vulnerabilidad en la sociedad? Es cierto que no mencionaba la situación regular o irregular administrativa, el origen étnico, la clase social, la discapacidad o diversidad funcional o la orientación o identidad sexual. Las variables que utiliza NILS CHRISTIE son las relativas a la edad, corpulencia física, relación personal, actividad diaria respetable. Estas características parecen tomar como medida de referencia el prototipo de persona con poder en la sociedad: el hombre blanco occidental heterosexual. Es decir, la descripción de una persona que no es este “hombre medio”. Ésta es una de las críticas que se realizan a la conceptualización del “*victim proneness*” de HANS VON HENTIG y los seis estados de la “*victim culpability*” de BENJAMIN MENDELSON a las que nos referiremos en el siguiente epígrafe. Y es que como señala MYRIAM HERRERA, “*la víctima no podía superarse atendiendo a categorías tan vulnerables a la marginación. Pocas víctimas están a la altura de semejante exigencia de neutralidad*”.⁵⁸¹ Para responder a la pregunta concreta tendremos que analizar, en primer lugar, la percepción social de las mujeres que sufren algún tipo de delito por razón de su sexo o delitos que afectan desproporcionadamente a las mujeres. En segundo lugar, si existe repercusión entre lo que reciben de la sociedad con relación a su victimización y su autoconsideración. Para ello hemos de aplicar un enfoque de género a la Victimología.

3. Victimología con perspectiva de género

La experiencia de un hecho victimizante depende de un gran número de variables que provocan que el mismo hecho no sea experimentado de la misma forma. El hecho de “*oír los pasos de alguien detrás de ti, de noche, cuando vuelves a casa*” no presenta las mismas características en hombres que en mujeres. Asumir el uso de tu cuerpo por

independientes de nuestra propia volición (no podemos "hacerlos desaparecer") y definir el "conocimiento" como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas. (Traducción de Silvia Zuleta), esp. p.11.

⁵⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep M., “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad”, *InDret* 2013, n.1, p.6, <http://www.indret.com/> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

⁵⁸¹ HERRERAMORENO, Myriam, op. cit., esp. p. 355.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

una tercera persona para evitar un mal mayor o un resultado no deseado no aparece con las mismas connotaciones en hombres que en mujeres. La experimentación de la victimización se interrelaciona de forma intensa con otras cuestiones identitarias y éstas, a su vez, con el concepto de legitimidad que cada sociedad reconoce a determinadas personas dependiendo del grupo social en que se inserten⁵⁸². En esta línea, la vivencia del miedo en las mujeres es uno de los temas al que recientemente desde la Victimología se ha dirigido la mirada. No obstante, desde hace décadas se ha prestado atención a la falta de correspondencia que existe entre los silogismos “a mayor probabilidad de sufrir violencia, mayor miedo de sufrir delitos” y los resultados estadísticos que muestran que los hombres sufren más victimizaciones y, sin embargo, las mujeres muestran más miedo a sufrir un delito. Por ejemplo, ELISABETH STANKO en 1987 señalaba al respecto que “*un factor complejo para las mujeres es que la violencia interpersonal es comúnmente violencia de asaltantes hombres conocidos, creando, quizás, un miedo a conocidos (y presumiblemente seguros) ambientes tanto como un miedo a la violencia en familiares (pero presumiblemente inseguros) ambientes –como su propio vecindario- (...) el miedo de las mujeres atraviesa las variables de años, raza, residencia, salario y estado civil. A pesar de que tienen un bajo nivel de riesgo de victimización, las mujeres jóvenes y mayores constituyen el grupo más temeroso del crimen en US, Inglaterra, Gales y Escocia. En general, el más significativo predictor en el entendimiento del miedo es ser mujer*”⁵⁸³. Ello sin embargo, SANDRA WALKLATE hace una interesante apreciación en cuanto a cómo la racionalidad (y podríamos añadir la percepción) están mediatizadas por la asimilación e interiorización de los roles de género. En este sentido, lo que desde un rol masculino puede ser racional, desde un rol femenino puede no serlo y viceversa. De la misma forma puede valorarse lo que es el riesgo teniendo en consideración el terreno estereotipado en el que se interpreta. Ello, no obstante, la autora menciona nuevos resultados de estudios posteriores en lo que se aprecia el incremento de la percepción del riesgo de hombres⁵⁸⁴.

Con todo ello, podemos preguntarnos cómo influye en la *autoconsideración* y en la *heteroconsideración* de la victimización de quien recientemente ha visto reconocido su derecho a alcanzar el estatus de víctima teniendo presente cómo la política criminal de cada Estado trata de ajustarse a la moral y concepto de orden público que se maneja en cada momento histórico. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la esposa violada por su marido, a la mujer maltratada por su esposo, a la mujer a la que le han mutilado genitualmente o a la joven obligada a contraer matrimonio.

⁵⁸² Así es analizado por Elena Larrauri en cuanto a la falta de identidad de acciones dependiendo de quién sea el sujeto activo y pasivo. LARRAURI, Elena, “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2009, n.13, pp.37-55, esp. 43.

⁵⁸³ STANKO, Elizabeth, “Typical Violence, Normal Precaution: Men, Women and Interpersonal Violence in England, Wales, Scotland and the USA”, en Jalna Hanmer y Mary Maynard, *Women, violence and social control*, Macmillan, Londres, 1987, pp. 122-134, esp. p. 26 (Traducción propia).

⁵⁸⁴ WALKLATE, Sandra, *Gender and Crime: an introduction*, Harvester Wheatsheaf, Londres, 1995.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

3.1 Primera toma de consideración: de la legalidad, la alegalidad y la ilegalidad

El reconocimiento de la titularidad de las mujeres de los derechos humanos se produce por primera vez en la historia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁸⁵. Sin embargo, la violencia ejercida contra las mujeres, sobre todo en el seno de la pareja y familia, se había considerado un asunto privado en el que el Estado ni era responsable ni debía intervenir. La primera regulación que trata de sacar la violencia contra las mujeres del ámbito privado y doméstico es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁵⁸⁶.

Y es que, como así afirman los textos internacionales que regulan la materia, la violencia de género contra las mujeres tiene “*su raíz y su retroalimentación en la desigualdad⁵⁸⁷ de género y no puede ser entendida fuera de la estructura social, las normas y roles de género que la soportan y la justifican*”⁵⁸⁸. Una desigualdad que en el plano laboral supone que el 40% de las mujeres y el 56% de los hombres tengan un trabajo a tiempo completo, siendo esta proporción más baja en caso de personas con discapacidad, con el 19% de las mujeres y el 28% de los hombres con trabajo a tiempo completo, la brecha salarial entre hombres y mujeres se sitúa en el 16% de media en la UE, una situación económica que se agrava en mujeres mayores con períodos de inactividad laboral, jornadas parciales, empleo no remunerado y una media de cinco años menos trabajados que los hombres, así se sitúa el riesgo de pobreza de personas mayores en 12% para los hombres y 18% para las mujeres mayores de 75 años, con una brecha en las pensiones del 35,7%. El 40% de las mujeres entre 30 y 34 años finalizan estudios terciarios, siendo el 31% de los hombres, el 66% de las personas que se dedican a estudios sobre ciencias, tecnología, ingeniería o matemáticas son hombres, siendo las mujeres el 78% que se dedica a la educación, 71% de las personas que se dedican a la salud y bienestar y el 65% a las artes y humanidades. Un tercio de los hombres en la UE se involucra en labores de la casa y cocina siendo 8 de cada 10 mujeres las que se involucran, así como el tiempo dedicado a cuidar y educar a hijos e hijas, nietos o nietas, personas mayores y personas con discapacidades varía siendo una hora o más las destinadas por las mujeres trabajadoras y solo un tercio de hombres y de

⁵⁸⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, Resolución 217 A (III). A pesar de los históricos esfuerzos de determinadas pensadoras por el reconocimiento de las mujeres como titulares de los derechos humanos. Vid. PULEO, Alicia (ed.), *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos Editorial, 2011. Otros Textos jurídicos fueron aprobados con anterioridad, pero con un carácter sectorial. Vid. RUIZ LÓPEZ, Cristina, *Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación*, Trabajo Fin de Máster en Derecho Público, accesible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24547> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019). Vid. ROMAN MARTÍN, Laura, *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*, Tesis doctoral en la Universitat Rovira i Virgili, accesible en <https://www.tdx.cat/handle/10803/398708> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁸⁶ Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979, accesible en <https://www.ohchr.org> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

⁵⁸⁷ El índice de la Igualdad es analizado por la UE en seis concretos ámbitos: trabajo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud. A estos se les añade la violencia y las desigualdades interseccionales. Interesa, asimismo, un estudio de Naciones Unidas titulado “*Gender justice and the law study*” en cuanto a la situación de las mujeres en países árabes. Vid. accesible en http://www.arabstates.undp.org/content/rbas/en/home/library/Dem_Gov/gender-justice-and-the-law-study.html (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁸⁸ EIGE, *Gender Statistics Database*, <https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/browse/genvio>, Traducción propia. (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

mujeres jóvenes. Lo que también afecta al tiempo libre (deporte, cultural, ocio). Las mujeres solo suponen el 6% de los directores ejecutivos de grandes empresas en la UE, el 22% en consejos de administración⁵⁸⁹.

3.2 El género en la Victimología: como dato empírico y como marco interpretativo socializador

El origen de la Victimología como noción de la criminología centrada en el estudio de la víctima se remonta a los trabajos del criminólogo alemán HANS VON HENTIG⁵⁹⁰ y el criminólogo rumano BENJAMIN MENDELSON⁵⁹¹ en los años 40. A estos autores hay que añadir como primeros victimólogos a STEPHEN SCHAFER, WILLEM H. NAGEL y EZZAT FATTAH. De sus extensas aportaciones al estudio de la Victimología desde una perspectiva positivista, penal o interaccionista –como ha sido denominada⁵⁹²- merecen ser destacadas las ideas del “estilo de vida” (*lifestyle*), la precipitación de la víctima y la propensión victimal. En concreto, la idea del “*lifestyle*” como concepto victimológico vincula las actividades diarias o cotidianas y la exposición a circunstancias de mayor riesgo de victimización, siendo la esfera pública señalada como el escenario de mayor riesgo. Esta consideración fue criticada desde la Victimología crítica por asumir una visión masculina de los riesgos al invisibilizar su incidencia en el ámbito doméstico. Es decir, invisibilizar el mundo adjudicado culturalmente a las mujeres, niños y niñas⁵⁹³. Lo que, además, supone asumir el marco esbozado por NILS CHRISTIE y solo atribuir “legitimidad” a esa victimización que ocurre en el espacio público dentro del concepto de “víctima ideal” desde una percepción social⁵⁹⁴. Es más, DAVID SHICHOR y STEPHEN G. TIBBETTS señalan que la consideración de la víctima como culpable de su propia victimización aparecería

⁵⁸⁹ Comisión Europea, *Report on equality between women and men in the EU*, Bruselas, 2019, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2019_en_0.pdf (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁵⁹⁰ Vid. VON HENTIG, Hans, *The Criminal and His Victim: Studies in the Socio-biology of Crime*, New Haven, Yale University Press, 1948. Recoge Van Dijk que el interés de Von Hentig en el estudio de la víctima emergió cuando actuó como abogado defensor de un hombre que había matado a su esposa y al amante de ésta. En VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit., esp.p. 17.

⁵⁹¹ Vid. su trabajo MENDELSON, Benjamin, “Une nouvelle branch de la science biopsychosocial: La victimologie”, *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1956, n.2, vol. XI, pp. 95-109. Expone Van Dijk que el interés de Mendelsohn en el estudio de la víctima nació durante su recuperación en un hospital militar cuando un oficial del ejército alemán le culpó por su propia victimización. VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp.p.17

⁵⁹² VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp. p.16.

⁵⁹³ Uno de los lemas principales del feminismo de la segunda ola (a partir de los años 60) fue el de “*lo personal es político*”. Un título que apareció por primera vez en la revista “*Notes from the Second Year: Women’s Liberation*” en 1970 y cuya autoría se atribuye a las editoras de la misma Shulamith Firestone y Anne Koedt. Con esta frase se ponía de relieve la importancia de los asuntos personales, los asuntos “domésticos”, hasta entonces inatacables por la consideración del respeto a la intimidad, la familia y la pareja. Elevar los asuntos “domésticos” como asuntos públicos supuso un giro copernicano para la titularidad de los derechos de las mujeres y niños y niñas

⁵⁹⁴ Desde una perspectiva interseccional, los tipos victimológicos esbozados por Von Hentig y Mendelsohn han sido criticados por su sesgo en el enfoque de hombres blancos y heterosexuales. Y es que una de las preguntas que hemos de realizarnos es ¿con quién compara a las víctimas para analizar los tipos de victimización? O ¿qué criterios usa para diferenciar a una víctima de una no-víctima?. En WALKLATE, Sandra, “Men, Victims and Crime”, in Michelle L. Meloy, and Susan L. Miller, *The victimization of women. Law, policies and politics*, Oxford University Press, Londres, 2011, pp. 142-164, esp. pp. 146-148.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

en los trabajos de los teóricos pioneros en el estudio de Victimología como el principal y subrepticio interés⁵⁹⁵. A lo que MICHELLE L. MELOY y SUSAN L. MILLER añaden que esto supuso el surgimiento del “*victim blaming*”⁵⁹⁶. Conceptos como el de la víctima precipitadora de WOLFGANG en el ámbito de los crímenes de violencia sexual recibieron numerosas críticas que propiciaron señalar la Victimología como la ciencia que glorificaba la culpabilización de la víctima⁵⁹⁷. Con todo ello, lo que esta Victimología positivista vino a poner sobre la mesa era la necesidad de abordar el estudio de la víctima sin recurrir a categorías *esencialistas* que impidieran un análisis pormenorizado de la forma en que la propia víctima concurría en su propia victimización.

La forma en que el Derecho Penal ha venido recogiendo esta participación de la víctima en su propia victimización nos llevaría a analizar conceptos como la *autopuesta en peligro* o la *heteropuesta en peligro consentida*. Y es que, el inicio del estudio de la víctima está intrínsecamente relacionado con el análisis de la conducta criminal. Así, ALFONSO SERRANO subraya el origen de carácter etiológico de la Victimología⁵⁹⁸. A modo de ejemplo, siguiendo a ENRIQUE GIMBERNAT nos encontramos supuestos en los que un sujeto puede consentir que un tercero le corte una mano (*heteropuesta en peligro*) o puede recibir por un tercero de forma consentida un hacha para cortarse la mano (*autopuesta en peligro*). En Derecho Penal español la primera conducta sería subsumible en el tipo de lesiones atenuado artículo 155 CP español mientras que, en la segunda, facilitar el hacha es una conducta no tipificada⁵⁹⁹. Es decir, podemos ver en las distintas normas penales de los distintos Estados cómo han modulado la responsabilidad del autor de un hecho típico dependiendo, entre otras consideraciones, de la conducta de la víctima⁶⁰⁰. Sin embargo, ¿es la víctima responsable de su propia victimización? Huyendo del esencialismo maniqueo, estas teorías lo confirmaban al tomar como referencia el ideal de víctima “pura”. Todas las demás clasificaciones, siguiendo a MYRIAM HERRERA, no llevan sino a un único perfil de víctima: la víctima sospechosa que merece su victimización⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ SHICHOR, David y TIBBETTS, Stephen G., *Victims and victimization, Prospect Heights*, Waveland Press, Waveland, Indiana, 2002, esp. p. 1.

⁵⁹⁶ MELOY, Michelle L. y MILLER L., Susan, *The victimization of women. Law, policies and politics*, Oxford University Press, Londres, 2011, esp. p. 6. En la misma línea VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp. p.17.

⁵⁹⁷ VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp. p.17.

⁵⁹⁸ SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “Etiología, prevención y atención en Victimología a través del ejemplo de la “precipitación” en los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Facultad de Derecho* 1997, n. 12, pp. 445-460, esp. p. 445.

⁵⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y una heteropuesta en peligro consentida”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2004, n. extraordinario 2, pp. 75-100, esp. p.77.

⁶⁰⁰ Como referencia Myriam Herrera, aparece toda una clasificación de las víctimas como “*precipitadoras, intencionales, consensuales, impulsoras, incitadoras facilitadoras, provocativas, temerarias*”. HERRERA MORENO, Myriam, “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología”, op. cit., esp. p. 354.

⁶⁰¹ *Ibidem.*, esp. p.355. Es interesante la integración de esta consideración del comportamiento de la víctima respecto a las ayudas en caso de delitos violentos y delitos de carácter sexual regulados por medio de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, BOE de 12 de diciembre de 1995, n. 296, pp. 35576-35581, pues conforme al artículo 3.a) es posible denegar o reducir la cuantía de

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Es en los años 90 con las aportaciones del feminismo radical a la criminología y la repercusión de sus estudios (como los referentes a la relación inversamente proporcional que existía entre el mayor riesgo para los hombres de ser victimizados y su baja preocupación al respecto, entre otras consideraciones) cuando el impacto de género de la victimización comienza a ser analizado⁶⁰². Entre otros estudios, CAROLINA VILLACAMPA analiza la influencia e importancia del feminismo cultural, liberal y radical aplicada a casos de violencia doméstica⁶⁰³. Como recoge ANA BELTRÁN⁶⁰⁴, esta influencia se materializó en la adopción de políticas policiales de “arresto obligatorio” y de prosecución obligatoria, formación de unidades de violencia de género en las fiscalías, programas de tratamiento de rehabilitación para maltratadores, creación de órganos especializados y la aprobación en 1994 de la *Violence Against Women Act* (VAWA). En esta línea, ROSEMARIE TONG se preguntaba “¿quién viola a quién?, ¿quién maltrata a quién?, ¿Para quién existe la pornografía?, ¿Para quién existe la prostitución? ¿Para quién existe la sexualidad femenina?”⁶⁰⁵. De esta forma, el feminismo radical además de visibilizar la victimización que ocurría en el espacio doméstico señalaba el término de “masculinidad hegemónica”, y en definitiva el patriarcado como concepto sobre el que analizar la sociedad en general, y la violencia en particular⁶⁰⁶.

Conviene hacer una precisión respecto al porqué de la importancia del pensamiento feminista radical en la Victimología. Siguiendo la tabla de PAMELA DAVIES⁶⁰⁷ es el feminismo radical el que sitúa como punto de partida el

la ayuda atendiendo al “(...) comportamiento del beneficiario si hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios”.

⁶⁰² Unas nuevas corrientes de pensamiento en la Victimología que suelen ser catalogadas como la segunda ola de la Victimología centrándose en las cuestiones emocionales de las víctimas de delitos y sus necesidades tras el delito. Estas teorías, más insertadas en el campo de la Psicología y la Psiquiatría, abordan no solo a las víctimas de delitos sino a víctimas de otros hechos traumáticos como desastres, guerras o eventos personales. De ahí que se denominara Victimología general, aunque el concepto es criticado por invisibilizar su orientación clínica, de ahí que sea preferida denominarla Victimología orientada al tratamiento. VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. p.17.

⁶⁰³ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina., “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, *Revista Penal* 2012, n.30, pp. 180-182.

⁶⁰⁴ BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2018, n.19, esp. p. 20, <http://revistas.uned.es>

⁶⁰⁵ Referenciada en WALKLATE, Sandra, “Men, Victims and Crime (...)”, op. cit., esp. p. 150, TONG, Rosemarie, *Feminist Thought: a comprehensive introduction*, Unwin Hyman, Londres, 1989.

⁶⁰⁶ LERNER, Gerda, *The creation of patriarchy*, Oxford University Press, Inc., Nueva York, 1986, (Traducción de Mónica Tusell). En su definición articulada de patriarcado Gerda Lerner afirma “*El patriarcado es una creación histórica elaborada por hombres y mujeres en un proceso que tardó casi 2.500 años en completarse. La primera forma del patriarcado apareció en el estado arcaico. (...) El sistema patriarcal solo puede funcionar gracias a la cooperación de las mujeres. Esta cooperación le viene avalada de varias maneras: la inculcación de los géneros; la privación de la enseñanza; la prohibición a las mujeres a que conozcan su propia historia; la división entre ellas al definir la «respetabilidad» y la «desviación» a partir de sus actividades sexuales; mediante la represión y la coerción total; por medio de la discriminación en el acceso a los recursos económicos y el poder político; y al recompensar con privilegios de clase a las mujeres que se conforman.*

Durante casi cuatro mil años las mujeres han desarrollado sus vidas y han actuado a la sombra del patriarcado, concretamente de una forma de patriarcado que podría definirse mejor como dominación paternalista. El término describe la relación entre un grupo dominante, al que se considera superior, y un grupo subordinado, al que se considera inferior, en la que la dominación queda mitigada por las obligaciones mutuas y los deberes recíprocos. El dominado cambia sumisión por protección, trabajo no remunerado por manutención”, esp. p.57.

⁶⁰⁷ DAVIES, Pamela, “*Women, victims and crime*”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, Sage, Londres, 2010, pp.165-201, esp. pp.167 y 168 basada en el trabajo de Pat Carlen (Vid.CARLEN, Pat, *Women and punishment: the struggle for justice*, Cullompton, Willan, 2002) y Sandra Walklate (WALKLATE,

reconocimiento de un sistema de “opresión y de poder de control de los hombres sobre las mujeres y el abandono por parte de los estudios estructurales centrándose en el conocimiento de las mujeres, el sufrimiento de delitos violentos y de carácter sexual, reflexiona acerca del concepto de masculinidad y sexualidad desde una perspectiva victimológica, en el contexto de política victimológica se focaliza en la violencia sexual, acoso, violación, violencia doméstica, abuso infantil y relaciones personales, con una metodología que incluya a las mujeres y se esfuerce por permitir a las mujeres víctimas hablar por sí mismas, adoptando como estrategia política rebatir las nociones positivistas de precipitación victimal, preguntándose sobre si todos los hombres son potenciales violadores”, y “promoviendo a las mujeres como supervivientes.”⁶⁰⁸.

A pesar de que podamos compartir algunas de las características en la relación con la Victimología de otras corrientes dentro del feminismo como la estrategia política del feminismo liberal (centrarse en las “prácticas discriminatorias del sistema legal y la justicia penal en cuanto a la igualdad legal de derechos o la implementación de procedimientos correctos sin sesgos”) o la preocupación por la interseccionalidad y la relación entre patriarcado y capitalismo del feminismo socialista, o la estrategia política del feminismo postmodernista de dar voz a la diversidad de experiencias de las mujeres (aludiendo al concepto de “interseccionalidad” en lugar de “patriarcado” como concepto para analizar la discriminación), es desde los postulados del feminismo radical, ligado a la segunda ola del feminismo iniciada en los años 60 del siglo pasado, desde el que consideramos una mejor aproximación con perspectiva de género a la Victimología. Una precisión conceptual referida a las características del feminismo radical. Siguiendo a FINN MACKAY podemos entender que son cuatro los criterios que singularizan la posición del feminismo radical con respecto a las otras corrientes dentro del feminismo. En concreto, “en primer lugar la aceptación de la existencia del patriarcado junto con el compromiso de ponerle fin; en segundo lugar, el uso y la promoción del espacio exclusivo para las mujeres como método de organización; en tercer lugar, un enfoque en todas las formas de violencia masculina contra las mujeres y su papel como piedra angular de la opresión de las mujeres en general; en cuarto y último lugar, una ampliación del análisis de la violencia masculina contra las mujeres para incluir las instituciones de la pornografía y la prostitución”⁶⁰⁹.

Y es que, hasta entonces, la criminología y la Victimología habían olvidado la variable género en sus estudios. Como recupera SANDRA WALKLATE⁶¹⁰, ya JOHN BRAITHWAITE en 1989 señalaba la necesidad de atender a la masculinidad del delito

Sandra, “Can there be a feminist victimology?”, en Pamela Davies, Peter Francis and Victor Jupp (eds.), *Victimization: research, theory and policy*, Palgrave, Londres, 2004).

⁶⁰⁸ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, op. cit., esp. pp. 167 y 128 (traducción propia).

⁶⁰⁹ MACKAY, Finn, “Radical Feminism”, *Theory, Culture & Society* 2015, n.32, pp.7-8. Vid. MILLETT, Kate, *Sexual Politics*, Rupert Hart-Davis, Londres, 1970; FIRESTONE, Shulamith, *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution*, William Morrow and Company, Nueva York, 1970 (Traducción propia); ATKINSON, Ti-Grace, *Amazon Odyssey*, Quick Fox, Nueva York, 1974; BARRY, Kathleen, “Female Sexual Slavery: Understanding the International Dimensions of Women's Oppression”, *Human Rights Quarterly* 1981, n. 2, v. 3, pp. 44-52; VALCÁRCEL, Amelia, *Sexo y Filosofía. sobre "Mujer" y "Poder"*, Anthropos, Barcelona, 1991, AMOROS, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos. Barcelona, 1985, WITTIG, Monique, *The Straight Mind and Other Essays*, Beacon Press, Boston, 1992.

⁶¹⁰ WALKLATE, Sandra, *Gender and Crime*, op. cit. esp. p. 143.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

como una de las características fácticas que cualquier teoría del crimen debería tener en cuenta a propósito de la desproporción en las estadísticas de criminalidad entre hombres y mujeres⁶¹¹. Es necesario detenernos en este punto para realizar una puntualización en cuanto a la interconexión de las variantes “víctimas” y “sexo”. Podemos afirmar que toda víctima tiene un determinado sexo. Esta afirmación podría ser mantenida incluso desde el paradigma de algunas teorías *queer* que niegan la categoría “sexo” como característica biológica inamovible⁶¹².

Por el contrario, desde otras posturas afines a la situación de personas intersexuales y *gender fluid* podrían entenderse que el sexo depende de circunstancias personales y contextuales que impiden su consideración objetivada. Se trata, sin duda, de un reto académico poder analizar un hecho social con una categoría teórica, “sexo”, que es puesta en duda incluso por quienes parten de su reconocimiento para su posterior desarticulación. Con el auge de las corrientes posmodernistas⁶¹³, es un reto académico, también, tratar de aproximarnos a un hecho delictivo cometido por una persona, que reúne unas determinadas características, sobre otra persona, que reúne otras determinadas características, y justificar por qué la característica del “sexo” de ambas personas es significativa e importante.

Para quien entienda cada hecho delictivo desvinculado de otras consideraciones previas e incluso posteriores, cometido por una persona sobre otra libre de toda carga sociológica condicionante, la Victimología y la Criminología carecerán de todo interés. Y con este desinterés, todas las consideraciones que en el Derecho Penal y Procesal Penal se realizan atendiendo a conceptos subjetivos tanto respecto a quienes han sufrido el delito como frente a quienes se dirige el procedimiento penal no solo carecerán de interés, sino que son innecesarias, inoportunas y arbitrarias. Y, sin embargo, cualquier ordenamiento jurídico de los Estados Miembros de la UE contienen disposiciones subjetivas e ideológicas que instituyen qué tipo de persona se espera en el ejercicio de la ciudadanía. Desde la distinta graduación penal atendiendo a la energía criminal desplegada por quien comete los hechos típicos, pasando por atenuantes, agravantes, eximentes, prescripciones de penas y de delitos, condiciones de perseguibilidad, efectos del perdón, hasta las interpretaciones de los hechos probados que sirven de razonamiento lógico en forma de motivación de las sentencias. El sexo, por tanto, supone una característica objetiva que es tomada en cuenta por la legislación. De no hacerlo, se presentaría una legislación ciega ante una sociedad sexuada en cuyo seno esta legislación, supuestamente neutral, sería perpetuadora de discriminaciones y situaciones que precisamente trata de eliminar.

⁶¹¹ BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, esp. pp.44 y 45.

⁶¹² Vid. BUTLER, Judith, *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, Routledge, Londres, 1990.

⁶¹³ El término “postmodernidad” fue introducido por primera vez por el filósofo Jean-François Lyotard en su libro “La condición *postmoderna*” de 1979. Vid. BENHABIB, Seyla, “Feminismo y Posmodernidad: Una difícil alianza (Traducción: Pedro Francés Gómez)”, op. cit., pp. 319-342.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Realizada esta puntualización, WALKLATE se centra en la relevancia de la asociación que la sociedad realiza entre víctima y mujer. Una relación que, más allá de ser gramática en aquellos idiomas que le atribuyen un género gramatical, se remonta al origen etimológico de la palabra “víctima” como animal sacrificado que se muestra débil y pasivo⁶¹⁴. Lo que se asocia a la “feminidad”. En este punto, desde el feminismo radical se comienza a analizar cómo la construcción de la masculinidad se encuentra en la base tanto de la desigualdad como de la violencia. En esta línea, con el proyecto titulado “*Factors at play in the perpetration of violence against women, violence against children and sexual orientation violence. A Multi-level Interactive Model*”⁶¹⁵, el equipo investigador ha desarrollado un interesante modelo interactivo dividido en cuatro niveles: macro, meso, micro y ontogénico, en el que se puede apreciar la incidencia de posibles factores en cada nivel y para cada caso de violencia contra las mujeres por razón de género. Es interesante la relación que analizan entre los siguientes factores:

- En el nivel macro: masculinidad, impunidad, devaluación de las mujeres, violencia mediática y baja consideración de los y las menores⁶¹⁶
- En el nivel meso: sanciones fallidas, códigos de honor, grupos que promueven odio, derechos (“*entitlement*”), discriminación y pobreza.
- En el nivel micro: estereotipos, códigos de obediencia, estrés familiar, recompensas, oportunidad y aprobación por pares.
- En el nivel ontogénico: pobre experiencia paternofamiliar (*poor parenting*), trauma a temprana edad, emociones, capacidad cognitiva, masculinidad, sexo despersonalizado, abuso de estimulantes.

Este estudio presenta una profundidad que no podemos abordar en este momento. Lo que sí puede ser mencionado es cómo el factor “menosprecio de las mujeres” está en la base de delitos como la trata de personas, agresión sexual, violación, prácticas tradicionales dañinas, violencia en las relaciones íntimas, abuso sexual de menores, acoso sexual, violencia motivada por la orientación sexual. Así la “masculinidad” aparece como factor de todos estos delitos y de la explotación sexual infantil. En el análisis de esta “masculinidad” los estudios han abordado la existencia de la

⁶¹⁴ WALKLATE, Sandra, “Men, Victims and Crime”, op. cit. esp. p.144. Una consideración etimológica a la que ya nos hemos referido en el epígrafe anterior y que, ahora añadimos que desde el movimiento feminista ha sido propuesto el término “superviviente” para aquellas mujeres víctimas de delitos por razón de su sexo. Sugerencia criticada por invisibilizar o cuanto menos no tener en cuenta el proceso de victimización. Así, podríamos encontrarnos siguiendo a Sandra Walklate víctimas activas, víctimas pasivas, supervivientes activas, supervivientes pasivas así como todo un elenco de experiencias intermedias. No obstante, siguiendo las explicaciones desde el centro llamado “*London Rape Crisis Centre*”, usando este término se pone de relieve la gravedad del delito que suponen una amenaza para la vida, se elimina la connotación de pasividad o incapacidad o impotencia asociada al término “víctimas”, en definitiva sirve para empoderar a quienes sufren determinados delitos.

⁶¹⁵ Liderado por la Universidad Osnabrück (Alemania) en cooperación con Human European Consultancy HEC (Utrecht), Child and Woman Abuse Studies Unit London MET CWASU (Londres) y International y Victimology Institute INTERVICT (Tilburg), *Developed for the European Commission as part of the Feasibility study to assess the possibilities, opportunities and needs to standardise national legislation on gender violence and violence against children; JLS/2009/D4/018* Accesible en <https://www.humanconsultancy.com/assets/understanding-perpetration/understanding-perpetration.html> (Último acceso: 10 de diciembre de 2019).

⁶¹⁶ Explicados en Resumen Explicativo de los factores y la intervención del propio Proyecto, accesible en <https://www.humanconsultancy.com/assets/understanding-perpetration/bin/Factors,%20levels%20and%20interventions.pdf> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

denominada “masculinidad hegemónica”. RAEWYN W. CONNELL relaciona la expresión de la masculinidad en la sociedad contemporánea con la posición del poder basada en la presunción de heterosexualidad⁶¹⁷. La autora entiende como ejemplo de esta relación la figura del sostén de la familia, la criminalización de la homosexualidad o hacer a las mujeres objetos pornográficos. De esta forma, considera que por debajo de esta masculinidad hegemónica aparecen otras formas de masculinidad en una posición inferior en la escala de poder como la masculinidad de hombres homosexuales o la masculinidad de hombres no blancos/caucásicos⁶¹⁸. La afectación de esta hegemonía de la masculinidad es localizada por JAMES MESSERSCHMIDT en tres lugares: la calle, el trabajo y el hogar⁶¹⁹. Lugares donde el autor entiende que la masculinidad es proyectada sobre las otras personas y sobre el hombre mismo que la escenifica. Sin embargo, SANDRA WALKLATE se pregunta, siguiendo a JOHN HOOD-WILLIAMS, por qué una minoría de hombres necesitan mostrar la masculinidad a través del delito y no a través de medios no criminales⁶²⁰.

Paralelamente una puntualización que podemos realizar en este momento es la introducción del concepto de “micromachismo” o “microviolencia” desarrollado por el psiquiatra LUIS BONINO⁶²¹. Definidos por el propio autor como *“microabusos y microviolencias que procuran que el varón mantenga su propia posición de género creando una red que sutilmente atrapa a la mujer, atentando contra su autonomía personal si ella no las descubre (a veces pueden pasar años sin que lo haga), y sabe contramaniobrar eficazmente. Están la base y son el caldo de cultivo de las demás formas de la violencia de género (maltrato psicológico, emocional, físico, sexual y económico) y son las "armas" masculinas más utilizadas con las que se intenta imponer sin consensuar el propio punto de vista o razón”*.

Es interesante esta apreciación ya que arroja luz sobre acciones u omisiones que ocurren en el nivel micro, en “el límite de la evidencia” como se expresa su autor, cuya sutileza puede pasar desapercibida pero que constituyen formas de imponer una estructura social basada en la desigualdad entre hombres y mujeres. A este respecto, cuando JOHN HOOD-WILLIAMS se pregunta por qué una minoría de hombres recurre a la violencia, sin menospreciar que ciertamente es una minoría quien recurre al crimen, no debemos olvidar que por un lado, habría que analizar qué acciones y omisiones se tipifican en un sistema penal y, por otro lado, existe todo un elenco de actitudes, comportamientos, acciones y omisiones que no son delito y que, sin embargo, son

⁶¹⁷ CONNELL, Raewyn W., *Gender and Power*, Polity, Oxford, 1987.

⁶¹⁸ WALKLATE, Sandra, “Men, Victims and Crime”, op. cit. esp. p.152.

⁶¹⁹ Vid.MESSERSCHMIDT, James W., *Masculinities and Crime:critique and reconceptualization of theory*, Rowman and Littlefield, Lanham, Maryland, 1993 y MESSERSCHMIDT, James W., *Crime as Structured Action*, Sage, Londres,1997.

⁶²⁰ WALKLATE, Sandra, “Men, Victims and Crime”, op. cit., esp. p. 153.

⁶²¹ Vid.BONINO, Luis, “Desvelando los micromachismos en la vida conyugal”, en Jorge Corsi (ed.), *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós, Buenos Aires,1995 pp. 191-208. En concreto la cita aparece en BONINO, Luis, *Micromachismos: la violencia invisible en la pareja*. Accesible en https://www.joaquimmontaner.net/Saco/dipity_mens/micromachismos_0.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

manifestaciones de ese ejercicio exteriorizado de la masculinidad⁶²². Podemos señalar con LUIS BONINO las siguientes: “control sobre las decisiones económicas de la pareja/familia, negación del valor económico del trabajo doméstico, no reconocimiento de la incidencia económica y personal de la crianza de los/as menores, no corresponsabilidad en las labores domésticas, uso del espacio desmesurado (por ejemplo, el conocido como manspreading o los estudios sobre la división de los espacios comunes en las escuelas⁶²³), la imposición de intimidación, paternalismo, la imposición del silencio, (...)” etc.⁶²⁴ Los efectos de estas acciones u omisiones sutiles imperceptibles o interpretadas en clave de cortesía, caballerosidad, formas de ser, etc. realizados de forma consciente o con la “inocencia” del hábito inconsciente⁶²⁵, son analizados por BONINO

“- agotamiento de sus reservas emocionales y de la energía para sí, con una actitud defensiva o de queja ineficaz por el sentimiento de derrota e impotencia que producen,

- un deterioro muchas veces enorme de su autoestima, con aumento de la desmoralización, aumento de la inseguridad y disminución de la capacidad de pensar (los estudios epidemiológicos muestran que las mujeres en pareja disminuyen su salud mental y calidad de vida, al contrario de los varones, quienes las aumentan),

- una disminución de su poder personal y parálisis del desarrollo personal,

- un malestar difuso, una irritabilidad crónica y un hartazgo de la relación, (...)”⁶²⁶.

En esta línea se inserta la “Campaña del lazo blanco” del Parlamento Europeo en la que se anima a que niños y hombres vistan este lazo blanco⁶²⁷. O la Organización internacional denominada “Promundo” centrada en la formación en igualdad de género de hombres y niños⁶²⁸.

⁶²² En el estudio realizado por EXPÓSITO Francisca y HERRERA ENRÍQUEZ, María del Carmen, “Social perception of violence against women individual and psychosocial characteristics of victims and abusers”, *The European journal of psychology applied to legal context* 2009, n. 1, vol. 1, pp. 123-145, esp. p.138, uno de los resultados que llamaron la atención de las investigadoras fueron los niveles de feminidad percibida en hombres no maltratadores por las personas que participaron en el estudio. En cualquier caso, una de las conclusiones de las autoras es la estereotipada visión de quienes participaron respecto al prototipo de agresor y prototipo de víctima.

⁶²³ Resulta de interés este reportaje en el diario La vanguardia <https://www.lavanguardia.com/estilos-de-vida/20131108/54393123779/desigualdad-en-las-aulas.html> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

⁶²⁴ Luís Bonino establece una clasificación de los micromachismos y los divide en micromachismos coercitivos, micromachismos encubiertos y micromachismos de crisis.

⁶²⁵ BONINO, Luís, *Micromachismos: la violencia invisible en la pareja*, 1998, recurso electrónico accesible en https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/material/es_gizonduz/adjuntos/micromachismos.pdf esp. p.4. (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶²⁶ *Ibidem*, esp. p. 14.

⁶²⁷ Supone asumir el siguiente compromiso “I am one of the billions who believe that women and men are equal and there should be no place for violence against women in this world. I pledge, by wearing a white ribbon, to never commit, condone or remain silent about violence against women. I promise to work towards ending it”. Vid. EIGE, *White Ribbon Campaign*, accesible en <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/white-ribbon> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). Además, se proponen seis acciones a los hombres: aprender sobre la violencia y las amenazas a las mujeres por parte de hombres, combate el lenguaje sexista y los chistes en tu trabajo, colegio y familia, analiza cómo tus propias actitudes y comportamiento pueden contribuir al problema, se un modelo de comportamiento para niños, muestra que ser un hombre no significa controlar ni dominar a otras personas, habla de esta campaña a tus amistades y a la familia, despierta la preocupación sobre la violencia contra las mujeres en tu trabajo o colegio. (Traducción propia).

⁶²⁸ Fundada en 1997 en Brasil. Vid. Website <https://promundoglobal.org/> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Con todo lo anterior, queremos dejar claro que la expresión de la desigualdad que impone una estructura social patriarcal se manifiesta por medios violentos y por medios no violentos⁶²⁹. Así como dado que el Derecho Penal se ajusta a las exigencias contextuales e históricas de lo considerado moral, justo, tolerable, hemos de considerar que no todas las formas de violencia sobre las mujeres están tipificadas. Respecto a esta última observación en un estudio en 2013 de la ONU bajo la pregunta “*Why do some men use violence against women and how can we prevent it? Quantitative findings from the UN multi-country study on men and violence in Asia and the Pacific*”, en el que se entrevistó a 10.000 hombres de Bangladés, Camboya, China, Indonesia, Sri Lanka y Papúa Nueva Guinea, se encontraron unos elevados datos referentes a la violencia contra las mujeres (esposas y novias o desconocidas) poniendo de relieve la base en la que se sustentaba esta violencia: la creencia de ejercer un derecho y la banalización de la acción⁶³⁰. Las modificaciones legislativas que recogen y protegen los derechos de las mujeres a veces no coinciden en el tiempo con el imaginario colectivo de una sociedad anclada en un sistema legal que toleraba y permitía situaciones de maltrato, abuso y demás vulneraciones de los derechos de las mujeres –otrora no reconocidos como derechos-.

Esta última consideración no puede ser despreciada. Con el asunto *Fulgham vs. State* el Estado de Alabama en 1871 era el primer Estado de Estados Unidos en derogar el derecho del marido a castigar a su esposa⁶³¹. En los asuntos *S.W. c. Reino Unido*⁶³² y *C.R. c. Reino Unido* los solicitantes apelaban a la inmunidad marital, un principio de la *Common Law* de 1736, que eximía de responsabilidad las violaciones del marido a la esposa⁶³³. En España, hasta su modificación el 10 de junio de 1999, el párrafo segundo del artículo 104 de la LECrim se refería a la *falta de desobediencia* de las esposas para con sus maridos⁶³⁴, una desobediencia tipificada como “falta” que se correspondía con el deber de obediencia que quedaba recogido en el Código Civil de 1889 en su artículo 57. Una reminiscencia de este derecho histórico del marido sobre la esposa permanece en el imaginario colectivo en la frase “*algo habrá hecho*” con la que se solía (o “se suele” en algún contexto aún todavía) atribuir a la propia esposa maltratada el motivo de

⁶²⁹ Podemos remitirnos a la diferencia que realiza la filósofa Alicia Puleo entre patriarcado de coacción y patriarcado del consentimiento referenciada en DE MIGUEL, Ana, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, op. cit., esp. p. 58.

⁶³⁰ Vid. Los resultados en <https://www.undp.org/> y en concreto en <http://www.partners4prevention.org/node/516> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶³¹ Referencia en BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, op. cit., esp. p.20.

⁶³² STEDH de 22 de noviembre de 1995, asunto *S.W. c. Reino Unido*, demanda 20166/92, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002016692, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22S.W.%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%2222CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%222001-57965%22%5D%7D> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶³³ STEDH de 22 de noviembre de 1995, asunto *C.R. c. Reino Unido*, demanda 20190/92, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002019092, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22C.R.%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%2222CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%222001-57955%22%5D%7D> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶³⁴ Artículo 104, párrafo segundo, LECrim, Gaceta de Madrid de 17 de septiembre de 1882, n. 260, pp. 803 a 806, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/1> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019), hasta su modificación por medio de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio de 1999, BOE de 10 de junio de 1999, n. 138, pp. 22251 a 22253, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1999/06/09/14> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

lo que se consideraba una manifestación del derecho a castigar que se deriva de todo deber de obediencia⁶³⁵. Nunca ningún ordenamiento jurídico ha atribuido esta clase de derechos o inmunidades a las esposas sobre los esposos. Todo lo cual pone de relieve un recogimiento de forma generalizada de la desigualdad y subordinación de las mujeres, la penetración de esta consideración cultural en los ordenamientos jurídicos así como su mutua y recíproca influencia, y cómo al cambiar el contexto cultural y político y abordar las modificaciones necesarias que eliminen estas desigualdades y subordinación de las mujeres, aún muchos hombres creen estar actuando amparados por una legislación que ya no existe y muchas mujeres creen estar obligadas a respetar unos deberes que ya han sido derogados⁶³⁶.

Siguiendo con el planteamiento de SANDRA WALKLATE, entiende que el concepto de masculinidad hegemónica puede arrojar luz en el ejercicio de la violencia. Esta demostración de masculinidad tiene gran incidencia en la propia experiencia por los hombres de la victimización. Una experiencia que no se ajusta a los patrones de la vivencia de la masculinidad⁶³⁷. Siendo, además, notorio que estadísticamente la mayoría de las víctimas de delitos son hombres excepto con relación a delitos de naturaleza sexual o delitos relacionados con el sexo como mutilación genital o trata de personas con fines de explotación sexual o matrimonio forzado donde las víctimas son mujeres o son la mayoría de las víctimas respectivamente. Podemos atender a la siguiente tabla que recoge las estadísticas de Eurostat para el año 2016 sobre los ocho Estados con mayor número de personas sospechosas y delincuentes y personas detenidas diferenciados según el sexo de la persona⁶³⁸.

	Total personas sospechosas		Total personas condenadas	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Turquía	No datos		2,670,677	
			2,188,254	481,847

⁶³⁵ Así también regulado en Inglaterra. Vid. UNDERDOWN, D “The taming of the scold: the enforcement of patriarchal authority in early modern England”, en A. Fletcher, J. Stevenson (eds.), ‘Order and disorder’ in early modern England, 1985, pp. 116-136, mencionado en GEORGE, Malcolm J., “Invisible touch”, *Aggression and Violent Behavior* 2003, n.8, vol.1, pp.23-60, p. 24.

⁶³⁶ Una reminiscencia mencionada en textos como en el Punto 34 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, P8_TA(2018)0189, “Pide a los Estados miembros que, habida cuenta del carácter profundamente arraigado de la misoginia y el sexismo en nuestras sociedades y de la creciente exposición de niños y jóvenes a la violencia en internet, incluyan en los planes de estudios de educación primaria y secundaria la educación sobre la no violencia y la igualdad entre hombres y mujeres, fomentando la participación de los alumnos en debates y utilizando todas las oportunidades propicias para inculcar estos valores;” accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0189+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶³⁷ En el capítulo de Sandra Walklate al que nos estamos refiriendo se recogen diferentes estudios relacionados con la vivencia de agresiones sexuales por parte de hombres y de mujeres sobre hombres y niños. Los resultados a los que se llega muestran cómo la experiencia de la victimización colisiona con sus expectativas de construcción de la masculinidad. Interesante el estudio sobre la incidencia de los roles de género en la percepción de los hombres como víctimas y cómo la victimización sexual de los hombres supone atribuirles características femeninas, en MULDER, Eva, PEMBERTON, Antony, VINGERHOETS, Ad J. J. M., “The Feminizing Effect of Sexual Violence in Third-Party Perceptions of Male and Female Victims”, *Sex Roles, A Journal of Research* 2020, n.82, pp.13-20.

⁶³⁸ Accesible en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Inglaterra y Gales	No datos		1,445,304	
			983,814	359,036
Alemania	2,360,806		737,873	
	1,767,739	593,067	594,952	142,921
Francia	1, 059,237		645,336	
	865,278	193,952	576,292	69,044
Italia	894,537		209,921	
	739,783	154,754	176,803	33,118
Polonia	312,423		300,867	
	275,788	36,635	268,555	32,312
Finlandia	401,952		156,034	
	288,314	113,638	124,237	31,775
España	401,952		232,058	
	301,601	63,471	No datos	No datos

Figura n.19. Estados con mayor número de personas sospechosas y delincuentes y personas detenidas diferenciados según el sexo de la persona. Fuente: elaboración propia en base a la información de EUROSTAT.

En concreto, si observamos de forma comparativa los datos de personas condenadas por delitos de homicidio doloso, agresiones sexuales y violaciones podemos fijarnos en los siguientes Estados

	Total <u>condenados/as</u> por homicidios dolosos		Total <u>condenados/as</u> por agresiones sexuales		Total <u>condenados/as</u> por violaciones	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Turquía	5,861		7,228		3,355	
	5,656	205	7,181	47	3,290	65
Rumanía	900		21		330	
	No datos	No datos	21	0	No datos	No datos
Países Bajos	479		176		268	
	442	34	175	1	264	4
Alemania	320		5,888		528	
	289	31	5,666	222	526	2
Inglaterra y gales	295		No datos		3,507	
	271	24			3,496	10
Polonia	257		149		409	
	No datos	No datos	145	4	409	0

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Hungría	175		No datos			274	
	150	25				267	7
Suecia	168		517			286	
	156	12		515	2	284	2

Figura n.20. Personas condenadas por delitos de homicidio doloso, agresiones sexuales y violaciones. Fuente: elaboración propia en base a la información de EUROSTAT.

Si atendemos al número de víctimas de homicidios dolosos y agresiones sexuales y violaciones⁶³⁹

	Total <u>V</u>íctimas de homicidios dolosos		Total <u>v</u>íctimas De agresiones sexuales		Total <u>v</u>íctimas de violaciones		
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	
Alemania	963		33,311		8,102		
	494	469	6,166	27,145	480	12,155	
Francia	875		21,683		13,977		
	522	337	3,636	17,985	1,789	12,155	
Suecia	106		10,966		6,311		
	77	29	1,260	9,706	492	5,819	
Inglaterra y Gales	709		41,379		35,798		
	522	187	6,069	35,310	3,741	32,057	
Escocia	64		4,404		1,755		
	48	16	354	2,345	103	1,652	
Noruega	27		2,315		2,154		
	16	11	454	1,861	277	1,877	
España	294		8,815		1,421		
	181	113	1,482	7,333	148	1,273	
Polonia	261		526		805		
	190	71	39	486	40	762	
Hungría	202		No datos			598	
	120	82				130	495

Figura n. 21. Víctimas de homicidios dolosos y agresiones sexuales y violaciones. Fuente: elaboración propia en base a la información de EUROSTAT.

⁶³⁹ Fuente: EUROSTAT, accesible en <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Conforme las cifras ofrecidas por Eurostat, la desproporción respecto al sexo de las víctimas entre los delitos de agresiones sexuales y violaciones y homicidios dolosos es muy acusada en todos los Estados. A modo de ejemplo, de las 33,311 víctimas de agresiones sexuales en Alemania en el año 2016, 27,145 eran mujeres. En este mismo Estado la diferencia entre hombres y mujeres víctimas de homicidio doloso no es tan acusada (494 hombres y 469 mujeres).

La existencia de delitos que son cometidos contra mujeres de forma desproporcionada nos impone la necesidad de analizar esta singularidad para, conforme a los objetivos de esta tesis, abordar qué impacto de género tienen los derechos procesales que se les reconocen a las víctimas de los mismos en aras de su óptimo ejercicio. Con todo ello, el concepto de masculinidad hegemónica que utiliza SANDRA WALKLATE puede servir para analizar tanto la vivencia de la victimización por parte de los hombres, así como para analizar su incidencia en la comisión de delitos perpetrados desproporcionadamente sobre mujeres. En este sentido, esta experiencia de la masculinidad incide en la vivencia de los mismos tipos delictivos. Los estudios de DAVID GADDD y otros⁶⁴⁰ arrojaron luz sobre las características diferenciadoras entre hombres y mujeres víctimas de violencia doméstica. Estos investigadores indicaron que los hombres no suelen ser victimizados de forma reiterada, no suelen ser lesionados de forma grave y solo un tercio de los hombres que participaron en sus estudios se consideraban a sí mismos como maltratados. Señala SANDRA WALKLATE que el “tipo” de mujer víctima de violencia doméstica difiere del “tipo” de hombre víctima de violencia doméstica. Hay quienes pueden interpretar estos resultados subrayando el carácter sistemático de maltrato hacia las mujeres (y de ahí las diferencias). También hay quienes puede entender que existe un rechazo y una negativa a admitir el maltrato por parte de los hombres. Esta última consideración se pone de relieve además para el propio equipo investigador para encontrar hombres que quisieran participar en los estudios.

Dicho todo lo anterior, debemos mencionar que junto a esta explicación centrada en el concepto de “patriarcado”, el denominado “modelo ecológico” también es utilizado para analizar la violencia. Este modelo propone que la violencia es el resultado de determinados factores operando en cuatro planos: individual, relacional, comunidad y sociedad. Éste es el modelo que analiza la Organización Mundial de la Salud⁶⁴¹. En su estudio señala que, en el plano individual, los factores asociados a los hombres más consistentes con el incremento de la posibilidad de ejercer violencia contra su pareja son *“la edad, bajo nivel de educación, haber experimentado o haber sido testigo de*

⁶⁴⁰ GADD, David, FARRALL, Stephen, DALLIMORE, Damian y LOMBARD, Nancy, “Male victims of domestic violence”, *Criminal Justice Matters* 2013, n. 5, 16-17.

⁶⁴¹ Organización Mundial de la Salud, *Understanding and addressing violence against women*, 2012, WHO/RHR/12.35, p.4, accesible en <https://apps.who.int> (Último acceso: 11-de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

violencia durante la infancia, uso de alcohol y drogas, trastornos de personalidad, aceptación de la violencia, pasado de abuso por los padres”⁶⁴².

Entre los factores que incrementan la posibilidad de que una mujer experimente violencia por parte de su pareja se señalan un *“bajo nivel de educación, exposición a violencia entre los padres, abuso sexual durante la infancia, aceptación de la violencia y exposición a otras formas de abuso*”⁶⁴³.

En el plano de la relación, los factores que influyen tanto en la victimización de las mujeres como en la perpetración de los hombres son *“conflictos o desafección en la relación, dominación del hombre en la familia, estrés económico, varias parejas por parte de los hombres y disparidad en el nivel de educación*”⁶⁴⁴. En el plano de la Comunidad y factores sociales se identifican la *“desigualdad de género de las normas sociales (especialmente aquellos que vinculan la noción de masculinidad a la de dominación y agresión), pobreza, bajo estatus social y económico de las mujeres, sanciones legales débiles contra la violencia en la pareja dentro del matrimonio, falta de derechos civiles de las mujeres, incluyendo divorcio restrictivo y desigual y leyes referidas al matrimonio, débiles sanciones de la comunidad contra las violencia en la pareja, amplia aceptación social de la violencia como forma de resolver conflictos y conflictos armados y alto nivel general de violencia en la sociedad*”⁶⁴⁵.

Siguiendo la explicación basada en el modelo ecológico de la Organización Mundial de la Salud podemos hacer el siguiente gráfico:

⁶⁴² *Ibidem*, Traducción propia.

⁶⁴³ *Ibidem*, Traducción propia.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, Traducción propia.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, Traducción propia.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

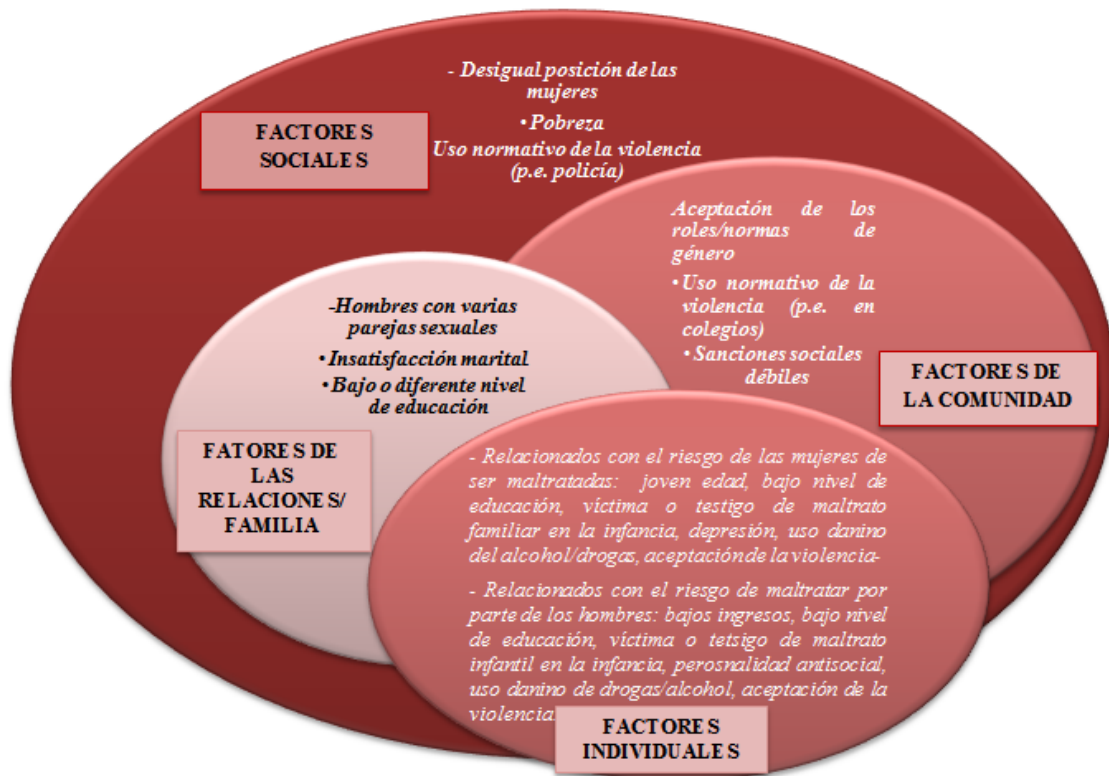


Figura n. 22. El modelo ecológico de la violencia contra la mujer por su esposo/novio según la OMS. Fuente: traducción y elaboración propia.

En este punto debemos retomar el arquetipo de víctima esbozado por NILS CHRISTIE que quedaba resumido en *“the little old lady on her way home in the middle of the day after having cared for her sick sister”*, según entiende NILS CHRISTIE su contexto cultural⁶⁴⁶. Es decir, para el victimólogo noruego “ser mujer” constituye una de las características que habría de reunir una persona para atribuírsele, por parte de la sociedad, la condición y el estatus de “víctima”. Para NILS CHRISTIE la introducción de la idea de “mujer” en su caracterización potencia las notas de “inocencia”, “debilidad”, “actividad cotidiana” y “desproporción de fuerza con respecto al agresor”, quizás incluso también la temporalidad o excepcionalidad de encontrarse en un espacio público ello aporta la nota de haberse protegido del riesgo que supone estar en un lugar público donde aumentan los riesgos de ser victimizada. Estas notas, junto con estar enferma y la ausencia de relación entre víctima y agresor, entiende NILS CHRISTIE que “facilitan” el reconocimiento por parte de la sociedad de haber sufrido un delito y, por tanto, ser considerada como “víctima”⁶⁴⁷. Si a la descripción de NILS CHRISTIE

⁶⁴⁶ CHRISTIE, Nils, “The ideal victim”, op. cit., esp. p. 18.

⁶⁴⁷ Es significativo uno de los parámetros que utiliza el Tribunal Supremo español para valorar la credibilidad del testimonio de la víctima: la ausencia de móviles espurios. El propio TS lo interpreta de esta forma en la STS 749/2018, de 20 de febrero de 2019 *“La racionalidad a la hora de obtener un convencimiento sobre lo que una persona afirma de otra, está condicionada por cuales sean las previas relaciones entre ambos, esto es, si el relato del testigo puede enraizar, y estar enturbiada su sinceridad, por razones de odio, resentimiento, venganza o enemistad, creando por ello un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes. Como dijimos en nuestra sentencia de 4 de febrero de 2015, “...si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser*

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

quitáramos el elemento “ser mujer”, nos quedaría un hombre, enfermo, débil, inocente, sin relación con el agresor, realizando una actividad cotidiana y con menor fuerza que el agresor. Según el victimólogo noruego, el sexo de la persona que comete el delito es tratada de forma superficial, la descripción que realiza de su aspecto físico nos puede dar una idea de que el autor tiene en mente a un hombre. ¿Es irrelevante el sexo de la persona agredida para ser reconocida socialmente como víctima? Según NILS CHRISTIE si es una mujer “mayor o joven”, tiene más probabilidad de ser atribuida con el estatus de víctima. ¿Esto es cierto? Podríamos cruzar dos datos: número de mujeres y de hombres que son sujetos pasivos de un delito de robo y denuncias con desagregación por sexo por robos⁶⁴⁸ en un período de tiempo concreto utilizando las estadísticas oficiales de Eurostat que aplica la Guía para la clasificación Internacional de los delitos con fines estadísticos⁶⁴⁹. Pero este dato cruzado nos hablaría del nivel personal, aquel en el que una persona que sufre un delito percibe que es un delito, que es víctima del mismo y toma la determinación de denunciarlo. No nos pondría sobre la mesa el nivel social: la percepción social del delito. Habríamos por tanto de referirnos a los estudios sobre la percepción social de las víctimas en general y de las víctimas de violencia contra las mujeres en particular.

Gendered victim es un concepto que interconecta el sexo de la persona con su victimización material, cultural y estructuralmente. Un concepto introducido por la interpretación y crítica de la Victimología positivista desde el feminismo radical. Centrarse en el tema del impacto de ser mujer ha sido considerado desde entonces a medio camino entre la Criminología realista y las Victimologías interpretativistas, mientras que la perspectiva crítica apela por una incorporación más amplia de las preocupaciones del feminismo⁶⁵⁰. Es de conocimiento general en quienes estudian Victimología que “*el delito y la experiencia de la victimización ocurren en un terreno “estereotipado por razón de género” y que “las relaciones de género afectan a la experiencia y a la recuperación del crimen y de la victimización”*”⁶⁵¹.

desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado”, STS 749/2018, de 20 de febrero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:524, F.J. 2, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8679969&links=valor%20probatorio%20del%20testimonio%20de%20la%20victima&optimize=20190304&publicinterface=true> e (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). Nos remitimos al Capítulo Quinto para el análisis en profundidad de estos parámetros para medir la credibilidad de la víctima pero en este momento lo que podemos apuntar es que la existencia o no de relación entre victimario y víctima sigue aportando notas relativas a la inocencia o credibilidad de la víctima.

⁶⁴⁸ Elegimos un delito contra el patrimonio para evitar un delito contra las personas que supongan el ataque a un bien jurídico relacionado con la vida, la salud, la integridad sexual o la integridad moral.

⁶⁴⁹ <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Robbery> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶⁵⁰ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, Sage, Londres, 2010, pp.166-201, esp. p. 167.

⁶⁵¹ *Ibidem.*, esp.p. 167. Traducción propia. Ha de ser subrayado que en inglés “*gendered*” tiene unas connotaciones relacionadas con los roles de género que no encuentra en español un término que englobe tal significación. Por ello se ha preferido usar la expresión *estereotipado por razón de género*.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Volviendo a la pregunta de si siguiendo la descripción de víctima ideal de NILS CHRISTIE, las mujeres que sufren un delito sin conocer al agresor, inocentes, jóvenes o mayores, etc. y demás características que señala el autor, son percibidas por la sociedad como víctimas y, por tanto, dada la incidencia del aspecto social en la autoconsideración, éstas se ven a sí mismas como víctimas, debemos, en primer lugar, analizar si se da la primera de las proposiciones. Esto es, si ese “ideal de víctima” descrito por NILS CHRISTIE puede trasladarse a la sociedad actual. Y bien, si analizamos la percepción social de un tipo delictual concreto, de violencia sexual, en un país concreto, España, podemos referirnos al Informe sobre Percepción Social de la Violencia sexual en 2018⁶⁵². Destacaremos el análisis respecto a los mitos o falsas creencias relativas a que las ‘mujeres se inventan o exageran el acoso sexual, y/o promueven ellas mismas este acoso, Cuando la afirmación es más indirecta, y se habla de exageración y no de invención, el porcentaje de personas que la rechazan es menor, sobre todo entre los hombres:’ se muestran de acuerdo el 25,8% de los hombres y el 17,7% de las mujeres encuestadas. El 43,7% de las personas encuestadas respondieron afirmativamente a la siguiente afirmación “Si una mujer no tiene intención de tener relaciones sexuales con un hombre no debería coquetear con él”⁶⁵³. La afirmación *Las mujeres se ofenden muy fácilmente* obtuvo algún grado de acuerdo en el 46,3% de los hombres y un 37,0% de las mujeres⁶⁵⁴. Estos resultados debemos ponerlos en conexión tanto con la autopercepción de la víctima sobre su propia victimización como en relación con la materialización de su derecho a ser entendida al que nos referiremos en el Capítulo Séptimo.

Interesaría mencionar la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer que se realizó en España en el año 2015 donde se recogen los sentimientos provocados por violencia de género⁶⁵⁵ (siguiendo con la definición restrictiva de la legislación española de mujeres que sufran o hayan sufrido los tipos regulados como de violencia de género; en suma, lesiones del artículo 153.1 y 147.1 C.P., amenazas del artículo 171.4 C.P. y coacciones del artículo 172.2 del C.P.- por parte de sus parejas o exparejas siendo la mujer la víctima y el agresor hombre): impotencia, tristeza, rabia, miedo, vergüenza, culpa y agresividad⁶⁵⁶.

⁶⁵² Percepción Social de la Violencia Sexual, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2018, esp. p. 43. http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2018/doc/Percep_Violencia_Sexual.pdf (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

⁶⁵³ *Ibidem*, esp. p.54

⁶⁵⁴ *Ibidem*, esp. p.19

⁶⁵⁵ Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, Delegación Gobierno para la Violencia de Género- Sentimientos provocados por la violencia de género, 2015, p. 127.

⁶⁵⁶ Será interesante valorar cómo influye la experimentación de estas emociones en la capacidad de confiar y en la conexión entre la actividad cerebral y el comportamiento como así demuestra un estudio de la Universidad de Ámsterdam y la Universidad de Zurich. Ver en <http://www.uva.nl/en/content/news/press-releases/2019/03/negative-emotions-can-reduce-our-capacity-to-trust.html> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019) y en concreto su artículo ENGELMANN, Jan B., MEYER, Friederike, RUFF, Christian C. y FEHR, Ernst, “The neural circuitry of affect-induced distortions of trust”, *Science Advances* 2019, n. 3, vol. 5, <https://advances.sciencemag.org/> cuyos principales resultados subrayan que la *amenaza de shock induce una excitación autónoma y reacia que afecta al proceso de toma de decisión, el sentimiento de aversión reduce la confianza, El sentimiento de aversión reduce la actividad relacionada con la confianza en la unión temporoparietal, la emoción de aversión suprime la conexión específica de la confianza entre la unión temporoparietal y la amígdala, la fuerza de conectividad de la unión temporoparietal con el surco temporal superior posterior, la corteza prefrontal dorsomedial y la corteza prefrontal ventrolateral*

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Asimismo, entre los motivos por los que no se informó a la policía o no se denunció, se recogen los siguientes: *“Tuvo muy poca importancia, Por miedo, por temor a las represalias, Sintió vergüenza, apuro, La pareja o alguien más se lo impidió, Fue a otro lugar para obtener ayuda, Sucedió cuando vivía en otro país, No quería que sus hijos/as perdiesen a su padre, No quería que arrestaran a su pareja o Pensó que no la creerían, Para que su pareja no la dejara/estaba, Pensó que era su culpa, Carecía de recursos económicos propios, El problema se terminó Eran otros tiempos, Tenía miedo de perder a sus hijos/as”*⁶⁵⁷.

En la encuesta a nivel europeo realizada por la Agencia Europea por los Derechos Fundamentales publicada en 2014 también se señalaban el miedo, la vergüenza y la culpa como los principales sentimientos en casos de violencia física o sexual⁶⁵⁸.

Sentimientos que también se ponían sobre la mesa como causas por las que las víctimas de violencia de género deciden, o no denunciar, o retirar la acción, o acogerse a la dispensa a declarar: la vergüenza y la culpa.

En caso de otro tipo de violencias contra las mujeres como matrimonios forzados⁶⁵⁹, esterilizaciones forzadas, mutilación genital femenina, sometimiento a prácticas discriminatorias por razón de sexo en determinadas etnias o comunidades culturales como la prueba del pañuelo en la comunidad gitana, la dote en la tradición india, imposición legal del uso de determinadas prendas de vestir fuera del entorno laboral en determinados Estados, la bigamia o poligamia masculina con derecho de repudio, la violación en contextos bélicos, etc. Las consecuencias que estas prácticas generan en las víctimas suelen estar determinada por dos sentimientos enfrentados: la asimilación y el respeto de las normas culturales de la sociedad de origen (o acogimiento) y, por otro lado, la dignidad personal interpretada en términos comparativos con los hombres de esa misma comunidad. La determinación por uno u otro conllevará la aceptación social sacrificando el respeto de tu dignidad como persona o el repudio y rechazo de tu comunidad (con el beneplácito de tus familiares) al ejercer los derechos y libertades asociados a la dignidad de la persona.

Algunas conductas como *“trata/aba de impedirle que vea/viese a sus amigos/as, trata/aba de evitar que se relacione/relacionase con sus familiares, insiste/insistía en saber dónde está/estaba, en cada momento le ignora/aba y le trata/aba con indiferencia, se enfada/aba si habla/aba con otro hombre o mujer, sospecha/aba injustificadamente que le es/era infiel espera/aba que le pida/pidiese permiso antes de ir a determinados sitios”*⁶⁶⁰ pueden pasar desapercibidas como violencia psicológica de

predice específicamente la confianza del comportamiento, El efecto aversivo altera los patrones de activación dentro del circuito neuronal del dominio general de elección relevante”. (Traducción propia).

⁶⁵⁷ *Ibidem*, esp. p.183. (Traducción propia).

⁶⁵⁸ European Union Agency for Fundamental Rights, *Violence against women: an EU-wide survey - Survey methodology, sample and fieldwork. Technical report, 2014*, p.55 accessible en <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-survey-methodology-sample-and-fieldwork> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶⁵⁹ Vid. Proyecto Europeo JUST/2014/RDAP/AG/HARM/ “EU FEM Roadmap forced/early marriage” y en concreto su “Guía de la UE sobre matrimonio forzado/precoz para profesionales de primera línea”, http://femroadmap.eu/FEM_roadmap_ES.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶⁶⁰ Macroencuesta de 2015, op. cit., esp. p.54.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

control (sobre todo si aparecen de forma separada e independiente del resto). Podríamos suponer lo difícil de, primero, denunciar algo que no se considera delito, y de probar, en caso de ser denunciado, tal control u obligaciones impuestas por el novio/marido. Aunque esta última fase se sustanciaría en la fase procesal probatoria a la que aludiremos.

Conforme al estudio de MARÍA DEL CARMEN HERRERA y FRANCISCA EXPÓSITO⁶⁶¹ las autoras entienden vinculada la violencia contra las mujeres con el sistema de creencias de una sociedad y la necesidad de los hombres de ejercer control⁶⁶². El objetivo de su estudio, realizado sobre 268 personas (el 37,6% hombres y el 62,4% mujeres), era recoger la percepción social sobre las mujeres maltratadas y los hombres agresores. Este estudio arrojó unos resultados que las autoras entendían como perpetuadores de una ideología sexista que atañe tanto a la víctima de violencia de género como al agresor de forma estereotipada⁶⁶³.

Una situación generalizada como ponía de relieve el informe de ONU Mujeres titulado “*Understanding and addressing violence against women*” al que nos hemos referido anteriormente, en el que se entrevistó a 10.000 hombres de Países de Asia. Ante la pregunta “*¿Por qué las mujeres no dejan a sus parejas violentas?*”, se precisaba que las víctimas de maltrato no suelen mostrarse pasivas sino que adoptan diferentes estrategias. Incluso cuando pueda interpretarse cierta pasividad, se trata, sin embargo, de una calculada evaluación sobre cómo protegerse a sí misma y a sus hijos e hijas. De entre las razones por las que permanecen en relaciones donde sufren violencia suelen encontrarse “*miedo a la represalia, falta de medios económicos alternativos para vivir, preocupación por sus hijos, falta de apoyo de familia y amistades, estigma o miedo de perder la custodia de hijos e hijas como consecuencia del divorcio y amar y esperanzas de cambio en su marido o novio violento*”⁶⁶⁴. A pesar de todo lo anterior, el estudio demostraba que entre el 19% y 51% de las mujeres maltratadas por sus maridos o novios habían dejado su casa al menos una noche y entre el 8 y 21% la habían dejado dos y cinco veces. Entre los motivos para hacerlo se apuntaba la escalada en la gravedad de la violencia, el convencimiento de que su marido no iba a cambiar y el miedo por la protección de sus hijos.

Con todo lo anterior, podríamos preguntarnos qué genera que una persona que está siendo o ha sido victimizada experimente estos sentimientos. Siguiendo los estudios de CECILIA L. RIDGEWAY la autora reconoce el marco conceptual del

⁶⁶¹ EXPÓSITO Francisca y HERRERA ENRÍQUEZ, María del Carmen, “Social perception of violence against women individual and psychosocial characteristics of victims and abusers”, *The European journal of psychology applied to legal context* 2009, n. 1, vol. 1, pp. 123-145.

⁶⁶² *Ibidem*, esp. p. 124.

⁶⁶³ *Ibidem*, esp. p. 138.

⁶⁶⁴ Organización Mundial de la Salud, *Understanding and addressing violence against women*, op.cit. accesible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77432/WHO_RHR_12.36_eng.pdf?sequence=1 (Último acceso: 11 de diciembre de 2019), (Traducción propia).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

género como el primer marco cultural para diferenciar entre “yo” y “lo otro” basándose en estereotipos de género⁶⁶⁵. Si bien la diferencia no implica necesariamente desigualdad, el marco basado en los estereotipos de género sitúa a los miembros de uno de los grupos como el sujeto “yo” y a las personas integrantes del otro grupo que ha sido diferenciado como la categoría “lo otro”. Atribuyendo un estatus diferente a uno y otro y asociando, por tanto, ambos términos, diferencia y desigualdad⁶⁶⁶. Este sistema basado en la desigualdad debido al género de las personas se encuentra soportado por unas creencias culturalmente hegemónicas dada su institucionalización por medio de su representación a través de los medios en las imágenes de hombres y mujeres implícitas en leyes y políticas gubernamentales y por su representación de los grupos dominantes de la sociedad (personas blancas, clase media, heterosexuales)⁶⁶⁷. La autora señala que “*La investigación muestra que la categorización sexual impregna inconscientemente los estereotipos de género en nuestras mentes y los hace cognitivamente disponibles para moldear el comportamiento y los juicios*”. Asimismo, “*Los efectos de las creencias de género en el comportamiento de un actor también serán mayores en la medida en que el actor perciba consciente o inconscientemente que el juego de género es relevante para sus propios motivos o intereses en la situación*”⁶⁶⁸. Como recuerdan ANTONY PEMBERTON, ALICE BOSMA y EVA MULLER, un marco exitoso ofrece una definición del problema, un análisis causal, un juicio moral y un remedio⁶⁶⁹. Asimismo, indican que en base a estos marcos las personas construyen su experiencia individual⁶⁷⁰.

Es en este sentido en el que nos pronunciábamos en el Capítulo Primero cuando aludíamos al carácter transfronterizo de la violencia contra las mujeres. Una situación transfronteriza por evidencia de ese hilo invisible que une la situación social de las mujeres.

Es interesante apuntar, como consideración victimológica general, que quienes suelen recibir determinadas acciones delictivas suelen desarrollar una perspectiva distintiva o característica sobre la sociedad. Así lo recoge ANTONY PEMBERTON recordando a JUDITH SHKLAR⁶⁷¹. ANTONY PEMBERTON señala que la búsqueda de la justicia que parte de las instituciones recoge un *status quo* concreto, una determinada “mirada”. Lo que implica que se midan las situaciones de las víctimas sin reflejar su particular idiosincrasia, deseos y necesidades contextuales⁶⁷². De esta forma,

⁶⁶⁵ RIDGEWAY, Cecilia L., “Framed Before We Know It: How Gender Shapes Social Relations”, *Gender & Society* 2008, n.23, 145–160.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, esp. p. 149.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, esp. p. 149-150.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, esp. p. 151.

⁶⁶⁹ BOSMA, Alice, MULDER, Eva y PEMBERTON, Antony, “The ideal victim through other(s’) eyes”, en Marian Duggan (dir.), *Revisiting the ideal victim. Developments in critical victimology*, Policy Press, Bristol, 2018, pp. 27-41, esp. p. 36, traducción propia, refiriéndose a ENTMAN, Robert, “Framing bias: media distribution in the distribution of power”, *Journal of Communication* 2007, n.57, vol.1, pp.163-73,.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, esp. p. 37, refiriéndose a los estudios de BEST, Joel, *Social problems*, Norton, Londres y Nueva York, 2008.

⁶⁷¹ PEMBERTON, Antony, “Dangerous victimology: my lessons learned from Nils Christie”, op. cit., esp. p.263. “*Those who believe themselves to be on the receiving end of social evils have a distinctive perspective on society and a detailed of “thick” view of social evils that political theories ignore at their peril*”.

⁶⁷² *Ibidem*, esp.p.263. (Traducción propia).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

entiende PEMBERTON que tanto la víctima ideal (descrita por NILS CHRISTIE⁶⁷³) como la víctima ideal de la justicia restaurativa funcionan como “medios” cuya experiencia es silenciada⁶⁷⁴.

Esta socialización basándose, entre otros, en el marco del género, determina que mujeres y hombres construyamos una determinada forma de afrontar asuntos sociales de forma sesgada cumplimiento con los mandatos de género asumidos de forma consciente e inconsciente. El ejemplo con que iniciábamos este epígrafe es elocuente. Oír los pasos de alguien caminando detrás de ti. O, ligado a esta situación y su potencialidad, es frecuente entre mujeres enviarse mensajes tranquilizadores del tipo “ya estoy en casa”. Esta socialización del miedo responde a una lógica social impregnada de patrones de comportamiento basados en el marco conceptual del sexo de la persona. La consecuencia inmediata es la interpretación de la realidad, la percepción de los hechos sociales, influenciada por este marco. Como poníamos de relieve, estudios muestran cómo las mujeres experimentan un mayor miedo a sufrir un delito incluso cuando estadísticamente los hombres suelen sufrir mayores delitos⁶⁷⁵. ¿Qué consecuencias se derivan de esta afirmación? La constatación y toma en consideración de que no solo el Derecho está escrito desde una determinada “mirada”, sino que tanto su aplicación como su cumplimiento son desarrollados por personas con una determinada socialización. La consciencia de la falta de neutralidad de las disposiciones normativas y de nuestros razonamientos e interpretaciones señala el camino de la generación de disposiciones normativas y razonamientos e interpretaciones que integren las diferencias en base al género que imperan en la sociedad para reducir su impacto y ofrecer un tratamiento con efectos materiales que respeten el principio de igualdad⁶⁷⁶.

No podemos terminar este epígrafe sin referirnos a la corriente doctrinal asociada a la denominada cuarta ola del movimiento feminista que entiende que la violencia basada en el género debe abordarse desde el concepto de “interseccionalidad”⁶⁷⁷ y no de “patriarcado”. Así, CAROLINA VILLACAMPA critica la política criminal que se ha seguido en España en cuanto a la estrategia contra la violencia de género que cataloga como de tipo “paternalismo punitivo” y su utilización del Derecho Penal como *prima*

⁶⁷³ CHRISTIE, Nils, “The ideal victim”, op. cit., pp. 17-30.

⁶⁷⁴ Vid. PEMBERTON, Antony, WINKEL, Frans Willem y Groenhuijsen, Marc, “Taking Victims Seriously in Restorative Justice”, *International Perspective in Victimology* 2007, n.1, vol. 3, pp. 4-14.

⁶⁷⁵ FOX, Kathleen A., NOBLES, Matt R. y PIQUERO, Alex R., “Gender, crime victimization and fear of crime”, *Security Journal* 2009, n.1, vol. 22, pp.24-39, esp. p. 27.

⁶⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, (Traducción, Perfecto Andrés Ibáñez) Trotta, Madrid, 2019.

⁶⁷⁷ Concepto atribuido a Kimberle Crenshaw quien a principios de los años 90 identificó la doble discriminación de las mujeres afroamericanas en EEUU, por ser mujeres y por ser negras en “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *The University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, issue 1, article 8, pp. 140 y ss, referenciado en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, esp. p. 68. Como expone esta última autora, la constante evolución de las teorías ha llevado a que dicho término haya sido criticado y en la actualidad la posición dominante dentro de las teorías insertadas en esta tercera ola prefiera el concepto de multidimensionalidad. En VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, op. cit. esp. p. 69.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

*ratio*⁶⁷⁸. En su opinión, la política criminal contra la violencia de género en España se basa en la teoría resultante del feminismo de la segunda ola⁶⁷⁹. Mientras que en la evolución internacional de los postulados feministas, la denominada tercera ola aboga por, entre otras consideraciones, dar voz a mujeres marginalizadas, la “*formación de profesionales culturalmente capacitados en los servicios de asistencia a mujeres maltratadas, deconstruirse algunos estereotipos sobre las mujeres maltratadas*” -como que son siempre vulnerables y sin capacidad de decisión-, la necesidad de adoptar mecanismos alternativos más allá de la justicia retributiva, insertados en la denominada justicia restaurativa⁶⁸⁰. Se suele señalar como comienzo de los postulados del pensamiento feminista de la “tercera ola” (“cuarta ola” desde una concepción europea del feminismo que señala el feminismo de la Ilustración como primera ola) el trabajo de REBECCA WALKER en su artículo “*Becoming the Third Wave*” de 1992. La principal característica de esta nueva corriente de pensamiento se centra en la necesidad de abordar la opresión y las relaciones de poder desde otras características identitarias además de “ser mujer” y está integrado por el feminismo postmoderno, la teoría *queer* y la teoría postcolonial. Desde estas nuevas corrientes se construyen términos que se consideran más comprensivos para abordar la subordinación, la opresión y la violencia como “sujetos postcoloniales”, “ciborgs” o “nómadas”⁶⁸¹.

Tendremos ocasión de referirnos a la consideración de la teoría *queer* en cuanto al sujeto pasivo de los delitos de violencia contra las mujeres, pero en este momento debemos defender nuestra postura en cuanto a la consideración del concepto “género” como categoría de análisis de la violencia contra las mujeres. Si abandonamos este concepto ya sea para sustituirlo por otro como para entenderlo incluido en su intersección con otros perdemos la referencia histórica y antropológica de que la Humanidad ha sido dividida en razón del hecho biológico de la posibilidad de gestar y dar a luz atribuyendo unos roles y estereotipos a quienes se predicaba esta posibilidad (aún constituyendo una presunción como en el caso de mujeres estériles, así tanto si constituye una expectativa así niñas, como si constituye un hecho del pasado en mujeres sin menstruación) y quienes no tenían atribuida esta capacidad (así hombres). Esta forma *binómica* de entender la realidad ha conllevado en todas las culturas a lo largo de la Historia esta división de forma más o menos aguda, de forma más o menos discriminatoria en perjuicio de las mujeres⁶⁸². Es indudable que esta primigenia forma de discriminar a quienes conforman un grupo se le van añadiendo otros tipos de características identitarias utilizadas para discriminar dentro del grupo discriminado

⁶⁷⁸ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, op. cit., esp. p. 105.

⁶⁷⁹ Representado en la teoría legal por autoras como MACKINNON, Catharine, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge and London, 1987.

⁶⁸⁰ *Ibidem*, esp. p. 70-71. Vid. MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia Restaurativa y Justicia Penal*, Atelier, Barcelona, 2019. Esta crítica se relaciona con la que señala que el recurso al derecho penal por parte del movimiento feminista para erradicar determinadas prácticas es desacertada. Así en BIRGIN, Haydée (coord.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

⁶⁸¹ *Ibidem*, esp. p. 62.

⁶⁸² LERNER, Gerda, *The creation of patriarchy*, op. cit. esp. 87.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

pudiendo distinguir un grupo de personas que reunirían todas las características identitarias que se han utilizado para subordinar a las personas que las reúnan⁶⁸³.

Este hecho no puede, sin embargo, ocultar que hay un solo elemento que modificará la situación en la pirámide de la estructura social de la discriminación que se puede analizar: ser mujer. Podría ser modificado cualquier otro aspecto y haría situarte en uno u otro lugar, pero dentro del propio grupo oprimido. Sin embargo, si se modifica el sexo, “se subirá” o “se bajará” en esa pirámide de privilegios sociales. ¿Esta estructura puede explicarse más allá del concepto de patriarcado? A este concepto se le han de asociar otros pero integrados en el mismo como hemos puesto de manifiesto (como homofobia o xenofobia) o, incluso, su vinculación con otros términos transversales, aunque asociados a una determinada disciplina (económica en este caso) como “capitalismo” (aunque es posible la existencia del patriarcado sin capitalismo como prueban los regímenes totalitarios de tipo comunista).

Por ello, entendemos que las corrientes asociadas a la tercera ola del movimiento feminista amplían la mirada en cuanto al análisis de las personas discriminadas lo que supone una aportación académica e investigadora irrehazable y que las herramientas de análisis que ofrecen han de ser utilizadas con posterioridad a la aplicación de una perspectiva de género, esto es a los roles y estereotipos con que se ha construido la sociedad atribuyéndose a las personas según el sexo biológico asociado a la configuración cromosómica y características sociales secundarias.

Desde esta visión se ha construido la cultura, y el Derecho como producto cultural está impregnado de esta visión androcéntrica y patriarcal. La tipificación de aquello que se considera grave y que representa una amenaza para la sociedad y los valores y principios que la rigen ha sido producto de esta visión. La evolución que ha tenido la regulación penal de los delitos de carácter sexual es cuanto menos sintomática de esta apreciación⁶⁸⁴. Es por ello por lo que lo que se acusa de ser consecuencia de un populismo punitivo o de extensión de la aplicación del Derecho Penal es, sin embargo, consecuencia de la toma en consideración de los derechos de colectivos hasta ahora silenciados y/o inviabilizados cuyas reivindicaciones comenzaron y comienzan a ser atendidas y cuyos miembros comienzan a formar parte de la toma de decisiones. El movimiento a favor de reconocer los derechos de las mujeres como derechos humanos y la violencia contra las mujeres como una vulneración de los derechos humanos comienza a partir de los años 90⁶⁸⁵. Cuando se exige la tipificación autónoma o integrada en otro tipo básico de un acto u omisión de carácter violento, amenazante o

⁶⁸³ Podemos pensar como arquetipo de persona que reúne todas las características de su identidad que son señaladas para colocarla en la estructura social más subordinada a la niña transexual, lesbiana, negra o de origen *racializado*, pobre, analfabeta, sin trabajo asalariado ni contrato laboral, con diversidad funcional, incapacidad intelectual, integrante de una secta, de ideología política tipificada, con antecedentes penales, que vive en una zona rural de un país dictatorial del denominado Tercer Mundo.

⁶⁸⁴ Vid. FARALDO CABANA, Patricia, “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en Patricia Faraldo Cabana y María Alcalá Sánchez, *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, pp.31-70.

⁶⁸⁵ GOODEY, Joanna, “Domestic violence -a rights-based response: Drawing on results from the FRA’s Violence Against Women Survey”, en Stephanie Holt, Carolina Øverlien, y John Devaney (eds.), *Responding to domestic violence: Emerging challenges for policy, practice and research in Europe*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2018, pp. 23-41.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

intimidatorio que afecta a las mujeres lo que se pone de relieve es que su perpetración constituye una vulneración de los DDHH, un ataque a lo que nos representa como sociedad personificado en una persona o grupo en particular y que su erradicación forma parte de la política criminal de ese Estado, abandonando la idea de que se trate de un asunto privado.

La norma penal en su necesidad de “motivar” un determinado comportamiento negativo (no realizar tal acción u omisión) constituye el medio idóneo para evidenciar la importancia que se le otorga a una acción que se trata de reprimir y de castigar a quien la ejecuta. La jurisprudencia del TEDH ha venido señalando como característica integrante del deber de debida diligencia de los Estados Parte la tipificación de las conductas que vulneren a los derechos reconocidos en el CEDH⁶⁸⁶.

Dicho lo anterior y defendiendo la tipificación de las conductas violentas de violencia contra las mujeres, las peculiaridades que singularizan este tipo de violencia en un elevado número de caso existen una relación personal, presente o pasada, entre víctima y victimario que, incluso, pueden llegar a tener descendencia común. Así, aunque con el Convenio de Estambul hemos de tener presente que no siempre existirá una relación personal entre víctima y victimario, lo cierto es que en las violencias contra las mujeres a manos de su (ex)compañero sentimental en un elevado número de casos tienen descendencia y por ello, han de tener que dialogar sobre cuestiones relacionadas con la educación de sus hijos e hijas.

Puntualización que hemos de realizar es la posibilidad en la legislación penal española de privar de la patria potestad a quienes han cometido un delito para el que se prevea la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o curatela como en los artículos 46, 55, 56, 149 –delito de mutilación genital-, 153 – lesiones en casos de violencia de género y violencia doméstica-, 171.4 y 5 – amenazas en casos de violencia de género y violencia doméstica-, 172.2 – coacciones en casos de violencia de género-, 173.2 –maltrato habitual en casos de violencia doméstica-, 192, 220, 221 –venta de descendientes-, 225bis –sustracción de menores-, 226 – abandono de familia-, 233 del CP español⁶⁸⁷. Lo que indica que existe la posibilidad de que al condenado por delitos de violencia de género sean a su vez condenado a la privación o inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad evitando, con ello, que pueda ejercer violencia denominada vicaria, así como utilizando a la descendencia común como medio para seguir ejerciendo violencia sobre la mujer.

⁶⁸⁶ Vid. RUIZ LÓPEZ, Cristina, “TEDH y Violencia contra las mujeres: diligencia debida y responsabilidad del Estado”, *op. cit.* pp. 765-792. Y FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime. Part I*, 2019, esp. p. 26, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-1-standards_en.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶⁸⁷ En la STS 452/2019, de 10 de octubre de 2019, ECLI: ES:TS:2019:3035, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8904134&optimize=20191016&publicinterface=true&tab=AN&calledfrom=searchresults&statsQueryId=126633856&start=3&links=Agravante%20de%20g%C3%A9nero%20art%C3%ADculo%2022.4%20del%20c%C3%B3digo%20penal> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019), se recoge una pregunta al respecto de gran importancia en un caso de intento de homicidio de la esposa a manos del esposo “¿Cómo puede reclamarse el derecho a mantener una patria potestad sobre unos hijos a los que se ha intentado dejar sin madre de forma cruel al intentar matarla delante de ellos mismos?”

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Hecha esta aclaración, con ELENA MARTÍNEZ⁶⁸⁸ en aquellos supuestos en que al condenado por violencia de género no se le haya privado o inhabilitado para la patria potestad, es indudable que con la tipificación del delito no se soluciona un problema de grave intensidad como es el de la necesidad de que como padre y madre de sus descendientes hayan de dialogar sobre los aspectos relacionados con sus “alimentos” en el sentido amplio del Código Civil español (en adelante C.C.)⁶⁸⁹. Ante esta situación la autora reflexiona sobre si la respuesta de la justicia es adecuada, a lo que responde afirmativamente, y eficiente en el sentido de prevención de la reincidencia, restaurativa del daño causado a la víctima y rehabilitadora del maltratador. En este momento la autora responde que en casos en los que víctima y victimario hayan de mantener una relación de diálogo, ni la Justicia está preparada ni es su cometido resolver los problemas que genere. Una clara remisión a otras áreas de conocimiento de las denominadas Ciencias Sociales.

3.3 Impacto de género de determinados hechos victimizantes

Centrándonos en la relación entre la Victimología y la perspectiva de género, siguiendo a PAMELA DAVIES, podríamos identificar temáticamente algunos estudios y teorías que arrojan luz sobre las particularidades de la victimización de las mujeres en determinados contextos. En cuanto a las mujeres en el ámbito laboral y el medio ambiente, como consecuencia de la división del trabajo estereotipada, los riesgos de sufrir una victimización se encuentran condicionados por el hecho de ser mujer u hombre en un trabajo⁶⁹⁰. Sin embargo, la autora destaca la falta de una perspectiva no androcéntrica en los estudios sobre victimización y trabajo⁶⁹¹. Señala algunos estudios referidos al elevado tanto por ciento (90%) de mujeres jóvenes, inmigrantes del Este que trabajan en “*talleres clandestinos de la industria textil y donde no reciben ningún permiso de maternidad, se despide a mujeres embarazadas y se fuerza a abortar o a tomar medidas anticonceptivas*”⁶⁹². Asimismo, la autora menciona numerosos estudios que abordan cómo la “*industria farmacéutica, de cosméticos, salud e industria médica han causado daños a las mujeres como consumidoras de forma masiva*”⁶⁹³. La victimización colectiva sobre mujeres en cuanto a crímenes tóxicos y daños en

⁶⁸⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal”, *Diario La Ley* 2017, n. 9055, <https://diariolaley.laleynext.es/>

⁶⁸⁹ Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889, n. 206, accesible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶⁹⁰ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, op. cit., esp. p. 175.

⁶⁹¹ Así también GERBER, Jurg y WEEKS, Susan L., “Women as victims of corporate crime: a call for research on a neglected topic”, *Deviant Behaviour* 1992, n.13, pp.325-47.

⁶⁹² DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, op. cit. esp. p. 176. (Traducción propia).

⁶⁹³ *Ibidem*, esp. p. 176. (Traducción propia).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

particular también ha sido objeto de estudios por FRANK PEARCE y STEVE TOMBS⁶⁹⁴.

En cuanto a la relación entre la variable mujeres y violencia y el abuso, además de los datos estadísticos que aporta PAMELA DAVIES en referencia a delitos como agresiones sexuales o maltrato psíquico o violencia doméstica, es interesante que mencione la falta de una adecuada aprehensión de las experiencias reales de las mujeres o una aproximación a algo incuantificable como el sufrimiento. En este punto señala la existencia de una visión crítica del concepto “violencia doméstica” por esconder el sexo del agresor, así como algunos estudios que muestran cómo las mujeres no definen sus experiencias como violación y la aparición de reacción social negativa contra las mujeres que públicamente admiten su victimización y buscan ayuda⁶⁹⁵.

Es interesante mencionar el Informe de Naciones Unidas de 2010 titulado “*Gender and Disaster*” en el que como “hechos” señala que los desastres naturales reducen la esperanza de vida de las mujeres más que la de los hombres, después de un desastre es más probable que las mujeres sean víctimas de violencia doméstica y violencia sexual así como que muchas de ellas eviten usar refugios ante el miedo de ser agredidas sexualmente⁶⁹⁶. Situaciones que no son óbice para la presencia de mujeres en lugares donde se han producido desastres naturales. Diferentes estudios han mostrado la elevada presencia de mujeres como voluntarias, rescatadoras, cuidadoras, constructoras, etc.⁶⁹⁷.

En este sentido, la mayor vulnerabilidad de las víctimas de violencia corporativa (incluyendo los delitos medioambientales, la violación de la seguridad de los alimentos y los delitos de la industria farmacéutica) ha sido analizada en el proyecto *Victims and Corporations. Implementation of Directive 2012/29/EU for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence*⁶⁹⁸.

En cuanto a las mujeres y la victimización múltiple, la revictimización, catalogada como “*criminal o non-criminal victimizations*”, es apreciada por ejemplo en las tarifas del sistema de compensación por daños en las que entiende PAMELA DAVIES que otros daños y peligros que las mujeres sufren en cuanto a la victimización secundaria o múltiple no son recogidos y son olvidados en esos formularios rígidos y estrictos. Por ejemplo, en cuanto a la victimización secundaria la autora se refiere a los daños que causa el sistema procesal adversarial en una mujer víctima de violación u otra forma de agresión sexual, así como el carácter habitual de la violencia doméstica y la existencia

⁶⁹⁴ Vid. PEARCE, Frank y TOMBS, Steve “Hazards, law class: contextualising the regulation of corporate crime”, *Social and Legal Studies* 1997, n. 6, pp. 79-107.

⁶⁹⁵ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, op. cit., esp. p. 177.

⁶⁹⁶ Naciones Unidas, *Gender and Disasters*, 2010, accesible en <https://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/disaster/7Disaster%20Risk%20Reduction%20-%20Gender.pdf> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁶⁹⁷ Vid. ENARSON, Elaine y HEARN MARROW, Bob (eds), *The Gendered Terrain of disaster*, Florida Laboratory for Social and Behavioral Research, Florida International University, Miami, 1998.

⁶⁹⁸ JUST/2014/JACC/AG/VICT/7417, accesible en http://www.victimsandcorporations.eu/wp-content/uploads/2018/04/VictCorpor_Guidelines-for-Corporations.ENG_2017.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

de la culpabilización de la víctima⁶⁹⁹. En este punto autores y autoras dentro de la corriente del feminismo radical han subrayado las “*múltiples desventajas de las mujeres y la complejidad de la herencia cultural identitaria para demostrar la relación particular de las mujeres con algunos tipos delictivos y otras formas no delictivas de victimización, señalando la complejidad y multi-escalonada victimización de las mujeres y cómo unas definiciones de victimización múltiple que no tengan en cuenta la cuestión del género dejan nuestra experiencia invisible*”⁷⁰⁰.

En cuanto al cambio social, la victimización y las mujeres, PAMELA DAVIES menciona que la victimización puede incluir un “*amplio rango de experiencias anti-sociales y muchas etiquetas alternativas que pueden justificadamente constituir victimización incluyendo maltrato, atrocidades, desastres, accidentes, escándalos y explotación, todas las cuales pueden ser utilizadas para oficialmente negar el daño y el estatus de víctima así como para ocultar el terreno estereotipado por razones de género de la victimización.*”⁷⁰¹ Las consecuencias de la globalización económica y las secuelas de la guerra en las mujeres⁷⁰² es un área temática emergente. Desde los estudios acerca de las violaciones en el contexto de la guerra en la antigua Yugoslavia⁷⁰³, la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (prostitución, pornografía, chicas de compañía)⁷⁰⁴, el tráfico de personas y la violencia contra trabajadores/as inmigrantes, o la alerta desde Europol sobre el aumento en Europa de los denominados “crímenes de honor” en los que mujeres jóvenes huyendo de matrimonios forzados son asesinadas⁷⁰⁵.

En relación con las mujeres y el daño social, siguiendo a HAZE CROALL “*la victimización de las mujeres incluye a mujeres como esposas, como madres solteras, como trabajadoras y empleadas, como consumidoras, como ciudadanas, como inversoras, como pasajeras, como residentes e inquilinas, como adolescentes, como niñas y como bebés*”⁷⁰⁶. Eso sí como PAMELA DAVIES precisa, esto no significa que las mujeres tengan el monopolio del dolor y el sufrimiento. Mujeres y hombres pueden

⁶⁹⁹ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, op. cit., esp. p. 178.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, esp. p. 179, Traducción propia.

⁷⁰¹ *Ibidem.*, esp. p. 179. (Traducción propia).

⁷⁰² La victimización de las mujeres durante períodos de guerra se intensifica apareciendo el uso de la violación como arma de guerra o las esterilizaciones forzadas como medios comisivos de genocidio. Vid. ERIKSSON BAAZ, Maria y STERN, Maria, *Sexual violence as a weapon of war? Perceptions, prescriptions, problems in the Congo and beyond. Chapter 2. Rape as a weapon of war?* Zed Books, London/New York, 2013, pp.42-63.

⁷⁰³ Vid. BISHOP, Patrick, “Bosnian Serbs jailed for rape and sexual slavery”, *The Daily Telegraph* 2001, n. 23, <https://www.telegraph.co.uk/>

⁷⁰⁴ Vid. GOODEY, Jo, “Sex trafficking in women from Central and East European countries: promoting a “victim-centred” and “woman-centred” approach to criminal justice intervention”, *Feminist Review* 2004, 76, pp. 26-45. Vid. Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Global report in trafficking in persons. Informe de 2018*, accesible en http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf (Último acceso: 21 de febrero de 2019). En este informe se especifica que el 49% de las personas víctimas de trata son mujeres (83% con fines de explotación sexual, p. 28), seguidas de un 23% que son niñas (72% con fines de explotación sexual, p.28), un 21% hombres (82% con fines de explotación laboral, p.28) y un 7% niños (50% con fines de explotación laboral, p. 28) (p. 10). Siendo el 62% de las personas condenadas hombres, esp. p.36.

⁷⁰⁵ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, op. cit., esp. p. 179. (Traducción propia). Vid. BENNETTO, Jason y JUDD, “Terri , Murder cases under review to identify ‘honour killings’”, 2004, accesible en <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/murder-cases-under-review-to-identify-honour-killings-755808.html> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁰⁶ Vid. CROALL Hazel, *Crime and Society in Britain*, Longman, Londres, 1998.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

comportarse asumiendo roles de género masculinos o femeninos con independencia de su sexo⁷⁰⁷.

MICHELLE L. MELOY y SUSAN L. MILLER se preguntan “¿Por qué tendemos a simpatizar antes con quien sufre un atraco, un robo o es lesionado por un conductor borracho que con víctimas de violencia de hombres contra mujeres quienes suelen experimentar un sentimiento?”⁷⁰⁸. Las autoras mencionan la Creencia en un Mundo Justo a la que nos hemos referido, acrecentada por la mayor distancia social que exista con la víctima en términos de clase socioeconómica, educación, prestigio,... En cuanto a la propia culpabilización de las víctimas, las autoras mencionan el trabajo de RONNIE JANOFF-BULMAN que diferenciaba entre dos tipos sentimiento de culpabilidad de las propias víctimas:

- culpabilización por el comportamiento (*behavioral self-blame*): las víctimas buscan el significado de su ataque tratando de reestablecer un equilibrio señalando las decisiones que le llevaron a ser vulnerables. Este razonamiento trata de sentar las bases de una futura toma de decisiones que reduzcan las probabilidades de ser victimizada de nuevo. Es decir, el delito sufrido se ve como algo predecible que con capacidad de controlar. Evitando considerar que el mundo es un lugar inseguro, impredecible y malévolos;
- culpabilización por la personalidad (*characterological self-blame*) en la que la víctima atribuye su victimización a su forma de ser como ser mala persona o ser coqueta⁷⁰⁹.

Siguiendo a WILLIAM RYAN la culpabilización de las víctimas supone etiquetarla como “problemáticas” y una vez esto sucede la etiqueta penetra, se expande, se exagera y es utilizada para justificar el maltrato y la humillación⁷¹⁰.

Tras lo expuesto, podemos afirmar que la sociedad no tiene una percepción positiva favorable a la empatía con la víctima de este tipo de delitos. Asimismo, las propias víctimas suelen experimentar sentimientos que no generan otro tipo de delitos (como un robo o un delito contra la propiedad intelectual) que le hacen dudar de sí mismas, preguntarse si merecen lo que les está pasando por tener la culpa o no percibir que lo que están sufriendo es una vulneración de sus derechos. La experiencia de la victimización de las mujeres por razón de género es una vivencia contradictoria entre el daño, dolor o emociones de ira e impotencia que provoca el hecho victimizante y la interiorización de unos roles de género que moldean física y psíquicamente a mujeres (y a hombres). Una experiencia contradictoria mediatizada por lo que se espera, se supone o se impone que es “ser mujer” en una sociedad determinada.

⁷⁰⁷ DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, op. cit., esp. p. 181.

⁷⁰⁸ MELOY, Michelle L., y MILLER, Susan L., *The victimization of women. Law, policies and politics*, op. cit, esp. p.7.

⁷⁰⁹ JANOFF-BULMAN, Ronnie, *Shattered assumptions: Towards a new psychology of trauma*, Free Press, Nueva York, 1992, p. 62. (Traducción propia).

⁷¹⁰ Vid. RYAN, William, *Blaming the victim*, Vintage, Nueva York, 1971.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Y, sin embargo, encontramos autores/as, estudios y trabajos que niegan el impacto de género de determinados delitos como el maltrato del marido a la esposa y la victimización de las mujeres de forma desproporcionada, y entienden a las mujeres como las víctimas por antonomasia junto con las víctimas de terrorismo. De modo concreto, JOSEP M. TAMARIT señalaba que *“hay evidencias de que las mujeres se comportan de manera más agresiva en las relaciones de pareja que en otros ámbitos de su vida. Por ello no hay base empírica que permita confirmar la presunción de que la violencia del hombre contra su mujer pareja es “de género”, en el sentido de que es un efecto de las relaciones de dominación en el seno de la sociedad patriarcal y no responde a otra clase de motivaciones e impulsos que son en gran parte comunes a los individuos de ambos sexos.”*⁷¹¹ Entiende, además, que *“Las víctimas de la violencia “de género”, junto a las del terrorismo, han pasado a ser las víctimas por antonomasia; es decir, al referirse a estas víctimas el discurso políticamente correcto denota que a estos colectivos “les conviene el nombre apelativo con que se les designa, con preferencia a todos los demás a quienes dicho nombre comprende”*⁷¹². Continúa *“Según el Tribunal, el número mucho más elevado de casos en que es el hombre quien agrede a la mujer es un argumento a favor de la razonabilidad de la diferenciación punitiva. El conocimiento de la realidad que nos proporciona la investigación empírica, según se ha visto anteriormente, destruye desde su raíz el falaz argumento”*⁷¹³. Para fundamentar esta afirmación respecto a la simetría de la violencia en la pareja entre hombres y mujeres agresores/as y víctimas, JOSEP TAMARIT se apoya en los estudios de MURRAY STRAUS⁷¹⁴, MALCOM J. GEORGE⁷¹⁵, MARINA J. MUÑOZ-RIVAS, JOSÉ LUIS GRAÑA GÓMEZ, K. DANIEL O’LEARY Y PILAR GONZÁLEZ LOZANO⁷¹⁶. De forma general podemos decir que todos estos estudios que menciona TAMARIT SUMALLA utilizan la metodología denominada *Conflict Tactics Scale.*, creada precisamente por MURRAY STRAUSS. Una técnica de medición de las conductas de maltrato en la pareja cuya versión modificada consta de 18 ítems bidireccionales. Las críticas dirigidas a este instrumento supusieron que el propio STRAUS modificara el instrumento y añadiera otros ítems. Las principales críticas subrayan que elimina factores contextuales y motivacionales en su análisis. Además, al eliminar los factores contextuales desaparecen del registro importantes variables que singularizan la violencia en la pareja como por ejemplo la reiteración de las acciones/omisiones o el análisis del tiempo en que se produce las acciones/omisiones

⁷¹¹ TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, op. cit., esp. p. 16.

⁷¹² TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad*, op. cit., esp. p.20 (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷¹³ *Ibidem*, esp.p.21.

⁷¹⁴ STRAUS, Murray A., “The controversy over domestic violence by women: a methodological, theoretical, and sociological analysis”, en Ximena Arriaga y Stuart Oskamp (eds.), *Violence in Intimate Relationships*, SAGE Publications, Inc., Londres, 1999, pp. 17-44.

⁷¹⁵ GEORGE, Malcom J., “Invisible touch”, op. cit., esp., pp.23-60.

⁷¹⁶ MUÑOZ-RIVAS, Marina, GRAÑA GÓMEZ, José Luis, O’LEARY, K. Daniel y GONZÁLEZ LOZANO, Pilar, “Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students”, *Psicothema* 2007, n. 1, vol. 19, pp. 102-107.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

con carácter iniciatorio o de reacción⁷¹⁷. Así, una de las críticas que se realizan a este método tiene que ver con las diferencias en la (sobre)notificación que se dan entre hombres y mujeres. Esto es, como JEFFREY ACKERMAN pone de manifiesto “*La magnitud y la intrincada naturaleza de género del problema de la sobredeclaración implican que la sobredeclaración es un problema sustancial, que tiene el potencial de afectar negativamente la validez de la escala y, por lo tanto, la prueba de las teorías de la violencia de pareja*”⁷¹⁸. De hecho los/as propios/as autores/as que menciona TAMARIT tienen otro estudio sobre la propia aplicación de la CTS y concluyen que “*la consistencia interna y la validez de contenido obtenida en la presente investigación reflejan la necesidad de realizar futuros estudios para explorar algunos aspectos psicométricos adicionales (e.j., fiabilidad test-retest, validez de contenido de algunos ítems y validez predictiva); así como también el grado en que las respuestas se ven afectadas por el falseamiento y la deseabilidad social.*”⁷¹⁹.

Respecto al estudio de MARINA MUÑOZ-RIVAS y otras/os, destacaremos en cuanto a su metodología que la muestra total se centraba en estudiantes de Universidades de Madrid de entre 18 y 27 años que tuvieran una relación sentimental. De las 1.886 personas que participaron, el 72,1% eran chicas.

Respecto a los estudios de MALCOM J. GEORGE, este autor comienza el trabajo mencionado aclarando que “*Ahora es imposible dudar de que las agresiones contra las mujeres por parte de compañeros sentimentales ocurren dado el peso de la evidencia de esposas y parejas femeninas "maltratadas" y la propensión de los hombres a la agresión y la violencia fuera de este contexto particular. Esto está respaldado por una*

⁷¹⁷ Es interesante la tesis doctoral de María Camila Correa Florez titulada “La legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa”, Universidad Autónoma de Madrid, Director Fernando Molina Fernández, 2016, accesible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/673003> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). La autora analiza las distintas soluciones jurídicas desde el ámbito continental y el anglosajón al asesinato del maltratador por la mujer maltratada. En este caso estaríamos hablando de la muerte del presunto maltratador, no obstante, podemos atender a otros estudios en los que se analiza cómo en asuntos de condena por agresiones mutuas, los hechos probados situaban las agresiones en un determinado contexto de maltrato que habían hecho a la mujer reaccionar a un ataque. En esta línea la STS 699/2018, de 8 de enero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:22, ponente: Antonio del Moral García, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/824e431b621658ba/20190122> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019) en la que se anuló la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra que condenaba a una expareja, al hombre por maltrato ocasional y amenazas, a la mujer por lesiones, aplicándole a ésta la eximente incompleta de legítima defensa. El TS en los F.J. 6º y 7º analiza los requisitos de la legítima defensa y concluye con la absolución de la condenada en instancia al apreciar la existencia de proporcionalidad en su acción. Si a la condenada en instancia le hubieran preguntado si había agredido físicamente a su pareja varón, su respuesta habría de haber sido afirmativa. Sin embargo, lo que para quien aplique la *Conflict Tactics Scale* computaría como mujer agresora en la pareja, el TS aplica una eximente completa por legítima defensa. Con ello ponemos de manifiesto la importancia del contexto a la hora de recabar datos y analizarlos en clave de violencia en la pareja.

⁷¹⁸ ACKERMAN, Jeffrey, “Assessing conflict tactics scale validity by examining intimate partner violence overreporting”, *Psychology of Violence* 2018, n. 8, vol.2, pp. 207-217. Vid. JONES, Richard, CHOU, Shihning, y BROWNE, Kevin, “A Critique of the Revised Conflict Tactics Scales-2 (CTS-2)”, *Aggression and Violent Behavior* 2017, n.37, pp.83-90, cita textual “*The magnitude and intricate gendered nature of the overreporting problem imply that overreporting is a substantial problem, having the potential to negatively affect scale validity and thus the testing of partner-violence theories*”.

⁷¹⁹ MUÑOZ-RIVAS, Marina, GRAÑA GÓMEZ, José Luis, O’LEARY, K. Daniel y GONZÁLEZ LOZANO, Pilar, “Validación de la versión modificada de la Conflicts Tactics Scale (M-CTS) en población juvenil española”, op. cit, esp. pp. 693-698.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

*voluminosa y detallada literatura de investigación*⁷²⁰. Continúa señalando que “*Esto es inherente al patriarcado dentro de estas prácticas de poder y, en última instancia, en detrimento continuo de las mujeres, así como de los hombres, víctimas de la violencia en las relaciones. En resumen, se argumentó que, mientras que la violencia entre hombres y mujeres es "visible" en la sociedad actual, fruto de la preocupación por las mujeres, lo contrario se ha convertido en un "toque invisible" que sólo brilla por su trivialización o negación total*”⁷²¹. Y es precisamente la consideración de la importancia del sistema patriarcal lo que MALCOM GEORGE considera escenificado en las procesiones denominadas “*Skimmington*” donde una mujer golpeaba a su marido. Lo que el autor subraya es cómo la sociedad ridiculizaba al marido al haber perdido la autoridad patriarcal y orden familiar⁷²². Una ridiculización que actuaba como confirmación de los estereotipos de género reforzados por la exposición de la naturaleza y alcance de la violencia contra la esposa por el esposo⁷²³. Continúa el autor afirmando que la imagen del hombre maltratado es contradictoria con el paradigma de la opresión de la mujer y de la malicia del hombre, lo que entiende que ha provocado la invisibilidad del maltrato del hombre mediante o su falta de atención o de su negación. Un planteamiento que no se opone a las teorías que sustentan la violencia de género en el orden patriarcal y en la asimilación de estereotipos tanto por hombres como por mujeres.

Por todo lo anterior, discrepamos en denominar como falaces los argumentos para subrayar la afectación a mujeres de forma desproporcionada de la violencia en la pareja basándonos en estadísticas y recogimiento de datos respecto a la violencia en la pareja a nivel internacional, europeo o regional que muestra una simetría entre mujeres y hombres agresores. Este rechazo sigue la línea no solo de estudios de equipos investigadores de distintas nacionalidades sino a los trabajos de Organizaciones Internacionales como la ONU⁷²⁴, la OMS⁷²⁵, la UE o el Consejo de Europa para cuyo

⁷²⁰ Texto literal “*It is now impossible to doubt that assaults against females by intimate males occur given the weight of evidence of ‘battered’ wives and female partners and the propensity of males to aggression and violence outside this particular context. This is supported by a voluminous and detailed research literature*”, (Traducción propia), GEORGE, Malcom J., “*Invisible touch*”, op. cit., esp. 23 y 24.

⁷²¹ Texto literal (This) “*is inherent to the patriarchy within these praxes of power and ultimately to the continued detriment of female, as well as male, victims of relationship violence. In short, it was argued that, whilst male to female violence is ‘visible’ in society today, borne out of a concern for women, the reverse has become an ‘Invisible Touch’ conspicuous only by its trivialization or complete denial*” (Traducción propia), *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁷²² *Ibidem*, esp. p. 25.

⁷²³ *Ibidem*, esp. p. 27.

⁷²⁴ Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, Global Study on Homicide 2018, (Viena, 2018), accesible en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). Uno de los datos que recoge es que en el año 2017 cada día fueron asesinadas 137 mujeres por algún miembro de su familia en todo el mundo. En más de un tercio de las ocasiones el asesino era su (ex)marido o (ex)novio (esp. p.10). En concreto en Europa, 3.000 mujeres fueron asesinadas por su compañero sentimental. En el 82% de los asesinatos en el seno de la pareja son las mujeres las víctimas (esp. p. 11).

⁷²⁵ En relación al impacto de género del delito de violencia en la pareja, la Organización Mundial de la Salud subrayó cómo este delito afecta de forma desproporcionada a mujeres y cómo las personas que los cometen en su mayoría son hombres Vid.WHO/RHR/12.35, Informe, *Understanding and addressing violence against women*, 2012, accesible en <https://apps.who.int> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

desarrollo implementan una cantidad considerable de medios personales, materiales y económicos⁷²⁶.

TAMARIT en este mismo artículo afirma que “*La sensibilidad hacia la víctima es un episodio en la historia del progresivo refinamiento de las formas de civilización*” o “*La “nueva” sensibilidad se manifiesta cuando el ciudadano de la sociedad del bienestar, temeroso de perder la posición social adquirida, y expuesto cada vez más a los medios masivos de comunicación, conecta emocionalmente con la imagen de las víctimas que éstos le proporcionan (...) el transgresor de la norma pasa a ser visto por el ciudadano medio esencialmente como una amenaza para su bienestar, de quien el Estado-providencia debe defenderle*” o “*La preocupación por la víctima y por lo vulnerable son expresión del “retorno” a las emociones*”⁷²⁷. Estas aseveraciones podemos decir que son una interpretación contraria a la idea principal de la Teoría de la “Creencia en un Mundo Justo” (resumida en la idea de que las personas recibimos lo que nos merecemos) que hemos explicado en los anteriores epígrafes. Precisamente es quien sufre el delito quien experimenta este desapego y estas emociones negativas al ser una manifestación de que “*lo malo*”⁷²⁸ puede ocurrir. De hecho, con el término “fatiga de la compasión” se designa ese estado mental de estrés y desapego ante situaciones repetidas y reiteradas de victimidad. Es definido por HERBERT J. FREUDENBERGER como “*as failure or exhaustion because of excessive demands on energy, strength, or resources*”⁷²⁹. Así lo estudia JORIS VAN WIJK con relación a las víctimas de delitos de genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra. Es decir, los delitos competencia del Tribunal Penal Internacional⁷³⁰.

Precisamente este último autor realiza una importante precisión respecto a la importancia del momento temporal en el que se produce la atribución del estatus de víctima por quienes socialmente están legitimados para ello⁷³¹. Este autor desgrana las características del tipo ideal de víctima según describió NILS CHRISTIE en relación con las víctimas de crímenes internacionales. Así señala que, en cuanto a la debilidad,

⁷²⁶ Una importante matización al respecto la realiza el Consejo de Europa denominado como “mito” o “falsa creencia” la idea de que tanto las mujeres como los hombres son violentos en las mismas proporciones. En concreto, en el informe titulado “*Improving the effectiveness of law-enforcement and justice officers in combating violence against women and domestic violence*”, menciona la necesidad de que a la hora de valorar y analizar la supuesta presencia igualitaria de la violencia en el seno de la pareja se les pregunte a las mujeres “quién empezó la pelea y qué sucedió” dado que se ha demostrado que en numerosas ocasiones la violencia de la mujer contra el hombre en el seno de la pareja es una reacción o defensa de mujer respecto de una previa agresión del hombre. Todo ello sin prejuzgar que toda forma de violencia doméstica necesita ser abordada incluida la ejercida contra los hombres. P.19, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/16807016f3> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷²⁷ *Ibidem*, esp. p. 5.

⁷²⁸ Entiéndase como la vulneración de derechos, situaciones de peligro, situaciones de injusticia, etc.

⁷²⁹ FREUDENBERGER, Herbert. J., “The staff burn-out syndrome in alternative institutions”, *Psychotherapy: Theory, Research & Practice* 1975, n. 1, vol.12, pp. 73-82.

⁷³⁰ VAN WIJK, Joris, “Who is the ‘little old lady’ of international crimes? Nils Christie’s concept of the ideal victim reinterpreted”, *International Review of Victimology* 2013, n. 19, pp. 159-179.

⁷³¹ En concreto, utiliza el ejemplo del otorgamiento o no del carácter de víctima al pueblo judío en cuatro momentos temporales concretos: años 30 (cuando el régimen nazi los señala como objetivos, en Países Bajos se considera a los judíos/as como *extranjeros mal hablados*), años 1939-1945 (durante la guerra y con las deportaciones a campos de concentración se les otorgó el estatus de víctimas), años 50 (los/las judíos/as fueron olvidados bajo el pretexto de que todo el mundo era víctima de la guerra) y mirad de los años 60 (los/as judíos/as empezaron a reclamar su estatus de víctimas, que mantienen desde entonces). VAN WIJK, Joris, “Who is the ‘little old lady’ of international crimes? Nils Christie’s concept of the ideal victim reinterpreted”, op. cit., esp. p. 162.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

en el contexto de crímenes internacionales los/as menores y las mujeres se perciben como más débiles y por tanto se les atribuye ese estatus de víctima con mayor facilidad. Menciona que la idea de masculinidad opera de forma intensa en el contexto de estos crímenes alejando a los hombres de la idea de ser víctimas⁷³².

Esta característica de debilidad se proyecta, asimismo, en la idea de grupos más o menos débiles (no podemos olvidar que los crímenes internacionales se cometen contra grupos o colectivos de personas) y, de esta forma, con mayor probabilidad percibidos como víctimas. Como así ocurre respecto a grupos no armados que hayan sido torturados o sometidos a tratos inhumanos. Una precisión importante hay que hacer respecto a cómo nuestra experiencia vital (creencias, ideología...) operan a la hora de atribuir ese carácter de víctima o no a dos personas que han sufrido los mismos o similares hechos criminales⁷³³.

En cuanto a la segunda característica, estar realizando una actividad/proyecto respetable, JORIS VAN WIJK señala, en primer lugar, la vaguedad de lo que se puede entender por “respetable” entendiéndose que puede ser dividido en respetable, no respetable y neutral. Entendiéndose que los proyectos/actividades en los que quienes sufren delitos internacionales suelen ser percibidos como “neutrales”. Siendo más probable que se le atribuya el estatus de víctima cuando el proyecto o actividad que estén realizando se entienda como “respetable”⁷³⁴.

Finalmente, en cuanto a la característica de no ser culpable, el autor precisa que la culpabilidad o no de quien sufre un delito queda condicionada por la existencia de un contexto bélico. Así, quien sí sería visto como víctima en un contexto neutral, no lo será si el hecho victimizante sucede durante una guerra (o situación violenta sin que alcance este término). Es así como el proceso de adscripción de la identidad de víctima es un proceso cultural y coyuntural en el que, además, la fase denominada por MYRIAM HERRERA como de *toma de conciencia política* queda profundamente afectada, sobre todo en cuanto a grupos o colectivos marginados, minoritarios, minorizados, al afectar sus expectativas de justicia⁷³⁵.

Volviendo a la frase de JOSEP TAMARIT en cuanto a que “*La preocupación por la víctima y por lo vulnerable son expresión del “retorno” a las emociones*”. De esta frase podemos centrarnos en primer lugar en la idea de la “preocupación” y en segundo lugar sobre si supone un “retorno”. En cuanto a la primera idea, señala VANESSA BARKER que en la academia se ha venido calificando a las víctimas como o bien “antimodernas” por la búsqueda de venganza y castigo, o bien como representación de los “valores republicanos” al encarnar la participación de la comunidad en la

⁷³² VAN WIJK, Joris, “Who is the ‘little old lady’ of international crimes? Nils Christie’s concept of the ideal victim reinterpreted”, op. cit., esp. p. 162.

⁷³³ *Ibidem*, esp. p. 163.

⁷³⁴ *Ibidem*, esp. p. 164.

⁷³⁵ La autora diferenciaba distintas fases que habría de pasar una persona hasta finalmente alcanzar el estatus jurídico de víctima: “*conductividad estructural, toma de conciencia política, concurrencia ideológica, movilización y reconocimiento político.*” HERRERA MORENO, Myriam, “¿Quién teme a la victimidad?”, op. cit., esp. p. 349.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

restauración de bienestar de las víctimas y de la reinserción social de quien delinque⁷³⁶. Lo que lleva a esta autora a afirmar que las políticas penales están más condicionadas por otros factores como la autoridad política, el compromiso de la sociedad civil o las formas de resolución de conflictos, en lugar de por el movimiento de víctimas⁷³⁷. En este sentido la “preocupación” por las víctimas que señala TAMARIT, entendemos que desde el campo de la política viene a estar más determinada por la necesidad de reforzar posiciones ideológicas previas utilizando a quienes se presuponen que van a exigir una determinada pena o específicas medidas de carácter más punitivo⁷³⁸. De esta forma nos encontramos cómo en el caso español las víctimas del terrorismo de E.T.A. son utilizadas como estrategia política de forma mucho más acusada en los momentos de mayor polarización de la sociedad española como durante el periodo de actividad terrorista de la organización criminal o en el momento actual de la política española⁷³⁹. Lo que nos lleva a resaltar otra de las frases de TAMARIT “*Las víctimas de la violencia “de género”, junto a las del terrorismo, han pasado a ser las víctimas por antonomasia; es decir, al referirse a estas víctimas el discurso políticamente correcto denota que a estos colectivos “les conviene el nombre apelativo con que se les designa, con preferencia a todos los demás a quienes dicho nombre comprende”* y en este momento preguntarnos si la referencia desde la esfera política a las víctimas de violencia de género es utilizada en contextos polarizados y como elemento cohesionador en el mismo sentido que son utilizadas víctimas de terrorismo. Para responder a esta pregunta y situándonos en un contexto de política interna española, a marzo de 2019, asistimos a un período de campaña electoral donde los partidos políticos utilizan sus discursos como elementos diferenciadores del resto, persuasivos y atrayentes. Si nos fijamos en los colectivos a los que principalmente se dirige el partido español denominado Vox, eliminando, menoscabando u obstaculizando sus derechos son los colectivos de mujeres víctimas de violencia de género, personas inmigrantes y personas LGTBI. Siendo muy diferente el tratamiento que dirige hacia las víctimas de terrorismo⁷⁴⁰. Un posicionamiento ideológico partidista que ha sido compartido en el pasado y en el presente de forma más o menos similar por los otros partidos del espectro de la derecha ideológica en España⁷⁴¹.

⁷³⁶ BARKER, Vanessa, “The Politics of Pain: A Political Institutional Analysis of Crime Victims’ Moral Protests”, *Law & Society Review* 2007, n. 3, vol. 41, pp. 619-664, esp. p. 619.

⁷³⁷ *Ibidem*, esp. p. 620.

⁷³⁸ Una suposición refutada por numerosos estudios que señalan como principal preocupación de las víctimas la obtención de información y que sus exigencias punitivas eran en pocas ocasiones excesivas. . VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp.p.20. De hecho, los estudios realizados sobre los temores del impacto de las declaraciones de las víctimas en los tribunales americanos o ingleses han demostrado que las víctimas suelen comportarse de forma razonable tanto en el sistema judicial como en supuestos de justicia restaurativa. Vid. EREZ, Edna, “Who’s afraid of the big bad victim? Victim impact statements as victim empowerment and enhancement of justice”, *The Criminal law review* 1999, pp. 545-556.

⁷³⁹ A este respecto, señalamos las palabras de Consuelo Ordoñez, hermana de Gregorio Ordoñez, concejal del Partido Popular asesinado por ETA en las que decía “*No utilice a las víctimas del terrorismo para hacer campaña*”, accesible en <https://elpais.com/politica/2019/> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019)

⁷⁴⁰ Puntos 70, 71, 14, 15, 17, 19, 20, 22 de su programa político para los primeros, específicamente puntos 84, 85 para las víctimas de terrorismo, accesible en <https://www.voxespana.es/> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁴¹ En 2016 el partido político Ciudadanos incorporaba en su programa político “*acabar con la asimetría penal por cuestión de sexo*” (ver en algunas noticias periodísticas como en el diario *La razón*, accesible en <https://www.larazon.es/espana/>, Último acceso: 11 de diciembre de 2019), o el Partido Popular por su parte, se ha

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Sirva este ejemplo de la política interna en España para subrayar el dispar tratamiento de esta “preocupación” respecto a las víctimas de terrorismo y las víctimas de violencia de género desde las estrategias partidistas de los partidos políticos, siendo solo éstas últimas las que son continuamente amenazadas con una posible modificación del delito del que son víctimas en el plano sustantivo y procesal. Por ende, solo podríamos considerar las víctimas por antonomasia a las víctimas de terrorismo. Pero ni siquiera respecto a éstas podemos decirlo. Las víctimas directas o indirectas de terrorismo etarra que han participado en programas de encuentros restaurativos, como el liderado por la mediadora ESTHER PASCUAL, han visto cómo, en primer lugar, han sido invisibilizados/as por los medios de comunicación que no han hecho “noticia” de esta práctica restaurativa, y en segundo lugar, incapacitados/as para proseguir de forma oficial con estos encuentros al haber sido suprimida esta actividad restaurativa al producirse un cambio en el signo de gobierno⁷⁴². Con todo ello podemos afirmar que ambos tipos de víctimas son utilizadas en contextos políticos polarizados como elemento de adhesión ideológica pero mientras las víctimas de violencia de género suelen ver cómo el debate se centra en si han de tener una categoría victimal específica (perpetua reivindicación de derogar la ley de violencia de género), las víctimas de terrorismo son polarizadas entre quienes mantienen una postura punitiva y quienes mantienen una postura restaurativa, siendo éstas últimas invisibilizadas.

En cuanto a si la consideración jurídica de las víctimas conlleva un retorno a las emociones, podríamos hacernos dos preguntas al respecto. En primer lugar, podemos preguntarnos si las emociones en algún momento previo a una justicia orientada a las víctimas han estado fuera del sistema judicial. Y, en segundo lugar, si este retorno de las emociones que dicen conllevar la consideración de las víctimas contamina la Justicia (en alguna de sus fases). Sin duda, en la base de ambas cuestiones se encuentra la consideración de que la Justicia ha de ser *des-a-pasionada*, es decir, la arquetípica imagen de la Justicia ciega o la máxima de MONTESQUIEU sobre el “*juez como boca muda que pronuncia la ley*”⁷⁴³. A este respecto es interesante la diferenciación entre tres posibles modelos en cuanto a la relación entre la política y los afectos en el control del crimen para, en definitiva, “*hacer el afecto seguro para la democracia*” que señala IAN LOADER.

El primer modelo es denominado “modelo del déficit cognitivo” y su principal idea es que “la opinión pública respecto del castigo no es punitiva ni vengativa de forma uniforme sino ambivalente, compleja y matizada”⁷⁴⁴. En este sentido, quienes

venido expresando por medio de su Secretario General minimizando el impacto de género de la violencia en las relaciones personales y asegurando su intención de proteger por igual a todas las víctimas (recogido en algunos periódicos como <https://elpais.com/politica/>, Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁴² Vid. PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther (Coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Santander, 2013.

⁷⁴³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Chez Barrillot & Fils, Ginebra, Suiza, 1748.

⁷⁴⁴ LOADER, Ian, “Democracy and the Emotions of Crime and Punishment”, en Susanne Karstedt, Ian Loader y Heather Strang, *Emotions, Crime and Justice*, Hart Publishing, Oxford, Oñati International Series in Law and Society, 2014 pp. 347-361, esp. p. 349.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

mantienen este modelo atribuyen la ira e indignación que generan ciertas prácticas penales a la falta de información sobre cómo funciona el sistema penal y, por lo tanto, malinterpretarlo. Una ignorancia que es aprovechada e intensificada por la clase política y que, sin embargo, para quienes sostienen este modelo, podría ser rectificadas mejorando la información⁷⁴⁵.

El segundo modelo es denominado “modelo del aislamiento” que propugna por mantener una distancia entre los afectos (situados en el mundo de la política, populismos y titulares de periódicos) y las instituciones públicas racionales. Su premisa principal es que si el control de los delitos y la política penal se expone a las presiones democráticas sus resultados serán más severos y excesivos⁷⁴⁶. En este sentido quienes apoyan este modelo apuestan por implementar medidas que actúen como “amortiguadores” entre la opinión pública y la realización del sistema de justicia, como por ejemplo, el nombramiento de miembros de judicatura y fiscalía no elegidos y casi no removibles. Conviene subrayar la crítica de IAN LOADER a este modelo. Acusa a este modelo de incurrir en una generalización: “*que profesionales del sistema de justicia sirven invariablemente como fuerzas de moderación determinado el curso y los resultados de la política del control del delito, mientras que los procesos democráticos y los sentimientos de la opinión pública solo aparecen como fuentes de agravación de las penas*”. Esta premisa “*ignora la larga historia de, por un lado, la participación de la policía y de actores de la justicia penal envueltos y susceptibles a las demandas de mayores poderes policiales y castigos más severos, y la capacidad de los sistemas políticos de fomentar la empatía pública y la tolerancia hacia las otras personas*”⁷⁴⁷. Además, en opinión de IAN LOADER, privar del principio democrático el control del delito por medio de quienes administran Justicia supondría impedir que este proceso deliberativo sea a la vez efectivo, garante de los derechos y creíble por la ciudadanía en nombre de quien administran Justicia.

Además, actuar como si no existieran las emociones que generan el delito y su represión, o marginalizarlas o suprimirlas, no hace sino reproducir e intensificarlas, provocando justamente el efecto que se pretende evitar en lugar de neutralizarlas. Por último, el tercer modelo es denominado “el modelo de redireccionamiento” con el que se entiende necesaria la existencia de prácticas políticas que “redirijan” las mentalidades o sensibilidades públicas respecto del crimen y no conformarse con que éstas sean meramente descritas por la teoría política democrática. Este modelo defiende que el sistema penal y de control del delito desde el respeto y garantía de los derechos de los Estados democráticos liberales requiere control emocional por parte de los individuos y también de los profesionales de la Justicia. Puntualiza que el sentimiento de arraigo y solidaridad de todas las personas que componen una comunidad es un prerrequisito para

⁷⁴⁵ Ian Loader, sin embargo, entiende que la opinión pública se caracteriza más que por una falta de información, por una ausencia cognitiva en forma de mentalidades y sensibilidades culturales llenas de emociones negativas y positivas respecto a las relaciones sociales y condiciones morales de la comunidad política donde se habita. *Ibidem*, esp. p. 351.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, esp. p. 352.

⁷⁴⁷ *Ibidem*, esp. p. 354, (traducción propia)

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

crear y constreñir el poder de la policía y del castigo dado que entienden que las instituciones liberales de policía, el sistema criminal y el castigo son productos y expresiones de cómo la ciudadanía se preocupa de sus conciudadanos y conciudadanas y se preparan para protegerse mutuamente.

Con todo lo anterior, la constatación de que las emociones están presentes allí donde haya una persona y la preocupación por que puedan contaminar un razonamiento lógico racional están presentes desde la importancia de la Victimodogmática⁷⁴⁸. Podemos reflexionar sobre cómo la creencia en un mundo justo afecta a miembro de la judicatura en el Capítulo Séptimo. Por ello, la incorporación de la víctima al sistema procesal supone tomar en cuenta no solo sus emociones, sino también su relato en cuanto a los hechos enjuiciados y la participación de las personas encausadas, su explicación sobre sus necesidades de protección, y en definitiva, el tratamiento en atención a su dignidad y al respeto de sus derechos que le ha sido arrebatado con el delito.

4. Víctimas y multiculturalismo

En este apartado tratamos de subrayar la incidencia en la victimización de la multiculturalidad e interculturalidad de la sociedad europea. Para ello hemos de referirnos tanto a la composición de la ciudadanía europea como a aquellos elementos que pueden generar un intercambio cultural como son las migraciones regulares e irregulares⁷⁴⁹.

Autoras como CHANDRA TALPADE MOHANTY apuntan la exigencia de interpretar la violencia machista contra las mujeres dentro de los parámetros de cada sociedad. TALPADE entiende que el tratamiento de las mujeres de países del Tercer Mundo (en su concepción tras el Congreso en Singapur en 1983, como alternativa al Primer Mundo -Capitalismo-, y Segundo Mundo -comunismo-) como oprimidas, las convierte en objetos de una historia donde las mujeres de países del Primer Mundo aparecen como sujetos. Una nueva forma de colonización y de apropiación de la pluralidad de las mujeres de diferentes clases sociales y etnias. En concreto señala TALPADE, *“el universalismo etnocéntrico feminista tiende a juzgar las estructuras económicas, legales, familiares y religiosas de los países no occidentales con base en parámetros occidentales que definen estas estructuras como subdesarrolladas o “en vías de*

⁷⁴⁸ Vid. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Derecho victimal y victimodogmática”, *Eguzkilore* 2012, n. 26, pp. 131-141.

⁷⁴⁹ Conviene recordar las definiciones de “persona refugiada” que incluye a *“aquellas personas a las que se les concede el estatuto de refugiado [según se define en el artículo 2, letra e), de la Directiva 2011/95/CE en el sentido del artículo 1 de la Convención de Ginebra en relación con el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967] sino también a las personas a las que se les concede protección subsidiaria [según se define en el artículo 2, letra g), de la Directiva 2011/95/CE] y a las personas cubiertas por una decisión que conceda la autorización de residencia por razones humanitarias con arreglo a la legislación nacional en materia de protección internacional.”*, como recuerda Eurostat en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/es#Poblaci.C3.B3n_migrante:_en_la_UE_viven_casi_22_millones_de_ciudadanos_de_terceros_pa.C3.ADses (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

*desarrollo”, como si el único desarrollo posible fuera el del Primer Mundo y como si todas las experiencias de resistencia no fueran sino marginales”*⁷⁵⁰. La importancia de esta corrección en el enfoque metodológico alcanza una importancia muy relevante en una sociedad europea con unos elevados índices de procesos de migración tanto regular como irregular. En 2015 y 2016, el *European Border and Coast Guard Agency* (FRONTEX), agencia de vigilancia de fronteras de la UE, detectó más de 2,3 millones de cruces ilegales de fronteras⁷⁵¹. La crisis migratoria agravada desde el año 2015 ha actuado como resorte en la necesidad de mejorar el sistema de asilo de la UE, la garantía de los Derechos Humanos de las personas refugiadas, la previsión de medidas para la gestión de la inmigración irregular en las fronteras de la UE, la recogida y almacenamiento de los datos acerca de las personas que atraviesan las fronteras de la UE. El top de los 15 países de procedencia de estas personas que buscan refugio en territorio europeo son Siria, Kosovo, Afganistán, Albania, Iraq, Serbia, Pakistán, Eritrea, Nigeria, Ucrania, Somalia, Rusia, Macedonia, Gambia y Bangladés.

Este trabajo de investigación no puede estar ajeno a la dramática realidad en términos humanos que supone la gestión de la crisis migratoria europea más aún cuando parte de un enfoque de género en el tratamiento de la correspondiente temática. Afectando de manera directa a los DDHH de las personas que cruzan las fronteras. En particular, de las mujeres y niñas cuyos derechos vulnerados incorporan otras dimensiones como consecuencia de las múltiples discriminaciones que sufren. Las mujeres y niñas migrantes procedentes de lugares donde se vive una situación bélica no solo pueden ser víctimas en territorio europeo de delitos como trata de seres humanos con fines de explotación sexual, agresiones sexuales, abusos sexuales, acoso sexual, acoso por razón de sexo, matrimonios forzados, prostitución, etc. sino que las probabilidades de que ya hayan sido víctimas de estos delitos en sus países de procedencia (así como de los denominados delitos basados en el “honor”) son muy elevadas dada la instrumentalización del cuerpo de las mujeres como arma de guerra. El Parlamento Europeo subrayaba esta dimensión de género de la violación de los derechos humanos en contextos de crímenes de guerra en su Resolución de 4 de julio de 2017⁷⁵². La estimación del Parlamento Europeo es que el 60% de las personas que llegaron a Europa en 2016 eran mujeres y niñas⁷⁵³. Este Informe del Parlamento Europeo también

⁷⁵⁰En VIVEROS VIGOYA, M. “Teorías feministas y estudios sobre varones y masculinidades. Dilemas y desafíos recientes”, *La manzana de la discordia* 2007, n 4, pp. 25-36, esp. p. 28 referencia a MOHANTY, Chandra T. “Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses”, *Feminist Review* 1988, n. 30, pp. 61-88.

⁷⁵¹ Interesa atender a la evolución del derecho de asilo en los Estados Miembros de la UE que proporciona la página oficial del Parlamento Europeo http://www.europarl.europa.eu/external/html/welcomingeurope/default_es.htm (Último acceso: 11 de diciembre de 2018).

⁷⁵²Accesible en <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1497096&t=d&l=en> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁵³ Vid. Parlamento Europeo, *Reception of female refugees and asylum seekers in the EU: Case study Germany*, 2016, p. 26, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571364/IPOL_STU\(2016\)571364_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571364/IPOL_STU(2016)571364_EN.pdf) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571364/IPOL_STU\(2016\)571364_EN](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571364/IPOL_STU(2016)571364_EN) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

recoge las vulneraciones de DDHH basados en el género que sufren las mujeres y niñas migrantes a lo largo de todo el proceso (en sus países de origen, en los países de tránsito y en territorio europeo). En segundo lugar, la Resolución 2159(2017) del Consejo de Europa en la que hacía un llamamiento a los Estados parte y Estados observadores del Consejo de Europa para que entre otras medidas aseguren la presencia de trabajadoras sociales, mujeres intérpretes, mujeres policías y guardas, ofrezcan áreas para dormir separadas para mujeres solas o con hijos/as, así como baños separados, crear espacios seguros en cada servicio de tránsito y recepción, aseguren que las mujeres son libres para decidir por sí mismas, que su consentimiento informado y voluntario es siempre requerido, y que se les informe de que no requieren la autorización del esposo, padre, guarda o autoridad sanitaria para acceder a los servicios de salud sexual y reproductiva⁷⁵⁴.

Si tomamos como referencia los lugares de procedencia de estas mujeres y niñas y atendemos a sus características identitarias (religión, identidad sexual, orientación sexual, clase social, alfabetismo, edad, etnia, etc.) se impone la exigencia de una visión universal, no etnocéntrica y, en todo caso, en concordancia con la DUDH⁷⁵⁵.

Para subrayar la importancia de atender a la diversidad en la composición de la ciudadanía europea podemos mencionar una serie de datos que así lo ponen de manifiesto.

A fecha de 1 de enero de 2018 la UE contaba con 513 millones de habitantes (el 7% de la población mundial)⁷⁵⁶.

En 2016, se reconocían 24 lenguas oficiales y más de 60 lenguas regionales minoritarias, junto con más de 100 lenguas migrantes⁷⁵⁷.

En 2015, el 10,5% de los matrimonios al menos uno/a de los cónyuges era extranjero/a.

En cuanto a la composición de los EEMM según las nacionalidades, a fecha de 1 de enero de 2017, 36,9 millones de personas habían nacido fuera de la UE. Siendo los cinco EEMM con mayor número de población no nacional Alemania con 9.2 millones, Reino Unido con 6.1 millones, Italia con 5 millones, Francia con 4.6 millones y España con 4.4 millones⁷⁵⁸. No obstante, en términos relativos, es Luxemburgo el Estado Miembro con mayor número de personas no nacionales con el 48% de su población.

⁷⁵⁴ Consejo de Europa, Resolución 2159 *Protecting refugee women and girls from gender-based violence*, 2017, punto 5.2, accesible en <http://assembly.Consejo de Europa.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=23700&lang=en> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019)

⁷⁵⁵ Aunque la crítica a la visión etnocéntrica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos no ha de pasar desapercibida. Vid. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce. Montevideo, 2010.

⁷⁵⁶ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Population_and_population_change_statistics#EU-28_population_continues_to_grow (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁵⁷ Accesible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=People_in_the_EU_statistics_on_origin_of_residents#General_overview (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁵⁸ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics/es#Poblaci.C3.B3n_migrante_en_la_UE_viven_casi_22_millones_de_ciudadanos_de_terceros_pa.C3.ADses (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Polonia y Rumanía por su parte son los Estados Miembros con menor porcentaje de población no nacional con solo un 0.6% de su población total. Si bien, en cada Estado Miembro las cifras varían entre población extranjera y lugar de nacimiento⁷⁵⁹.

Respecto a las personas solicitantes de asilo, el 83% de las personas que solicitaron asilo tenían menos de 35 años⁷⁶⁰. En la franja de edad de 0 a 13 años, el 52% de las solicitudes fueron de varones, en la franja de 14 a 17 y 18 a 34 años las tres cuartas partes de quienes solicitaron asilo fueron hombres, en la franja de edad de 35 a 64 años, las tres quintas partes fueron hombres, y únicamente presentaron un mayor número de solicitudes de asilo las mujeres mayores de 65 años (aunque este grupo solo represente el 0,6% del total de nuevas solicitudes). En 2017, el 46% de las decisiones en primera instancia fueron positivas a la concesión del estatuto de refugiado/a, protección subsidiaria o autorización de residencia.

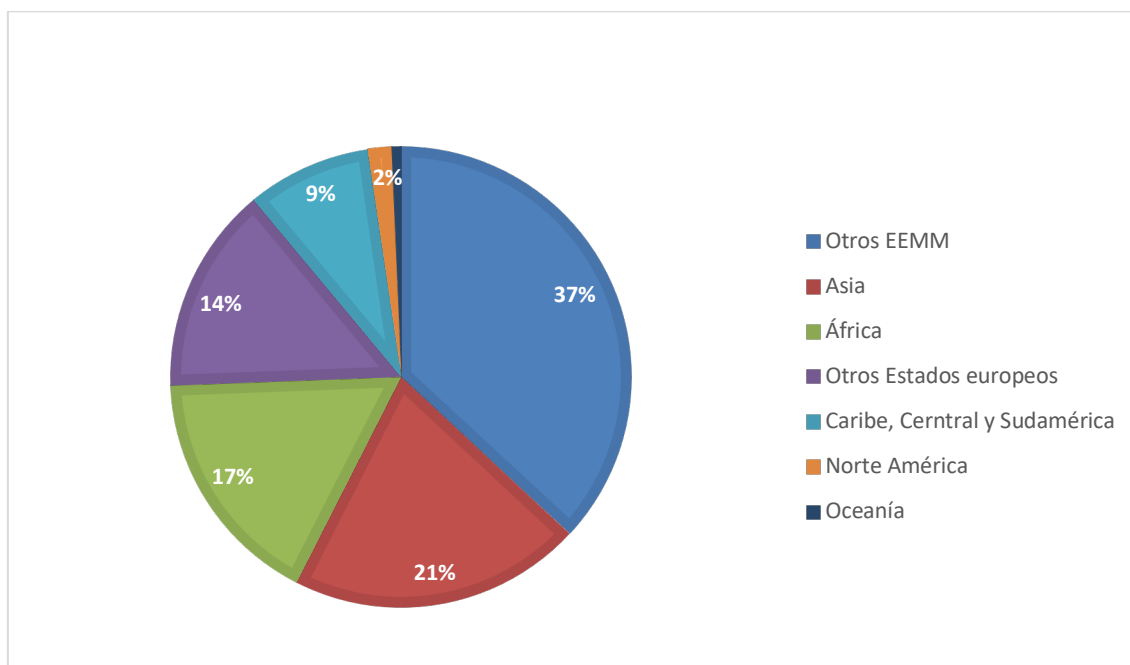


Figura n.23. Residentes nacidos y nacidas en el extranjero por lugar de nacimiento.

Fuente: elaboración propia⁷⁶¹

⁷⁵⁹ Vid. La Tabla titulada *Main countries of citizenship and birth of the foreign foreign-born population*, a 15 de marzo de 2018 https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/archive/6/60/20180412081827%21Main_countries_of_citizenship_and_birth_of_the_foreign_foreign-born_population%2C_1_January_2017_%28in_absolute_numbers_and_as_a_percentage_of_the_total_foreign_foreign-born_population%29.png (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁶⁰ https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics/es#Edad_y_g.C3.A9nero_de_los_nuevos_solicitantes (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁶¹ Accesible en https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/7/72/Foreign-born_residents%2C_by_place_of_birth%2C_EU-28%2C_2011_%28%25_share_of_all_foreign-born_residents%29_PITEU17.png (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

Conforme a datos oficiales de la UE, en el año 2018 fueron detectadas 150,000 entradas irregulares en territorio europeo de personas migrantes (65.000 de ellas en España)⁷⁶². La cifra más baja desde hace cinco años.

Otras de las consideraciones a tener en cuenta es que la media de edad de la población nacional europea es de 44 años mientras que la media de edad de la población no nacional europea es de 36 años.

En cuanto a las nacionalizaciones, la mayoría de las personas nacionalizadas fueron de nacionalidad marroquí (10,2% de las nacionalidades concedidas), albanesa (6,8%), india (4,2%), paquistaní (3,3%) y turca (3,3%).

En toda esta referencia a datos estadísticos hemos de mencionar los datos que relacionan Estados donde determinados delitos de violencia contra las mujeres constituyen prácticas permitidas, la población procedente de esos Estados que residen en un Estado Miembro y la probabilidad de que estos delitos se lleven a cabo en territorio europeo. En este sentido, según el EIGE hay 30 países donde la mutilación genital femenina (en adelante, MGF) está documentada según encuestas a nivel nacional: Benín, Burkina Faso, Camerún, República Africana Central, Chad, Costa de Marfil, Yibuti, Egipto, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Indonesia, Iraq, Kenia, Liberia, Mali, Mauritania, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Togo, Uganda, República Unida de Tanzania y Yemen⁷⁶³. Así, se utiliza la terminología de “prevalencia de Mutilación Genital Femenina en un Estado Miembro” para referirse a la proporción porcentual de niñas y mujeres que actualmente residen en un Estado Miembro y son originarias o sus madres han nacido en países donde la MGF es comúnmente practicada y han sufrido alguna forma de MGF. El EIGE aplica una metodología cualitativa y cuantitativa para determinar el riesgo de las mujeres en territorio de la UE de ser víctima de MGF. De sus estudios en 2016 realizados en determinados EEMM (en 2011 Irlanda, Suecia y Portugal. En 2016 en Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Italia y Malta) se concluye que en Bélgica entre el 16% y el 27% de las niñas estaban en riesgo de MGF de entre las 22.544 niñas originarias de estos países. En Chipre, entre el 12 y el 17% de las niñas estaban en riesgo de MGF de entre las 758 niñas originarias de estos países indicados. En Francia, entre el 12 y 21% de las niñas estaban en riesgo de MGF de entre las 205.683 niñas originarias de estos países indicados. En Grecia, de entre 25 a 42% de las niñas estaban en riesgo de MGF de entre las 1.787 niñas originarias de estos países. En Italia, entre el 15 y el 24% de las niñas estaban en riesgo de MGF de entre las 76.040 niñas originarias de estos países indicados. En Malta, entre el 39 y el 57% de las niñas estaban en riesgo de MGF de entre las 486 niñas originarias de estos países señalados⁷⁶⁴.

⁷⁶² Accesible en https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20190306_managing-migration-factsheet-step-change-migration-management-border-security-timeline_en.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁶³ EIGE, *Estimation of girls at risk of female genital mutilation in the European Union*, 2018, esp. p. 28.

⁷⁶⁴ Informe accesible en <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/female-genital-mutilation#2017> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

En el estudio del EIGE del año 2013 se recogía una importante relación de EEMM que tipificaban en su ordenamiento jurídico la MGF, que habían concedido el asilo basado en riesgo de sufrir MGF y que ofrecía protección a la infancia en casos de intervenciones relacionadas con la MGF. Aún siendo el último estudio de la UE respecto a la MGF en territorio europeo, al haber transcurridos seis años podemos entender que se han realizado modificaciones legislativas⁷⁶⁵.

Con el término de prácticas dañinas el Consejo de Europa describe una serie de prácticas dependiendo del ciclo vital, así en la fase prenatal como tipos de práctica dañinas señala la selección del sexo y aborto de fetos femeninos, durante la fase de infancia: infanticidio femenino, durante la infancia y adolescencia: matrimonio temprano y forzado, crímenes cometidos en el nombre del honor, durante la vida adulta: matrimonio forzado, crímenes cometidos en el nombre del honor y durante la senectud: maltrato de viudas y abuso⁷⁶⁶.

En el seminario “*Thinking outside the gender box*” celebrado en la Universidad de Tilburg el día 29 de marzo de 2019⁷⁶⁷, la persona no binaria⁷⁶⁸ que participó como ponente VREER VERKERKE, mantenía que el término “género” es patriarcal, colonial y racista. Una dura crítica insertada en las corrientes posmodernistas. Centrándonos en la crítica al concepto por su carácter colonial, VREER VERKERKE consideraba que su mantenimiento por países colonizadores había supuesto la destrucción de culturas o no sexualizadas o con un tercer género reconocido como recoge la autora OYERONKE OYEWUMI⁷⁶⁹.

Por su parte, SOPHIE BESSIS en “*Occidente y los otros: Historia de una supremacía*”, y en “*Las emergencias del mundo: economía, poder, alteridad*”⁷⁷⁰ critica la universalización de las ideas de la Ilustración europea. Así, los conceptos abstractos “*sujeto, individuo, ciudadano*” son impuestas acabando con movimientos intelectuales y

⁷⁶⁵Vid. EIGE, *Female genital mutilation in the European Union– Report*, 2013, <https://eige.europa.eu/publications/female-genital-mutilation-european-union-report> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁶⁶ Consejo de Europa, *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women’s Access to Justice*, p. 57, Accesible en <https://rm.consejo-de-europa.int/training-manual-women-access-to-justice/16808d78c5> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁶⁷ Accesible en <https://www.tilburguniversity.edu/current/events/show/Thinking-outside-the-gender-box/> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁶⁸ Entendido que persona que no se identifica con ninguno de los dos sexos, mujer u hombre, ni con ninguno de los dos género, femenino o masculino. Vid. PRECIADO, Paul B., *Un apartamento en urano: crónicas del cruce*, Anagrama, Barcelona, 2019.

⁷⁶⁹ Vid. OYEWUMI, Oyèrónké, *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*, Ed. University of Minnesota, 1997. La autora mantiene que la categoría “mujer” no existía en la cultura Yorúbáland antes de su contacto con las sociedades occidentales. No como grupo preexistente caracterizado por intereses, deseos y posición social compartida. Del mismo modo, OYEWUMI, Oyèrónké, “Conceptualizing gender: the Eurocentric Foundations of Feminist concepts and the Challenge of African Epistemologies”, *JENdA: A Journal of Culture and African Women Studies* 2002, recurso electrónico accesible en <https://www.africanknowledgeproject.org/index.php/jenda/article/view/68> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁷⁰ Vid. BESSIS, Sophie, *Las emergencias del mundo: economía, poder, alteridad*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2005; *Occidente y los otros: Historia de una supremacía*, Alianza Editorial, Madrid, 2002 y *Mujer y familia en las sociedades árabes actuales*, Bellaterra, Barcelona, 2010.

CAPÍTULO 3.- Victimización como fenómeno no jurídico

culturales diversos y distintos en el resto del mundo. Ello no obstante, la autora rescata como verdadera contribución liberadora de Europa la secularización del pensamiento.

No podemos extendernos en este tema y profundizar sobre sus repercusiones teóricas y prácticas, pero tampoco queremos dejar pasar la oportunidad de dejar reflejada la necesidad de atender a una mirada que reúna la toma en consideración de las reivindicaciones y críticas de colectivos, grupos sociales o personas minorizadas, racializadas y discriminadas históricamente y la necesidad de establecer el respeto a los DDHH consagrados en la DUDH como mínimo desde el que partir sin que prácticas, costumbres o reglas sociales puedan ser respetadas bajo una falsa alusión a la tolerancia. Pues en cualquier caso hablaríamos de la falta de incidencia en el ámbito penal del denominado error cultural en la perpetración de delitos que en otros territorios no están tipificados⁷⁷¹.

⁷⁷¹ Vid. MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CAPÍTULO 4. –LA VICTIMIDAD COMO CATEGORÍA PROCESAL

En la actualidad en el ámbito de la Victimología predominan los estudios de las víctimas que se centran en el denominado “*etiquetamiento victimal*”⁷⁷². Esta temática concreta podría insertarse en la nueva fase (cuarta) dentro de las teorías y movimientos sobre los derechos de las víctimas. Siguiendo a PAMELA DAVIES se pueden diferenciar cuatro fases. La primera fase se asocia a los primeros estudios de la víctima centrados en su contribución a su propia victimización. La segunda fase, estaba dominada por los estudios sobre la identificación y distribución de recursos para sujetos vulnerables y lesionados. En la tercera fase, el papel de la víctima se impregna de una actitud activa como proponente de justicia. Es en este contexto cuando se comienza a renegar del término “víctima” por sus connotaciones negativas. Por último, la fase actual de institucionalización de los derechos materiales de las víctimas sobre todo en relación con el papel de otras partes interesadas como la persona sospechosa/acusada o el Estado⁷⁷³.

Y bien, siguiendo la línea diferenciadora entre victimización y victimidad que propusimos en el Capítulo anterior, como situación *de facto* o como situación *de lege* respectivamente, las preguntas que nos detienen ahora son ¿cómo se prueba la victimización para ser reconocida como víctima?; ¿Quién “acredita” esta victimidad?; ¿Es la victimidad una categoría procesal?; ¿Cómo incide el efecto de “cosa juzgada” material y formal en la esfera de la victimidad?; ¿Si los antecedentes penales pueden ser cancelados, es posible que existan personas víctimas de un hecho delictivo del que su autor/a ya no se considera responsable jurídicamente?. Lo que estaría conectado a la pregunta de ¿desde y hasta qué momento temporal podemos afirmar que una persona es víctima de un delito? (*dies a quo* y *dies ad quem*).

El artículo 2.1.a) de la Directiva 2012/29/UE consagra una definición extensa de víctima⁷⁷⁴. Así, se define el concepto de víctima como

- “*la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal, (víctima directa).*
- *los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona;*” (víctima indirecta). Una inclusión muy positiva pues permite a los

⁷⁷² VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit., esp. p. 22.

⁷⁷³ En DAVIES, Pamela, *Victims and the Criminal Trial*, Palgrave Macmillan, Londres, 2016, esp. p. 34-37.

⁷⁷⁴ Así, en la línea que recomendaban OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana y LUPARIA, Luca, “Concepto de víctima y de víctima especialmente vulnerable” en *Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables. Menores y víctimas de violencia de género*, CEAPJ, Colex, Madrid, 2011, pp. 19-21.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

familiares de las víctimas directas ejercitar derechos procesales y de corte asistencial⁷⁷⁵, pero que hemos de excepcionar sus efectos en la determinación de la competencia de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer manteniendo una interpretación en sentido estricto del concepto “víctima” aludido en el artículo 87ter.1 LOPJ, limitado por tanto a las víctimas directas⁷⁷⁶.

Si nos detenemos en su primer párrafo que define el concepto de víctima directa, condiciona la definición de víctima a la existencia de una infracción penal. La existencia de una infracción penal solo puede ser declarada a través de una resolución judicial en la que se determina la calificación jurídica del hecho, su grado de desarrollo, las personas físicas o jurídicas responsables penalmente, su grado de participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y las consecuencias jurídicas. Esto nos llevaría a la aplicación de un silogismo lógico deductivo del tipo

- “Si una víctima es quien sufre un delito,
- Y si un delito solo puede ser declarado por resolución judicial,
 - Solo una resolución judicial declara a una persona como víctima”

Por tanto, si hasta el momento en que exista una resolución judicial que declare la comisión de una infracción penal no podemos jurídicamente afirmar que una persona es víctima de un delito, desde el momento en que una persona se presenta como víctima de un delito, ¿cómo podemos denominar a esa persona en el plano jurídico?.

1.- Acreditación de la victimidad

Existe unanimidad en la doctrina nacional, europea e internacional sobre la necesidad de asistir, proteger y garantizar los derechos de las personas presuntamente víctimas de delitos. La disparidad de criterios aparece cuando nos detenemos, entre otros numerosos aspectos, en quién acredita esa condición de “posible víctima” y qué consecuencias se derivan de la misma. *Cómo* se acredita está intrínsecamente relacionado con *Quién* acredita.

1.1 Una categoría penal procesal

La primera cuestión que debemos apuntar es que conforme al Considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE “*Se debe considerar que una persona es una víctima independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor*”. Este Considerando supone desvincular el aspecto victimal del aspecto criminal (entendiendo por tal concepto de forma superflua para lo que nos interesa en

⁷⁷⁵GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *Estatuto jurídico de la víctima del delito la posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, esp. p. 309

⁷⁷⁶ LAGUNA PONTANILLA, Gonzalo, *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, esp. p. 194.

este momento, persona que comete un delito). La relación clásica de la pareja criminal (criminal y víctima) quedaría disuelta no haciendo depender el reconocimiento de la victimidad de la atribución del delito del que ha sido víctima a una persona en concreto⁷⁷⁷. Esta desvinculación nos permite responder afirmativamente a la pregunta que esbozábamos al inicio de este trabajo respecto a si es posible que existan personas víctimas de un hecho delictivo del que su autor/a ya no se considera responsable jurídicamente al haber sido cancelados los antecedentes delictivos. Esta afirmación se refuerza si consideramos que con la reforma del CP por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP se eliminó del artículo 136 del CP la exigencia de “*tener satisfechas las responsabilidades civiles*” para acordar la cancelación de los antecedentes penales. En dicha Ley de modificación del Código Penal en su Exposición de motivos se aclaraba que la supresión de este requisito perseguía “*facilitar el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales*”.

Ahora bien, si bien la relación víctima-infractor/a ha sido disuelta y sus componentes desvinculados⁷⁷⁸, la relación víctima-delito sigue estando intrínsecamente unida. Es posible hablar de una víctima sin infractor, pero no de una víctima sin delito⁷⁷⁹. Esta asociación supone una limitación de la Directiva 2012/29 dado que las personas físicas que sufren las consecuencias de un perjuicio de naturaleza civil, laboral o de tipo físico relacionado con desastres naturales⁷⁸⁰ o derivado de accidentes médicos o quienes sufren acciones/omisiones no tipificadas en el ordenamiento jurídico,

⁷⁷⁷ Hay quienes podrían entender que esta desvinculación queda patente en la legislación procesal penal española en el artículo 115 LECrim “*La acción penal se extingue por la muerte del culpable; pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil*”. Incluso en el artículo 116 LECrim que establece que “*La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer. En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla, ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido*”. De hecho, la condición para la no extinción de la acción penal se fija en que no haya una sentencia firme que declare que el hecho no existió. Es decir, el hecho debe tener unas características que lo haga ser considerado delito. De esta forma, aún incluso cuando se extinga la acción penal, la acción civil de la que nacería no se extinguiría. ¿Podríamos considerar a esta persona víctima a la luz de la Directiva? A pesar de que el asunto se dirima por la jurisdicción civil y de que no haya quedado calificado el hecho como delito según una sentencia firme, el origen del nacimiento de la acción civil vinculado a la acción penal nos decanta por considerar que esta persona que ejercita la acción civil pueda ser considerada “víctima” en los términos de la Directiva de 2012.

⁷⁷⁸ Si bien esta desvinculación responde a, entre otros, criterios operativos procesales penales, no es deseable en cuanto al estudio de la victimidad puesto que si eliminamos el papel de quien delinque perderíamos una información muy valiosa en cuanto al proceso de victimización y de desvictimización. Al mismo tiempo, perdería significancia determinados delitos como el de violencia contra la mujer en las relaciones íntimas cuya singularidad precisamente reside en la desigualdad histórica que social y jurídicamente ha imperado entre el esposo y la esposa.

⁷⁷⁹ En esta línea, el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos ETS n.116, 24 de noviembre de 1983, en sus Considerandos señala que “*Considerando que es necesario introducir o desarrollar sistemas para que el Estado en cuyo territorio se hubieran producido tales delitos indemnice a esas víctimas, sobre todo en los casos en que el autor del delito no fuera identificado o careciera de recursos*”, accesible en <https://www.Consejo de Europa.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/116> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁸⁰ Incluso en los supuestos en que se dé una situación de violencia corporativa en la que no se depuren responsabilidades penales o ni siquiera se incoe un procedimiento penal al no entender atribuible a una corporación o persona natural concreta. En este contexto se habla de víctima difusa aludiendo a la producción de un perjuicio o daño en número indeterminado de personas respecto de las cuales no se puede individualizar los daños al tratarse de un bien jurídico difuso o indeterminado. CARRASCO ANDRINO, M.^a del Mar, “Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito”, *La Ley Penal* 2019, n.136, <https://diariolaley.laleynext.es>

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

quedarían no incluidas en su ámbito de aplicación⁷⁸¹ o incluso es destacada y muy criticada la limitación a las personas físicas, excluyendo a las jurídicas, de la posibilidad de ser víctimas⁷⁸². Esta exclusión es una de las más importantes críticas que se realiza respecto del instrumento europeo que regula el estatuto jurídico de las víctimas: su carácter limitado a víctimas de delitos. En el fondo de esta decisión legislativa descansa el conocido debate acerca de si la Victimología debe tener un concepto amplio o un concepto restringido, llevando la última posición a la inserción de la Victimología en la criminología, negándose, por tanto, su carácter de ciencia autónoma e, incluso, a la llamada de una función de la ciencia victimológica como freno al punitivismo⁷⁸³. Sería interesante valorar si el concepto de “víctima” que actualmente se limita a la comisión de una infracción penal debe ampliarse a todo tipo de acciones y omisiones que causen daños y perjuicios (personales, morales y patrimoniales).

Podríamos mencionar en este punto el Auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 7 de abril de 2017⁷⁸⁴ en el marco de un procedimiento iniciado por una demanda de la responsabilidad por daños. Este caso merece ser destacado por dos cuestiones. En primer lugar, la Sentencia respecto de la cual el mencionado Auto tenía un carácter aclaratorio, señalaba que el término “víctima” que recogía la póliza de seguros de responsabilidad civil no se limitaba a la persona que sufre daños personales, sino que ha de ser interpretada de forma amplia de conformidad con lo alegado por la representación procesal de la compañía aseguradora⁷⁸⁵ e incluir, por tanto, los perjuicios patrimoniales. En segundo lugar, interesa subrayar que en el F.J. 2º del Auto de la APBurgos consideraba que *“a los efectos de la póliza del seguro de responsabilidad civil concertado con la aseguradora demandada los dos demandantes constituyen una sola víctima o perjudicado y por ello se aplica para tal aseguradora el límite de 150.000 euros, y no el de 300.000 euros solicitados por los demandantes, pues ambos demandantes formulan demanda conjunta y piden una sola indemnización para ambos (...)Es decir, se parte de la existencia de una titularidad conjunta del negocio de ebanistería y las naves del mismo assoladas por el incendio, por ello se pide una*

⁷⁸¹ Es interesante la observación del Comité Económico y Social de la Unión Europea en Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos” COM(2011) 275 final - 2011/0129 (COD) 2012/C 43/09 en su punto 1.4 señala *“pide a la Comisión que analice minuciosamente la protección de las víctimas que sufren daños en el trabajo, a causa de actos delictivos, y que presente medidas complementarias para apoyar los derechos mínimos y el reconocimiento en toda la UE, tanto en el sector público como en el privado”* accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52011AE1854> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁸² La Directiva de 2012 sigue la dicción de la Decisión Marco 2001/220/JAI cuyos artículos 1.a y 10.1 habían sido interpretados por el TJUE excluyendo a las personas jurídicas en lo relativo al impulso de la mediación en su Sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto *Emil Eredics y Mária Vassné Sári*, C-205/09, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83637&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2510442> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁸³ Vid. BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep Mª. (coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, esp. pp. 18 y ss.

⁷⁸⁴ Auto de la AP de Burgos, Sección 3, rollo: recurso de apelación 429/2016, de 7 de abril de 2017. He de agradecer al profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos Francisco Javier Horcajo Muro su amabilidad poniendo en mi conocimiento y facilitarme este auto de carácter aclaratorio de la Sentencia de la AP de Burgos, sección tercera, 165/2017.

⁷⁸⁵ En cuyo recurso de apelación mencionaba la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima del delito, la Resolución 4034 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas por la que se promulgaba la Declaración sobre los principios fundamentales de la justicia para víctimas del delito y del abuso de poder y el Estatuto de Roma.

indemnización conjunta para ambos, sin desglose de lo que corresponde a cada uno, siendo la cuestión distinta si se hubiera pedido para cada uno una indemnización separada y de distinto importe. Existe por ello una sola víctima por existir una titularidad conjunta del negocio dañado”.

Esta interpretación suscita tres preguntas. En primer lugar, la evidente confusión que en este caso existe entre una víctima-persona física y una víctima-persona jurídica. En segundo lugar, qué hubiera sucedido si los demandantes hubieran actuado como dos actores civiles independientes. A este respecto, el AAPBurgos señalaba que “*ambos demandantes formulan demanda conjunta y piden una sola indemnización (...) siendo cuestión distinta si se hubiera pedido para cada uno una indemnización separada y de distinto importe*” (F.J.2). Esta puntualización que realiza la APBurgos supone una importante matización porque señala que la importancia reside en cómo aparecen los demandantes en el proceso, si como una sola parte, con una sola demanda y una sola petición de indemnización, o si aparecen como actores civiles independientes con distintas demandas y solicitudes de cantidades indemnizatorias (víctima desde una perspectiva procesal). Lo que nos sugiere la irrelevancia de la titularidad del negocio de ebanistería que ambos disfrutaban para determinar si son una o dos las víctimas (materiales). Dicho esto, sin embargo, la reflexión de la APBurgos parece contradecirse cuando más adelante afirma “*existe por ello una sola víctima por existir una titularidad conjunta del negocio dañado, de la misma forma que en el caso de daño por el incendio al sembrado de una finca rústica existe una sola víctima en caso que la finca pertenezca en pro indiviso a varios copropietarios, y no tantas víctimas como copropietarios tiene la finca*”. Si esto fuera así en el ámbito de los seguros nunca se cubrirían los daños personales por no ser predicables de las personas jurídicas o cosas inmuebles⁷⁸⁶.

En tercer lugar, la flagrante incapacidad de la Directiva de 2012 para dar una respuesta a la posibilidad de que la víctima pueda ser una persona jurídica y para responder a la pregunta de si la víctima a la que alude una póliza de seguros puede ser interpretada a la luz de la Directiva 2012/29/UE. La primera y tercera pregunta remiten a la controvertida crítica respecto al carácter limitado de la Directiva 2012/29/UE.

No obstante, hay quienes se muestran contrarios a que quienes sufren un desastre natural puedan ser etiquetados/as como “víctima”. Así, VAN DIJK señala que para la teoría del etiquetamiento victimal, siguiendo con su análisis sobre el origen etimológico de la palabra “víctima” y las connotaciones sociales que conlleva, habría que diferenciarse un primer círculo de víctimas que incluyera a aquellas personas que sufran como consecuencia de actos culposos de otras personas. Esta definición colocaría a las víctimas de actos violentos, delitos interpersonales, ataques terroristas en el núcleo de la Victimología. Pero también incluiría a víctimas de abuso de poder así como a víctimas de desastres naturales en tanto en cuanto puedan ser imputados a instancias o entes

⁷⁸⁶ Es interesante la participación de Ruth Sicilia, Directora Área Asesoría Jurídica HDI, en el XXI Congreso de responsabilidad civil y seguros, con el título “*El concepto de víctima. ¿Todos los perjudicados son víctimas? Suma asegurada y sublímites*”. Agradezco al profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Burgos Francisco Javier Horcajo Muro su ayuda informándome de su celebración y facilitarme el artículo de la autora mencionada.

públicos o su actuación negligente, incompetente o descuidada⁷⁸⁷. Entiende este autor que el etiquetamiento de la víctima es visto como un proceso que se activa por el ambiente social de la víctima en el que las víctimas deben aceptar un estatus preconcebido y limitado o participar activamente en la renegociación de su posición e identidad⁷⁸⁸. Y en cierta medida coincidimos con esta aseveración dado que el estatus que alcanza una persona como víctima le atribuye unos ciertos derechos “preconcebidos”. Ahora bien, el proceso de “etiquetamiento” consideramos que se activa incluyendo otros factores de corte legal, basados en, tanto la autopercepción (por ejemplo, la influencia de conocer que lo padecido es un delito e identificarse como víctima del mismo), como sociales (la *heterodesignación* que analizábamos en un Capítulo anterior) y en la propia configuración del sistema de Justicia de un Estado (tanto la política criminal tipificando determinados hechos/omisiones como acciones).

No obstante, la anterior relación realizada entre el concepto de víctima y el delito y siguiendo con la crítica al concepto de víctima restrictivo de la Directiva a la luz de situaciones particulares, debemos hacer tres observaciones. Una de ámbito interno español, otra referida al propio ELSJ y otra referida al ámbito del Consejo de Europa.

En el ámbito interno español se regula una situación particular en la que se trata de reparar, simbólica y materialmente, a personas que sufrieron determinados daños y perjuicios de delitos⁷⁸⁹ que fueron posteriormente amnistiados. Nos referimos a los delitos amnistiados por medio de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía⁷⁹⁰ y a la denominada Ley de Memoria histórica, Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura⁷⁹¹. Si bien, esta última ley no conlleva efectos penales ni atribución de responsabilidad penal a las personas que materializaron aquellos delitos y actos amnistiados. Los efectos se reducen a “*obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal a quienes durante la Guerra Civil y la Dictadura padecieron los efectos de las resoluciones a que se refieren los artículos anteriores*”. Una reparación moral y económica. Ésta es una manifestación más de que la palabra “víctima” puede ser una categoría de análisis desde diferentes áreas de conocimiento. Sin embargo, entendemos que no es el tipo de víctima

⁷⁸⁷ VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp. p. 22.

⁷⁸⁸ *Ibidem*, esp. p.22.

⁷⁸⁹ Es necesario apuntar que actualmente y desde 2010 la única causa abierta contra los crímenes cometidos durante la dictadura franquista es la dirigida por la jueza argentina María Servini respecto a los crímenes cometidos durante la dictadura franquista y el período histórico denominado “la transición”. Ver noticia periodística recogiendo la emisión de una orden internacional de detención en https://www.eldiario.es/sociedad/Servini-franquista-Martin-Villa-argentina_0_882612387.html (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁷⁹⁰ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, de BOE n. 248, de 17 de octubre de 1977, pp. 22765-22766, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-24937> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁷⁹¹ Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, BOE n. 310, de 27 de diciembre de 2007, pp. 53410-53416, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-22296> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

a que se refiere la Directiva de 2012 pues ésta se circunscribe a víctimas de delitos y sus derechos procesales.

En cuando al ELSJ, si atendemos al instrumento de reconocimiento mutuo de medidas de carácter civil, el Reglamento (UE) n.606/2013 Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil⁷⁹² no podemos dejar de mencionar lo dispuesto en su Considerando 8 en el que señala “*El presente Reglamento constituye un complemento de la Directiva 2012/29/UE. El hecho de que una persona sea objeto de una medida de protección dictada en materia civil no necesariamente excluye que esa persona sea definida como «víctima» a efectos de dicha Directiva.*” Lo que de plano podríamos considerar que desvincula la necesidad de la existencia de un delito para que podamos hablar de víctimas. Sin embargo, el ámbito de aplicación del Reglamento se refiere, conforme al artículo 3, a aquellas medidas que impliquen prohibición o regulación de la entrada, comunicación o acercamiento de una persona causante de un riesgo *en pro* de proteger la vida, la integridad física... de las personas protegidas. Lo que viene a remarcar es que quien cuente con una medida de protección de carácter civil no deja de poder ser considerada como víctima únicamente por este motivo. Habida cuenta de que la falta de aproximación legislativa en los EEMM en materia procesal penal haga que el contenido material de determinadas medidas sean clasificadas como “civiles” en un determinado Estado y como “penales” en otro.

En cuanto al ámbito del Consejo de Europa, como veremos más adelante con detalle, el CEDH define de forma autónoma el concepto de víctima desvinculándola de la existencia de perjuicio. La víctima a la que el CEDH en su artículo 34 atribuye legitimidad para interponer una demanda es aquella persona que considere que ha visto vulnerado un derecho reconocido en el CEDH por un Estado Parte. Una víctima consecuencia del incumplimiento legal, aunque no haya sido perjudicada.

En relación con su carácter procesal del concepto de víctima, el mismo deriva irremediamente de su carácter penal y la exigencia de una resolución judicial que declare la existencia de un delito del que la persona es víctima. Este recorrido vital de las víctimas (desde que sufre el delito hasta que así se establece por sentencia) exige y necesita de un proceso penal que, respetando los principios del debido proceso consagrados en un Estado de Derecho, vincule la victimización con la victimidad, *iter victima e iter procesal*. Del mismo modo que no existe victimidad sin delito, no existe victimidad sin proceso. Esta visión puede ser criticada por ser formalista y positivista y obviar el carácter histórico de todo Derecho, producto de la propia historicidad de la sociedad. Conocemos la existencia de fatales crímenes cometidos en períodos históricos y determinados Estados donde en el momento de su perpetración no estaban tipificados.

⁷⁹² Reglamento (UE) 606/2013 Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013, DOUE de 29 de junio de 2013, n.L 181/4, pp.4-12, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0606&from=EN> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

Para responder a esta crítica podríamos aludir a dos consideraciones, una internacional y la otra nacional española. Respecto a la respuesta en clave internacional, la consagración de unos Derechos Humanos, de un Derecho Internacional Humanitario en casos de conflicto armado (internacional e interno), en el marco europeo, el aludido CEDH y los delitos competencia de la Corte Penal Internacional conforme a su Estatuto así como los Pactos Internacionales firmados en el año 1966⁷⁹³ actuarían como marco legal inquebrantable desde el que medir y valorar las acciones y omisiones que atenten contra las personas y sus bienes. Asimismo, desde la perspectiva interna española contamos con un instrumento constituido en el artículo 4.2 C.P. conforme al cual “*En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal*”. Si bien es cierto que, respetando el principio de irretroactividad de las leyes, no supondría ni incoación, ni enjuiciamiento y por tanto tampoco condena por un hecho no tipificado en el momento de su comisión, desde una perspectiva de justicia interaccional, reconocer que el hecho sufrido podría ser tipificado es una consideración favorable a la persona que lo ha sufrido quien, por otras vías, no procesales penales pero sí políticas, asociativas, etc., podría verse reconfortada/o siendo reconocido como injusto el hecho sufrido.

1.2 Falta de homogeneidad conceptual del concepto “víctima”

Como decíamos, existe consenso acerca de la necesidad de reconocer derechos procesales a personas que sufren un delito. El debate se centra en otros puntos como la acreditación de la victimidad, a la que aludíamos, o cómo conceptualizar a estas personas (víctimas, parte perjudicada, ofendido, actor civil, víctima presunta). Y es que en línea con el respeto a las tradiciones jurídicas de los diferentes EEMM que impera en el ELSJ, el Considerando 19 señala una importante precisión *in fine* “*La presente Directiva se ha de entender sin perjuicio de cualesquiera procedimientos o actuaciones administrativas nacionales exigidos para declarar que esa persona es una víctima*”.

En España, siguiendo a JULIO PÉREZ GIL, los términos con que tradicionalmente se ha aludido a la persona que recibe en su esfera jurídica un delito han sido “ofendido y perjudicado”⁷⁹⁴. JULIO PÉREZ GIL recoge la diferenciación que esboza FRANCESCO ANTOLISEI, entendiendo por “ofendido/agraviado” la “*persona titular o portador del interés jurídicamente protegido o atacado*”. Y por “perjudicado” la “*persona titular de la esfera en la que inciden directamente*”. La conceptualización de lo que se entienda por ofendido/a, perjudicado/a o víctima conlleva una importante repercusión en el ámbito procesal sobre todo en lo referido al ejercicio de la acción

⁷⁹³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, ambos en vigor desde 1977.

⁷⁹⁴ PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, esp. p. 324.

penal: delimitar quién puede aparecer en el proceso penal como acusación particular o como acusación popular. Y siguiendo esta línea argumentativa, conforme al artículo 11 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD)⁷⁹⁵ se reconoce el derecho de toda víctima a participar en el proceso penal. Esta facultad acusatoria en el ordenamiento jurídico procesal español se reconoce a cualquier persona española sea o no ofendida por el delito (artículo 270 LECrim). Sin embargo, esta acusación para ser catalogada como “acusación particular” y estar exenta de la prestación de fianza ha de ser ejercitada por la persona ofendida y sus herederos/as o representantes legales, por su cónyuge o pareja sentimental, ascendientes y descendientes y parientes colaterales hasta segundo grado, herederas/os de la víctima y padres, madres e hijas/os de la persona delincuente en caso de asesinato o de homicidio, así como las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas legitimadas para defender los derechos de las víctimas con su expresa autorización (artículo 281 LECrim). La ausencia de la mención a la persona perjudicada ha conllevado a que haya sido señalado su carácter de acusación popular⁷⁹⁶.

Sin embargo, participamos de la opinión de JULIO PÉREZ GIL al señalar que la persona perjudicada trata de proteger un interés sustancialmente distinto del interés que persiguen proteger el resto de ciudadanía cuando ejercita la acusación popular. Asimismo, eximir también a las asociaciones de víctimas del requisito de prestar fianza para ejercitar la acusación parece indicarnos que el legislador procesal no se guía tanto por un criterio técnico jurídico con la finalidad de delimitar las personas físicas y jurídicas que menciona en el artículo 281 LECrim para precisar quiénes pueden ser entendidas como víctimas (a todas luces las asociaciones de víctimas no tendrían este carácter) como siguiendo un criterio *pro victima*, potenciar la participación directa o indirecta de la víctima. Por ello, no haber mencionado en el artículo 281 a la persona perjudicada junto con “ofendido”, consideramos que corresponde más bien a un error en la línea de la confusión que entre los dos términos maneja el legislador procesal penal y cuyo tratamiento se puede corresponder con la idea de la víctima indirecta a pesar de que siguiendo a JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER, el concepto de víctima de la LEVD excluye a terceras personas siendo precisamente el concepto de perjudicado de la LECrim⁷⁹⁷. De esta forma, sería más oportuno referirse en este primer apartado del artículo 281 LECrim a la “víctima” en lugar de “ofendido”, al ser un concepto que incluiría tanto al concepto de ofendido como de perjudicado que emplea la LECrim⁷⁹⁸. Y es que, no es del todo coincidente el concepto de víctima de la LEVD y el concepto que utiliza la LECrim como así pone de relieve el trabajo de M^a DEL MAR CARRASCO ANDRINO ya mencionado y al que nos remitimos.

La situación en el resto de países europeos no es distinta. Como pone de manifiesto la Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la

⁷⁹⁵ BOE de 28 de abril de 2015, n. 101, pp. 36569-36598, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/04/27/4> (Último acceso: 9 de diciembre de 2019)

⁷⁹⁶ Así recoge Julio Pérez Gil la opinión de Montero Aroca, *Ibidem*. esp. p. 333.

⁷⁹⁷ CARRASCO ANDRINO, M.^a del Mar, “Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito”, op. cit.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, nota a pie de página n. 6.

aplicación de la Directiva 2012/29/UE⁷⁹⁹, un año después del plazo para su transposición, adolece de una serie de deficiencias que van desde la misma raíz de la arquitectura procesal nacional. Más preciso en cuanto al concepto de víctima, el Informe del Proyecto Ivor, *“Implementing Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union”*⁸⁰⁰, señala que la palabra “víctima” en numerosos EEMM solo es reconocida por las autoridades después de determinados procedimientos.

A esta situación se suma la de otros EEMM en donde sí se menciona el concepto de víctima, sin embargo, no tiene una definición clara, lo que genera una ambigüedad cuando también recogen el concepto de parte perjudicada al no saber con nitidez si se atribuyen los mismos derechos. Estos dos escenarios son interpretados por el equipo investigador afirmando que suponen que haya víctimas (o/y grupos de víctimas) que tendrán dificultades para acceder a los derechos reconocidos en la Directiva 2012/29/UE⁸⁰¹. Es decir, a pesar de que la Directiva es una norma de mínimos de conformidad con el artículo 82.2 TFUE, la transposición de la misma, y en concreto en este momento del artículo 2, no ha conllevado el establecimiento de un concepto de víctima, tanto directa como indirecta⁸⁰², homogéneo o aproximado en todos los EEMM.

A todo ello ha de sumarse la importancia del territorio y por ende de la jurisdicción en el reconocimiento de los derechos de las víctimas. Esta idea de la “víctima territorial”, se es víctima si el delito ha sido perpetrado en un determinado Estado o según la nacionalidad de la persona que sufre los daños y perjuicios, no es determinada por la Directiva de 2012. De forma textual, en su Considerando 10 establece *“La presente Directiva no trata las condiciones de la residencia de las víctimas de delitos en el territorio de los Estados miembros. Los Estados miembros deben tomar las medidas necesarias para que los derechos establecidos en la presente Directiva no se condicionen al estatuto de residencia de la víctima en su territorio o a la ciudadanía o nacionalidad de la víctima”*. Consecuencia de esta indeterminación, en su Considerando 38 se refiere a algunas víctimas en concreto y apunta *“(…) las que son víctimas de otro tipo de delitos en un Estado miembro del cual no son nacionales o residentes, deben recibir apoyo especializado y protección jurídica.”* En la Resolución del Parlamento Europeo precisamente se ponía de relieve la discriminación que sufren

⁷⁹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2016/2328(INI)), accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0229&language=ES&ring=A8-2018-0168> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁰⁰ Informe titulado, *“Implementing Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union”*, en el marco del Proyecto Ivor Project IVOR- Implementing victim-oriented reform of the criminal justice system in the European Union (2014-2016), promovida por la APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, y con el apoyo del International Victimology Institute Tilburg (INTERVICT), Universidad de Leuven (KU Leuven) y Victim Support Europe, cofinanciada por la Comisión Europea. Accesible en <https://www.apav.pt/ivor/images/ivor/PDFs/IVOR-Repot-WebVersion.pdf> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁰¹ Informe titulado, *“Implementing Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union”*, op. cit., esp. p. 109.

⁸⁰² Concepto elaborado por la jurisprudencia del TEDH como se pone de relieve en PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Ed. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho, 1997, p. 322, accesible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/62> (Último acceso: 11 de junio de 2019); así como en la ECHR, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 31 de diciembre de 2018, accesible https://www.echr.consejo.de/Europa.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

las personas en situación administrativa irregular (“*indocumentadas*”) para acceder a la Justicia (punto P).

En su transposición al ordenamiento español a través de la LEVD, se incorpora un concepto amplio de víctima en su artículo 1 aludiendo a “*víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España*”⁸⁰³, con independencia de su nacionalidad y si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal”. Esta amplitud en la transposición española también queda patente en la determinación de las víctimas indirectas. En la Directiva 2012/29 solo se refieren a familiares de una persona fallecida en su artículo 1.b mientras que la LEVD se amplía a casos de desaparición de una persona⁸⁰⁴.

La importancia de contar con un concepto legal homogéneo supone subrayar que se trata de un concepto internacional establecido por legislación aplicable en cada Estado Miembro, así como contribuir a la preocupación por el cumplimiento de la Directiva 2012/29/UE⁸⁰⁵. De esta forma, una de las recomendaciones del Informe es asegurar que, o bien, las definiciones de víctimas son acordes con la definición del artículo 2 de la Directiva de Víctimas, o al menos, que se asegure que en la práctica todas las víctimas (definidas de conformidad con la Directiva) tienen acceso a todos los derechos reconocidos⁸⁰⁶.

El apartado 2 del artículo 11 de la Directiva 2012/29/UE en previsión de esta variedad en la acreditación de la condición y estatus de víctima establece que “*Cuando, de conformidad con la legislación nacional, el estatuto de la víctima en el sistema de justicia penal pertinente no se establezca hasta después de que se haya tomado la decisión de continuar con el procesamiento del infractor, los Estados miembros garantizarán que al menos las víctimas de delitos graves tengan derecho a una revisión de una decisión de no continuar con el procesamiento*”⁸⁰⁷. Y es que la situación puede ser tan desfavorable para las víctimas que si su estatus depende de un procedimiento penal y éste es sobreesido sin que pueda recurrir el sobreesimiento, su desprotección y falta de tutela sería absoluta: sin procedimiento penal como *conditio sine qua non* para acreditar la condición de víctima, no existiendo víctimas procesalmente, no sería ni necesario ni legal la previsión de una medida reparatoria o indemnizatoria⁸⁰⁸. Por ello,

⁸⁰³ Aludiendo al concepto de justicia universal regulado en el artículo 23 de la LOPJ.

⁸⁰⁴ En la tramitación parlamentaria, como enmienda número 50, el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) proponía considerar como víctimas indirectas a familiares de quien “*sufra lesiones que le produzcan incapacidad o invalidez de tal gravedad que la haga dependiente de terceros, que han de asimilarse a las situaciones de fallecimiento o desaparición.*”. No tuvo aceptación dicha propuesta. En BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 115-2, de 27/11/2014, [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDT S.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-115-2.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDT S.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-115-2.CODI.%29#(P%C3%A1gina1)) (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁰⁵ *Ibidem*, esp. p. 120.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, esp. p. 205.

⁸⁰⁷ Este derecho ya venía siendo previsto en el seno del Consejo de Europa en el apartado B.7 de la Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, adoptada por el Consejo de Ministros, Recomendación n. R(85)11, de 28 de junio de 1985.

⁸⁰⁸ Es significativo que cuando el CGPJ se refiere a los derechos de las víctimas de violencia de género en la fase de ejecución se exprese en los siguientes términos “*una vez declarada su condición de víctima, enunciaremos las diferentes actuaciones que, también, corresponden a ésta*”, CGPJ, Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género, 2018, esp. p. 37.

se articula un concepto que permita que quienes hayan podido sufrir un hecho delictivo que no ha sido aún juzgado sean titulares de unos derechos que no tendrían si se exigiera la firmeza en términos procesales de la resolución que lo reconozca. Esto es la presunción de la victimidad que abordaremos en el siguiente epígrafe. Convendría, no obstante, hacer una observación previa en cuanto al porqué denominarla presunción de victimidad y no de victimización.

Como recuerda AMAYA ARNÁIZ, la estructura de toda presunción exige tres elementos integradores: en primer lugar, un hecho base o conocido (indicio o hecho indicante), que aparece probado y es del que partimos. En segundo lugar, un hecho consecuencia que es desconocido y deriva del hecho anterior. En tercer lugar, el enlace lógico o causal que ha de darse entre los dos anteriores hechos ⁸⁰⁹. Y bien, aplicándolo a la presunción de victimidad, el hecho base quedaría constituido por la existencia de la victimización. El hecho desconocido y que derivaría del anterior vendría constituido por la victimidad. Apareciendo un nexo que une la victimización con la victimidad cual es el proceso penal y la acreditación de la condición de víctima. Y en ello, atendiendo a la diferenciación que establecíamos en el Capítulo Tercero en el que se situaba la victimización en el espacio sensorial mientras que se atribuía un carácter legal al concepto de victimidad al que se le asocia los derechos de las víctimas, su estatuto jurídico. Por este motivo, este concepto subraya que lo que se “presume” es que esa persona es víctima para que pueda disfrutar de los derechos que se les reconocen a las víctimas de delitos, no que ha sufrido un daño (cuestión que se probará por medio del proceso penal). Por ello, preferimos utilizar el concepto presunción de victimidad. Si bien, sería interesante reflexionar acerca de la necesidad o no de que exista una situación maniquea que distinga de forma tajante entre la condición de víctima o no víctima. Como hemos señalado en el epígrafe anterior, la posibilidad de que una persona sufra un daño derivado de un hecho imputable a otra persona y que finalmente no se incoe un proceso penal, o que éste se sobresea o que la sentencia sea condenatoria parcialmente o que sea absolutoria, nos muestra que quizás estemos ante un fenómeno jurídico complejo y en absoluto pueda ser interpretado en términos maniqueos.

1.3 Posible victimidad sustentada en determinados hechos victimizantes

Llegado este punto, podemos preguntarnos qué circunstancias (personales, objetivas, contextuales...) deben darse para que se presuma que una persona es víctima de un delito que aún no ha sido juzgado. Puede ser interesante fijarnos en algunos casos en concreto. En este sentido podríamos preguntarnos acerca de los criterios que se seguían en España para asignar escolta a políticos/as y otras personas durante la época de actividad terrorista de E.T.A. En el *Informe sobre la injusticia padecida por las personas amenazadas por ETA (1990-2011)* se especifica que la necesidad o no de establecer un sistema de escolta a una determinada persona corría a cargo de la

⁸⁰⁹ ARNAIZ SERRANO, Amaya, “Prueba de cargo y presunción de inocencia”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2018, n. 50, pp. 17-70.

policía⁸¹⁰. Es necesario mencionar que la actividad terrorista de E.T.A. pretendía crear en la sociedad civil un ambiente generalizado de terror y de coacción a través de diversos medios que ha venido siendo denominado “*terrorismo de baja intensidad, victimación anticipada o violencia de persecución*”⁸¹¹. En el Informe los investigadores se centran en los informes policiales en que se asignaba escolta a determinadas personas dejando a un lado a quienes, a pesar de sufrir determinadas coacciones insertadas en ese clima intimidatorio generalizado, no recibieron la protección de escolta. Es significativa, por tanto, la necesidad de mostrar haber sufrido o estar sufriendo amenazas que de conformidad con la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las víctimas del terrorismo⁸¹² artículo 5, una persona amenazada era quien “*acredite sufrir situaciones de amenazas o coacciones directas y reiteradas, procedentes de organizaciones terroristas*”⁸¹³. De las entrevistas que recogen a personas que fueron escoltadas, para nuestros intereses destaca una reflexión. En concreto en la página 23 cuando una persona escoltada relata cómo le informaron desde la Ertzaintza que su caso era uno de los valorados como de necesidad de protección. Refiere que la Ertzaintza le había comentado que la gravedad de su caso derivaba de la información incautada a E.T.A., contando con tres folios referidos en concreto a esa persona y a aspectos relativos a sus costumbres, tamaño del buzón, dimensiones del portal, etc. Mientras que en otros casos aun constando el nombre de una persona, se recoge de forma general, por ejemplo, por haber aparecido en el B.O.E. Este relato nos da una idea de la existencia de personas cuyo nombre aparecía en la información incautada a E.T.A. y que, sin embargo, no eran asignadas con un sistema de escolta. Si estas personas llegaban a conocer que su nombre constaba en la información que manejaba E.T.A. (es posible que nunca llegaran a saberlo a no ser que se lo comunicara la policía o fuera filtrado por los medios de comunicación) ¿podrían experimentar la victimización y sus efectos en aquel clima generalizado de intimidación? Puede que sí y en este caso estaríamos en un supuesto de autopercepción de la victimización sin presunción de victimidad no pudiendo disfrutar de un derecho derivado de esta presunción de victimidad como es el de la protección. Es interesante porque en el artículo 4 de la Ley 29/2011 se diferencia entre las víctimas de terrorismo mientras que se destina el artículo 5 a las personas amenazadas. Es decir, no están consideradas como víctimas a efectos del artículo 4 de esta Ley aun constituyendo la amenaza un tipo penal.

El ejemplo de las personas amenazadas por E.T.A. que no recibieron protección nos da una idea de que la presunción de victimidad está basada en la acreditación de la

⁸¹⁰ INTXAURBE VITORICA, José Ramón, RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. y URRUTIA ASUA, Gorka, Informe *sobre la injusticia padecida por las personas amenazadas por ETA (1990-2011)*, Universidad de Deusto, 2016, esp. p. 6.

⁸¹¹ *Ibidem*, esp. p.6.

⁸¹² BOE de 23 de septiembre de 2011, n. 229, pp.100566-100592, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15039> (Último acceso:11 de diciembre de 2019).

⁸¹³ Conforme a los datos del Informe en este período temporal fueron 1.619 las personas que fueron protegidas con escolta a cargo de los presupuestos del Gobierno del País Vasco, de las cuales 1.065 fueron hombres, 554 fueron mujeres, 1.124 personas tuvieron escolta entre 1 y 5 años, 5 personas tuvieron escolta durante 20 años o más. En cuanto a los colectivos, destacan personas con cargos políticos, empresariado y funcionariado de la Administración de Justicia. *Ibidem*, esp. p. 14.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

victimización que también es una situación de hecho que ha de ser declarada *de lege*. Es decir, quien reclama que se le considere víctima de un delito debe probar su victimización en una fase inicial para que pueda desplegar sus efectos la presunción de victimidad. Por tanto, hay quienes perciben sufrir una victimización, pero no reciben protección. En este caso no gozan de la presunción de victimidad.

Otro ejemplo interesante relativo a la presunción de victimidad lo encontramos en la Sentencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI) de 11 de julio de 2008, Sentencia sobre las apelaciones del Fiscal y la defensa contra la Decisión I de la Sala de lo Penal sobre la participación de las ‘víctimas de 11 de enero de 2008, asunto *Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo*⁸¹⁴. En el apartado 58 la Sala de Apelaciones afirma que “*el sentido corriente de la regla 85 en sí mismo no hace que la noción de las víctimas se limite a las víctimas de los crímenes imputados, el efecto del párrafo 3 del artículo 68 del Estatuto es que la participación de las víctimas en las actuaciones del juicio, de conformidad con el procedimiento establecido en la subregla 1 de la regla 89 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, se limita a las víctimas que están vinculadas con los cargos.*” Lo que nos da una idea de la vinculación de la victimidad al delito en el seno de la CPI y de la posibilidad de la existencia de victimizaciones no vinculadas con los cargos y por ello, sin presunción de victimidad al no poder ejercitar los derechos reconocidos a las víctimas como el de participación.

1.4 Autoridades acreditadoras de la (presunción) de victimidad

En relación con la violencia de género contra las mujeres en España, se publicaba el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género⁸¹⁵. Su Exposición de Motivos declaraba que “*El artículo 23 de la Ley Orgánica es también objeto de modificación con una doble finalidad. Por una parte, para concretar y ampliar los títulos judiciales habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género; y, por otra parte, para establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto*”. De esta forma, se modificaba el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG)⁸¹⁶, integrado en el Capítulo II titulado “Derechos laborales y

⁸¹⁴ Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008, accesible en https://www.icc-cpi.int/Courtrecords/Cr2008_06001.PDF (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸¹⁵ BOE de 4 de agosto de 2018, n. 188, pp. 78281-78288. Accesible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-11135 (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). Vid. SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología* 2019, n. 1, vol. 7, pp. 336-343.

⁸¹⁶ BOE de 29 de diciembre de 2004, n. 313, pp. 42166-42197, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

prestaciones de la Seguridad Social”, permitiendo, en definitiva, la acreditación de la situación de violencia de género por medio de informe de los servicios sociales y servicios especializados o servicios de acogida.

Como hemos resaltado, la inclusión de este artículo en el Capítulo II de la LOMPIVG limita sus efectos al ámbito laboral y de la Seguridad Social. Sin que despliegue efectos procesales penales y/o civiles. Sin embargo, esta modificación ha puesto sobre la mesa el debate doctrinal acerca de si la acreditación de una situación de victimidad es una competencia judicial. Una importante matización vendría exigida por la necesidad de apuntar la conveniencia de distinguir entre la constatación de la victimización, el establecimiento de la presunción de victimidad y la acreditación de la victimidad. Parece evidente que de estas tres categorías la tercera ha de ser competencia de la autoridad judicial penal dado que implica la declaración de la exigencia de un delito que ha causado daños en una persona y la condena de una persona responsable del mismo, y esto es competencia exclusiva de la autoridad judicial. Las dos anteriores, constatación de una victimización y declaración de los efectos de la presunción de victimidad, podemos valorar la conveniencia de que, o bien por el *iter victima* se adelanten en el tiempo y no se exija la intervención judicial, o bien que, aunque se adelanten en el tiempo sea competencia de la autoridad judicial, o que pudiendo ser adoptadas por otras autoridades, la decisión de éstas pueda ser revisada judicialmente.

Centrándonos en la primera posibilidad, que se acredite una situación de violencia de género por medio de un informe de los servicios sociales, servicios especializados o de los servicios de acogida, supondría la atribución a un órgano, ente o institución de carácter administrativo de una competencia que de forma indirecta podría suponer la constatación de la presunta existencia de un hecho delictivo sobre una determinada mujer por su (ex)pareja sentimental habida cuenta de la automaticidad con que este delito está tipificado en la legislación española siendo el agresor el hombre con quien la víctima mujer tenga una relación sentimental. En este sentido la cuestión se centraría en si vulnera la presunción de inocencia del hombre respecto del cual la víctima, o bien, relate haber mantenido una relación sentimental y ser el causante de la violencia sufrida o bien mencione ser su padre (teniendo presente la consideración de víctimas de violencia de género los/las menores de conformidad con la LOMPIVG en su modificación por medio de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁸¹⁷). Abordaremos esta cuestión en el siguiente epígrafe referido a la presunción de inocencia. Por ahora no hemos de dejar de remarcar que los efectos limitados al ámbito laboral son más matizados aún si mencionamos que esta disposición convive con el apartado g) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita⁸¹⁸ en el que, a propósito del derecho a la justicia gratuita de las víctimas de violencia de género, trata de seres humanos y terrorismo, se especifica que “*A los efectos de la concesión del beneficio de*

⁸¹⁷ BOE de 23 de julio de 2015, n. 175, pp. 61871-61889., accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸¹⁸ BOE de 12 de enero de 1996, n. 11, pp. 793-803, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1/con> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal". Es decir, con este apartado el acto procesal no solo determina el nacimiento de un Derecho Procesal (asistencia jurídica gratuita) sino la misma condición de víctima. La legislación española ni siquiera menciona que se trate de una presunta víctima, sino que le concede la condición de víctima aún sin sentencia condenatoria.

Esta aparente falta de coherencia en la técnica legislativa queda aún más acentuada cuando en el artículo 6.1 de esta Ley se especifica que *"la asistencia jurídica gratuita comprenderá asesoramiento y orientación gratuitos en el momento inmediatamente previo a la interposición de denuncia o querrela"*. Es decir, existe *de lege* una presunción de victimidad de las víctimas de violencia de género, de trata de seres humanos y de terrorismo cuya virtualidad se materializa en reconocerles un derecho (justicia gratuita) antes del hecho que determina su victimidad, esto es, la denuncia o se incoe un procedimiento penal que conlleve la condena de la persona acusada. Esta necesidad de constituirse como parte del proceso penal para poder ejercer el derecho a la asistencia legal ha sido criticada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 30 de mayo de 2018 sobre la implementación de la Directiva 2012/29/UE⁸¹⁹. En su punto 10 destaca que esta restricción se debe a la dicción de la propia Directiva 2012/29. Y esta idea entronca con la adquisición de la condición de acusador particular de conformidad con la LECrim. Siguiendo a VÍCTOR MORENO CATENA *"Se adquiere la condición de acusador particular con la interposición de la querrela, aunque en el procedimiento abreviado pueden mostrarse parte en la causa sin necesidad de formalizar este escrito (art. 761 LECrim), pero sólo podrá comparecer como parte acusadora hasta el trámite de calificaciones provisionales o escrito de acusación, momento en que precluye la posibilidad de mostrarse parte en la causa, como establece el art. 110 LECrim. La condición de parte la pierde el acusador particular con el abandono de la querrela, sin perjuicio de quedar sujeto a las responsabilidades derivadas de sus hechos anteriores (arts. 274.II y 276 LECrim). Precisamente la existencia de delitos semipúblicos, que exigen la iniciativa del ofendido o perjudicado por los hechos delictivos, mediante la denuncia o la querrela, en los casos previstos en la ley el apartamiento del querellante por medio de la renuncia a la acción (que no perjudica más que al renunciante, art. 107 LECrim), o el perdón del agraviado o de su representante legal extinguen la responsabilidad criminal (art. 130.5° C.P.⁸²⁰) y, con ello, se pierde naturalmente la condición de parte."*⁸²¹ Toda una construcción teórica procesal basada en la necesidad de "presumir" que una persona es

⁸¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2016/2328(INI)), accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0229&language=ES&ring=A8-2018-0168> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸²⁰ BOE de 24 de noviembre de 1995, n. 281, pp. 33987-34058, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸²¹ MORENO CATENA, Víctor, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, esp. p. 119.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

víctima “directa o indirecta” para reconocer su derecho a ejercer la acción penal (sin necesidad de prestar fianza de conformidad con el artículo 801 LECrim).

La modificación de este artículo 23 de la LOMPIVG tiene una especial incidencia respecto de la solicitud de las ayudas reguladas por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁸²². Conforme al artículo 2 “*La condición de víctima de violencia de género deberá acreditarse por cualquiera de los siguientes medios de prueba: a) A través de la sentencia condenatoria. b) A través de la resolución judicial que hubiere acordado como medida cautelar de protección de la víctima la prohibición de aproximación o la prisión provisional del inculpado. c) De la forma establecida en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*”. Si bien, una vez más el carácter administrativo de este artículo está marcado dada su tramitación por el Ministerio de Economía y Hacienda conforme al artículo 8.

En esta línea conviene poner de relieve que distintas leyes nacionales, autonómicas y forales recogen las distintas vías para adquirir la condición de víctima a efectos administrativos y laborales, y, las vías para adquirir la condición de víctima en el proceso penal. En este sentido, el artículo 3bis de la Ley 29/201, regula los Requisitos para el reconocimiento de las ayudas y prestaciones previstas en la ley. Y así textualmente se refiere:

1. Serán destinatarios de las ayudas y prestaciones reguladas en la presente ley aquellas personas en las que concurra alguno de los dos siguientes supuestos:

a) Cuando en virtud de sentencia firme, se les hubiere reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en esta Ley.

b) Cuando, sin mediar tal sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En estos casos, la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante el órgano competente de la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

A lo que el Reglamento 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011⁸²³ añade “*En los supuestos contemplados en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 2 de este Reglamento, se solicitará informe a los titulares de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Defensa y del Interior, en el ámbito de sus respectivas competencias, a los efectos de acreditar*

⁸²² Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, BOE de 12 de diciembre de 1995, n. 296, pp. 35576-35581, en su versión tras la modificación por medio de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, BOE de 4 de julio de 2018, n. 161, pp. 66621-67354, (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸²³ BOE de 18 de septiembre de 2013, n. 224, pp. 72190-72213, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/09/06/671/con> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

los extremos anteriores”. Cuyo apartado 4 establece “*Las resoluciones administrativas firmes dictadas por órganos de la Administración General del Estado de las que se derive el reconocimiento a los interesados de la condición de víctimas del terrorismo tendrán eficacia para la tramitación y resolución de los correspondientes expedientes administrativos que se instruyan al amparo de este reglamento, de conformidad con las previsiones que les sean de aplicación.*” Una disposición, que una vez más, limita los efectos de este reconocimiento a la esfera administrativa.

En el artículo 28 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo⁸²⁴ se detalla el procedimiento para obtener una indemnización por daños corporales y materiales en caso de víctimas de actos terroristas. Expresamente señala que “*Las solicitudes de los interesados deben cursarse en el plazo máximo de un año desde que se produjeron los daños. A efectos de plazos, se computa el daño corporal a fecha de alta o consolidación de secuelas, conforme acredite el Sistema Nacional de Salud*”. (...) “*Para la calificación de las lesiones a efectos indemnizatorios será preceptivo el dictamen emitido por un equipo de valoración de incapacidades cuya composición se determinará reglamentariamente según el sistema sanitario del solicitante de la indemnización. En dichos equipos se integrará, en todo caso, un representante del Ministerio del Interior vinculado con la atención a las víctimas del terrorismo*”. La necesidad de dotar a las víctimas de terrorismo de una indemnización de forma justa y efectiva ha sido canalizada a través de un procedimiento administrativo en el que no participa ningún órgano judicial penal excepto en el caso de que las personas interesadas autoricen que el Ministerio del Interior recabe “*directamente de los órganos jurisdiccionales los antecedentes, datos o informes que resulten necesarios para la tramitación de los expedientes*” conforme al artículo 30.

Las anteriores disposiciones estaban ceñidas a medidas de carácter administrativo, económico, asistencial. Si nos fijamos en medidas de carácter penal o civil, analizando otras legislaciones europeas, en el ordenamiento de Países Bajos se regula la figura de la orden de exclusión doméstica. Una medida que puede acordar la policía ante situaciones en las que la policía aprecia una situación de violencia doméstica sin que se haya cometido aún delito. Esta medida puede ser recurrida administrativamente. En caso de incumplimiento se sanciona con 2 años de prisión o una sanción alternativa⁸²⁵. En el

⁸²⁴ BOE de 23 de septiembre de 2011, n. 229, pp. 100566-100592, accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-15039> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸²⁵ En la página oficial del Ministerio de Justicia y Seguridad de este país la define de la siguiente forma “*Sometimes, the police encounter threatening domestic situations in people’s homes, but no crime has been committed (yet). In such cases, the police cannot arrest anyone and nobody can be prosecuted. Domestic exclusion orders allow the police to act before the situation escalates, and protect the partner, children or other members of the household. As long as the order is in place, the person it applies to may not contact their partner or children.*” Accesible en <https://www.government.nl/topics/domestic-violence/domestic-exclusion-order-and-sentencing-for-domestic-violence> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

caso de España, conforme al artículo 544ter apartado 1 y apartado 4 LECrim la orden de protección la acordará el juzgado de instrucción o juzgado de guardia cuando existan “*indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.*” La exigencia de la existencia de “indicios fundados de un delito” nos situaría en la fase de “constatación de una victimización (de facto)” que hemos diferenciado con anterioridad. Una orden de protección que una vez acordada confiere a las víctimas de violencia de género o doméstica⁸²⁶ el estatuto integral de protección que determina la adopción de medidas cautelares de carácter civil y penal y, en caso de violencia de género, nos remitiría a las medidas reguladas en la LOMPIVG, medidas de carácter económico, administrativo, de seguridad social, de asistencia integral, etc. por parte de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, la competencia para adoptar medidas de protección no presenta una regulación homogénea en la Unión Europea. Así, como subraya el Proyecto Europeo EPOGENDER⁸²⁷, las autoridades que pueden adoptar una OEP son:

- la autoridad judicial (todos los EEMMM excepto Suecia),
- el Ministerio Fiscal (Bélgica, República Checa, Estonia, Croacia, Luxemburgo, Portugal, Suecia, Eslovenia, Eslovaquia),
- la Policía (Austria, Alemania, Estonia, Finlandia, Croacia, Hungría, Italia, Lituania, Letonia, Eslovenia, Eslovaquia), u
- otras Autoridades Administrativas como alcaldes, Ministerios de Justicia, dirección de centro psiquiátrico o penitenciario (Estonia, España, Croacia, Países Bajos, Eslovenia, Eslovaquia).

Con todo lo anterior y para los efectos que nos interesan, a pesar de que en todos los EEMM excepto Suecia la autoridad judicial es la autoridad competente para adoptar medidas de protección de carácter penal, en otros 13 EEMM otras autoridades son competentes.

Podemos afirmar, por tanto, que a nivel nacional español existen víctimas de otros delitos, diferentes a la violencia de género, cuya situación se acredita por medio de una

⁸²⁶ Es decir, en España abarca a las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP: *cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

⁸²⁷ Página Web <http://www.epogender.eu/> En concreto en interesa el informe FREIXES, Teresa y ROMÁN Laura (eds.), *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*, Universitat Autònoma de Barcelona, Universitat Rovira y Virgili, 2014, accesible en https://ec.europa.eu/justice/grants/results/daphne-toolkit/content/epogender-gender-violence-protocols-protection-victims-and-effectiveness-protection-orders_en (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

resolución administrativa desplegando efectos no penales⁸²⁸ sin que en estos casos se haya generado un debate doctrinal a nivel nacional español sobre la necesidad de que incluso la condición de víctimas de otras víctimas diferentes a las víctimas de violencia de género haya de ser constituida por medio de sentencia. Cuando se alude a la pureza de un principio solo cuando puede ser afectado en un determinado caso o para unas determinadas víctimas, quizás se esté tratando de centrar el debate no tanto en dicha pureza sino en la misma regulación elemental de ese tipo de victimidad. Además, hay que subrayar que a nivel europeo la constatación de la victimización de una persona que esté sufriendo un riesgo de ver vulnerado su bien jurídico vida, integridad física y moral, libertad sexual, puede ser adoptada por una autoridad no necesariamente judicial.

Por otro lado, podemos decir que el hecho de que una persona afirme haber sufrido un delito, el hecho victimizante reconocido como victimización que inicia la maquinaria del reconocimiento oficial de la victimidad, se convierte en un elemento clave para la atribución de la presunción de victimidad. Veámoslo con el ejemplo del caso Juana Rivas. Esta ciudadana española fue condenada a 5 años de prisión y 6 de inhabilitación para la guarda y custodia por sentencia del Juzgado n.1 de lo Penal de Granada, por el magistrado Manuel Pinar Díaz⁸²⁹. Juana Rivas había obtenido una sentencia a su favor por maltrato de su marido en 2009, y había interpuesto en 2016 de nuevo una denuncia por maltrato que fue archivada por falta de competencia, según consta en los Hechos declarados probados en la Sentencia. Esta sentencia merecería un análisis pormenorizado por el razonamiento que constituye la base sobre la que el juez se forma su convencimiento y pueden constituirse en resolución judicial definitiva y, en su caso, firme y con autoridad de cosa juzgada. Ha de quedar claro que no estamos valorando el sentido del fallo sino su razonamiento lógico deductivo. Por motivos de espacio solo subrayaremos algunas valoraciones del juez que reproducimos textualmente pero sugerimos su lectura completa. Entendemos necesario recoger de forma textual parte de la cita del F.J. 1 en el que el juez afirma respecto de uno de los informes presentados que *“es decir que (el informe) no aprecia malos tratos como origen de ese estrés derivado solo por una percepción de la convivencia familiar, en la que como suele ocurrir, seguramente había momentos de tensión, desacuerdos, disputa o discusión, pero de ahí al maltrato hay una diferencia”*. También afirmaba que *“No es*

⁸²⁸ A modo de ejemplo de legislación regional, el artículo 3 Ley 4/2017, de 26 de septiembre, de Reconocimiento y Atención a las Víctimas del Terrorismo en Castilla y León, Artículo 3 Acreditación de la condición de víctima del terrorismo.

1. *La condición prevista en el apartado 1 del artículo anterior se acreditará mediante las resoluciones administrativas firmes dictadas por órganos de la Administración General del Estado de las que se derive el reconocimiento a los interesados de la condición de víctimas de terrorismo, las cuales tendrán eficacia en la Administración de la Comunidad de Castilla y León.*

2. *Los documentos exigidos en la normativa estatal para la condición de afectado por actos de terrorismo tendrán en la Administración de la Comunidad de Castilla y León los efectos que les otorga dicha normativa.* BOCL de 2 de octubre de 2017, n. 189 y BOE de 30 de octubre de 2017, n. 263, accesible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12358-consolidado.pdf> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸²⁹ Sentencia del Juzgado n.1 de lo Penal de Granada 257/2018, de 18 de julio de 2018, ECLI: ES:JP:2018:51, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b0f9781492d27c96/20180802> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

creíble la certeza de los hechos contenidos en esta denuncia, porque ningún Juzgado ha declarado la veracidad de los mismos”. Continúa “Cuando las denuncias por malos tratos se interponen de forma coetánea a un proceso de separación o por disputas sobre guarda y custodia o bienes (...), como muestra la práctica, que en algunos casos, se recurra a esta vía como medio de obtener ventajas procesales. No explicó ni se comprende que si fue maltratada en Italia entre 2012 y 2016, al nivel que ella dijo, de tortura y terror, no denunciara allí (...) tratándose de un país con una legislación y cultura de rechazo a estas conductas, similar a la nuestra. Si hubiera residido en otro país con una cultura de las que manifiestamente no combaten el maltrato, sería comprensible que no hubiera denuncia e incluso podría tener sentido haber callado los hechos hasta en su círculo más íntimo. Pero no es el caso de Italia.”⁸³⁰

La condenada presentó el informe de la Acción Social por la Igualdad, el informe de una psicóloga y el informe policial de valoración de riesgo medio, así como la denuncia que había interpuesto contra su marido. El juez declara estos informes como carentes de sustento probatorio aludiendo a la metodología empleada y motiva esta decisión basándose en razonamientos supuestamente victimológicos. Teniendo presente las consideraciones que realizamos en el Capítulo Tercero, las alusiones a aspectos de tipo victimológico y deducciones lógicas que realiza el juez podrían ser criticadas por apartarse del estado actual del desarrollo de los estudios victimológicos. En algunos puntos de la cita textual recogida parece que entrañan una acusación encubierta de denuncia falsa y falso testimonio⁸³¹.

Con todo ello, en este caso, si la victimización fue reconocida por los servicios sociales y los agentes de policía que asistieron a la finalmente condenada, la victimidad fue denegada por el juez por medio de un razonamiento de la convicción que podría

⁸³⁰ El Estado italiano fue condenado por la violación de los artículos 2,3 y 14 de la CEDH en la STEDH de 2 de marzo de 2017, asunto *Talpis c. Italia*, demanda 41237/14, demanda 41237/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714, <https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng/#%7B%22fulltext%22:%5B%22Talpis%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-171994%22%5D%7D> ((Último acceso: 11 de diciembre de 2019). En concreto, en su apartado 145, el TEDH se refería a la legislación sobre violencia doméstica en Italia y destacaba que “ *According to the Court, the combined effect of the above-mentioned factors shows that, by underestimating, through their complacency, the seriousness of the violent acts in question, the Italian authorities in effect condoned them. The applicant was therefore a victim of discrimination, as a woman, in breach of Article 14 of the Convention (...), those of the CEDAW (see paragraph 57 above) and those of the National Statistics Institute (see paragraph 55 above) demonstrate the extent of the problem of domestic violence in Italy and the discrimination suffered by women in this regard. The Court considers that the applicant provided prima facie evidence, backed up by undisputed statistical data, that domestic violence primarily affects women and that, despite the reforms implemented, a large number of women are murdered by their partners or former partners (femicide) and, secondly, that the socio-cultural attitudes of tolerance of domestic violence persist (see paragraph 57 and 59 above).*”

⁸³¹ Textualmente el juez interpreta la finalidad de la pretensión procesal de la parte actora de la siguiente forma “*Los hechos muestran que ella decide separarse en el verano de 2016 y por si misma o porque alguien le asesora, se percata que hay un escollo importante con la guarda y custodia de los dos niños y para obtenerla a su favor, decide explotar el argumento del maltrato. Pero se percata que pocas posibilidades tiene de privar de la custodia al padre, sacando a relucir la sentencia de 2009, pues con la reconciliación posterior indica que ese episodio puede no ser suficiente, al vivir juntos durante varios años y concebir otro niño. En esas circunstancias de ulterior reconciliación, con nacimiento de otro hijo, ve que es difícil explotar el maltrato de 2009 como recurso argumental en su favor, por lo que decide interponer denuncia el 12 de diciembre de 2016 y relatar otros sucesos ocurridos en el pasado, entre 2012 y 2016, en los que también el hijo habría sido víctima según ella, durante la convivencia que tuvieron en Italia, que pudo haber denunciado en su momento, a la vez que orquesta una campaña valiéndose de medios de comunicación y organismos públicos, que le dan su incondicional apoyo, todo ello con la mal calculada creencia de que así obtendría ventajas a su favor” (F.J.1).*

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

analizarse en sede casacional si obedece a criterios lógicos y razonables conforme al estado actual de la Victimología.

Además, esta sentencia podría ser analizada a la luz de la jurisprudencia posterior del TS. Así, en la STS 184/2019, de 2 de abril, en la que el TS establece que “*cuando han existido episodios previos de maltrato no puede dudarse de la veracidad de la declaración de la víctima. Y lo mismo cuando esta se retrasa en denunciar por las particularidades de este tipo de delitos en pareja*”⁸³². Integrando teorías victimológicas que constituyen el estado del arte actual de la ciencia social victimológica.

Con todo lo anterior, habiendo mantenido que la victimidad es una categoría procesal penal, que no existe homogeneidad en la UE en cuanto a qué autoridades pueden acreditar la victimidad, ni se hace depender del carácter de la medida (civil, penal, administrativa, asistencial, etc.), así como que, en todo caso, se exige acreditar el hecho fáctico victimizante (o la situación objetiva de riesgo de sufrir un delito) y obtener así una situación jurídica que permita ejercer derechos de tipo procesal, podemos dejar sentadas algunas conclusiones.

En primer lugar, las formas de acreditar la victimidad de una persona no encuentran un modelo general compartido en los EEMM ni por el carácter de la medida (civil, penal, administrativa, económica, social, asistencial, ...) ni por tipo de víctima.

En segundo lugar, hay que destacar que la regla más generalizada respecto a una de las formas de “acreditar” o “reconocer” la (presunción de) victimidad de una persona como es acordando una orden de protección, es su adopción por un órgano judicial. Ello no obstante, en otros 13 EEMM otras autoridades pueden acordar una OP. Esta disparidad es doblemente significativa si tenemos en cuenta que ambas materias, derechos de víctimas y OP, han sido objeto de instrumentos de aproximación normativa por parte de la UE.

En tercer lugar, analizar si esta disparidad ha causado algunos problemas respecto al reconocimiento mutuo de OEP es una tarea ardua dada la falta de incidencia práctica en cuanto a las medidas de carácter penal que dicho instrumento normativo europeo ha presentado desde su regulación por medio de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección⁸³³.

⁸³² STS 184/2019, de 2 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1071, ponente el magistrado Vicente Magro Servet, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8730878&statsQueryId=106184549&calledfrom=searchresults&links=%22184%2F2019%22&optimize=20190411&publicinterface=true> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸³³ Conforme a la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)), solo han sido acordadas siete OEP desde su regulación. Así también se pone de relieve en BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, “El reconocimiento mutuo de las medidas de protección de víctimas en la Unión Europea: La transposición de la directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección al ordenamiento jurídico español”, *Revista de estudios europeos* 2018, (Ejemplar dedicado a: Congreso internacional de Jóvenes investigadores sobre la Unión Europea), pp. 73-85, esp. p. 84. Así como BORGES

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

Si nos detenemos en el instrumento de reconocimiento mutuo de medidas de carácter civil, Reglamento (UE) n. 606/2013 Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil no podemos dejar de mencionar lo dispuesto en su Considerando “*Con el fin de tener en cuenta los diversos tipos de autoridades que dictan medidas de protección en materia civil en los Estados miembros, y a diferencia de otros ámbitos de cooperación judicial, el presente Reglamento debe aplicarse tanto a las resoluciones de órganos jurisdiccionales como de autoridades administrativas, a condición de que estas ofrezcan garantías por lo que respecta, en particular, a su imparcialidad y al derecho de recurso de las partes. En ningún caso las autoridades policiales deben considerarse autoridades de expedición en el sentido del presente Reglamento.*” Quizás la anterior consideración debe ponerse en relación con la declaración de la expresión “materia civil” como concepto autónomo del Derecho de la UE conforme al Considerando 10. Pero en todo caso, como se especifica en el artículo 3.4, en el caso de que la autoridad que acuerde la/s medida/s de protección de carácter civil no sea judicial, deberán garantizar que dicha autoridad “*ofrezca a las partes garantías de imparcialidad, y siempre que sus resoluciones sobre medidas de protección, en virtud del Derecho del Estado miembro en que actúe, puedan ser objeto de un recurso ante una autoridad judicial, y tengan una fuerza y efectos similares a los de la resolución de una autoridad judicial sobre la misma materia*”. Dicho todo lo anterior, destaca que en el Proyecto POEMS, ninguna de sus recomendaciones se refiere a la necesidad de unificar criterios respecto a quién se ha considera la autoridad competente o si ha de ser de carácter judicial. Lo que nos sugiere una pregunta ¿es un tema controvertido quién adopta una decisión de tan calado para la vida de las personas, presunta víctima y presunto criminal, como es una OP civil y/o penal? ⁸³⁴. La respuesta la podemos encontrar en una razón doble. Por un lado, la consideración que anunciamos con anterioridad referida al filtro de judicialidad de la adopción por parte de una autoridad administrativa o distinta a la judicial por medio del sometimiento a ésta de la decisión. Y por otro lado, el principio general de confianza mutua que preside en el ELSJ y que analizamos en el Capítulo Primero.

Para terminar este epígrafe, consideramos interesante la afirmación del profesor ANDRÉ KLIPP respecto a que la decisión de reconocer a alguien como víctima no puede ser recurrida⁸³⁵. Y bien, siguiendo con la diferenciación que mantenemos respecto a la diferencia entre la presunción de la victimidad y la acreditación de la victimidad, ambas situaciones responden a una resolución procesal (por un lado, auto por el que se establecen medidas cautelares de protección, y sentencia condenatoria

BLÁZQUEZ, Raquel, SIMÓ SOLER, Elisa y VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “La Orden Europea de protección en cifras”, *Diario La Ley* 2018, n.9118, <https://diariolaley.laleynext.es/>

⁸³⁴ Proyecto POEMS, Tilburg University, APAV, University of Helsinki, Seconda Università degli Studi di Napoli, <http://poems-project.com/results/recommendations/> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸³⁵ KLIPP, André, “On Victim's Rights and Its Impact on the Rights of the Accused”, *European Journal of Crime Criminal Law & Criminal Justice* 2015, n. 23, pp. 177-189, esp. p. 187.

firme o auto que acuerde el sobreseimiento provisional por otro lado) y como tal, podrán ser recurrida a través de los cauces previstos legalmente (reforma y subsidiario de apelación, o de apelación directamente, o los recursos legalmente previstos respectivamente). Por ello, desde una concepción procesal penal, las resoluciones judiciales que se basan en la existencia de la necesidad de proteger a la presunta víctima sí pueden ser objeto de recurso.

2.- Temporalidad de la victimidad

De la misma forma que hemos diferenciado el nacimiento de la victimización y el de la victimidad, su finalización obedece al acto que la constituye: un acto físico (vulneración de derechos) y un acto jurídico (resolución judicial)⁸³⁶.

En este sentido podríamos considerar si la victimización y su carácter pasado o presente vendría determinada por la reparación efectiva del daño sufrido dado su carácter material. Mientras que la victimidad irá unida a la autoridad de cosa juzgada de la sentencia que ha puesto fin al caso. Introduciríamos una interpretación de la cosa juzgada desde la perspectiva victimológica. De esta forma, el carácter material del efecto de cosa juzgada incluiría la reparación de la victimización y la faceta formal de la cosa juzgada se referiría a la victimidad como categoría procesal y con ello, la imposibilidad de volver a plantear de nuevo un procedimiento penal en identidad de objeto, sujetos y causa en cumplimiento del principio *non bis in ídem*⁸³⁷.

Esta última reflexión haría surgir una pregunta: ¿el efecto de cosa juzgada tendría un efecto positivo desde la perspectiva victimodogmática? La doctrina mayoritaria ha venido negando el efecto positivo de la cosa juzgada en la jurisdicción penal. Así, VALENTÍN CORTÉS señala que “*el efecto positivo de la cosa juzgada no lo produce la sentencia penal, puesto que en el campo penal no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causas jurídico penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto*”⁸³⁸. Recuerda la posición de EMILIO GÓMEZ ORBANEJA respecto a la no consideración de efecto positivo de la cosa juzgada en el efecto excluyente del artículo 116 LECrim, sino que entiende que lo que se produce es “*la exclusión de la facultad (procesal) de hacerlo valer (el derecho de resarcimiento) judicialmente y que se falle sobre él*”. Siguiendo esta línea interpretativa hemos de considerar que desde una perspectiva victimológica la cosa juzgada en caso de sentencia firme implicaría la garantía de que no pueda volver a iniciarse un nuevo proceso penal sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad. Sin embargo, la cosa juzgada en el proceso penal despliega sus efectos únicamente en la jurisdicción penal. Así, siguiendo a

⁸³⁶ Hemos aclarado que entre la victimización y la victimidad aparece una presunción de victimidad que convive con la victimización y finaliza con la declaración de la victimidad, corroborando esa presunción o haciéndola desaparecer.

⁸³⁷ Vid. JIMENO BULNES, Mar, “El principio de Non bis in ídem en la Orden de Detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial”, en Andrés de la Oliva Santos (dir.) y Marien Aguilera Morales e Ignacio Cubillo López (coords.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, pp. 275- 294. Así como ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *El principio de “ne bis in ídem” en el derecho penal europeo e internacional*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

⁸³⁸ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, esp. p. 444.

VALENTÍN CORTÉS “*si un mismo hecho puede tener trascendencia en distintos órdenes o campos jurídicos, es evidente que no puede existir mecanismo formal alguno que pueda impedir su enjuiciamiento sucesivo desde los distintos y diversos puntos de vista que suponen esos diversos órdenes o campos jurídicos. Por eso, un mismo hecho puede originar la responsabilidad penal, junto con la civil o administrativa, o meramente corporativa, y por eso puede ser enjuiciado desde todos esos puntos de vista, sin que uno de este enjuiciamiento pueda evitar los demás*”⁸³⁹. Este punto de vista nos llevaría a profundizar en la vinculación de la sentencia penal en la jurisdicción civil. Resumiendo la jurisprudencia del TS

- Si la sentencia penal es absolutoria: *los hechos declarados probados en el procedimiento penal únicamente vincularían al juzgador civil cuando se hubiese considerado probada la inexistencia de los hechos denunciados o la falta de participación en los mismos del denunciado.*⁸⁴⁰

- Si la sentencia penal es condenatoria: los hechos declarados probados en vinculan a la jurisdicción civil pero esta jurisdicción puede calificar los hechos de forma independiente si resulta de la aplicación de normativas diferentes.

- Si la resolución es un auto de sobreseimiento provisional por no poder ser calificada la conducta de la parte demandada como típica, en el proceso civil pueden practicarse pruebas y llegar a conclusiones distintas en aras de determinar la responsabilidad civil⁸⁴¹.

Es un tema actual de debate el reconocimiento de este efecto positivo de la cosa juzgada en el proceso penal⁸⁴². Y es que el efecto constitutivo de la condición de víctima y con él, la posibilidad de ejercitar derechos reconocidos por el Estatuto de la víctima del delito (como el de recibir una indemnización) aparece ligado al efecto de cosa juzgada de la sentencia condenatoria firme. Si bien, en caso de sentencia absolutoria en la que se declaren como “probados” determinados “hechos” que no puedan ser calificados como delito, pero sí pueden tener cabida como infracción de otras ramas del Derecho, lo mismo en caso de sobreseimiento si los hechos son calificados de forma distinta o si se practican pruebas que lleven a otro resultado en la calificación de los hechos, tendríamos la posibilidad de que aparezca el reconocimiento de una victimización en sede no penal. Una prueba más de que el concepto de víctima

⁸³⁹ *Ibidem*, esp. p. 444.

⁸⁴⁰ STS 165/2017, de 8 de marzo, ECLI: ES:TS:2017:858, FJ.9.iv y v, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b76b25f04d15ab65/20170320> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁴¹ STS 532/2013, de 19 de septiembre, ECLI: ES:TS:2013:3611, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b8918a223b686403/20130715> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019) y mencionada en la STS 718/2013, de 26 de noviembre, ECLI: ES:TS:2013:5921, F.J.6, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c4911b852c65da2e/20140110> (Último acceso: 1 de diciembre de 2019).

⁸⁴² Interesante la tesis doctoral titulada “El efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada penal en el proceso penal” elaborada por Luis Miguel Pérez Aguilera y dirigida por Julio Banacloche Palao, en la Universidad Complutense de Madrid. Accesible en <https://eprints.ucm.es/47970/1/T40009.pdf> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

de la Directiva 2012/29/UE es insuficiente y restrictivo al vincularlo al concepto de “delito”.

La victimidad en caso de que se produzca un sobreseimiento provisional, sobre todo en los casos del apartado 2 del artículo 641 LECrim dado que el auto aludiría a la comisión de un delito sin que del sumario se extraiga “*motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores*”, se extendería temporalmente hasta que se solicite la reapertura de la causa en caso de que proceda cuando se produzcan nuevas investigaciones al respecto de quienes sean responsables de hecho delictivo. Esta situación podrá darse hasta que el delito prescriba. Una vez prescrito el delito, no será posible incoar un procedimiento por un delito prescrito.

La consecuencia inmediata para la víctima en caso de sobreseimiento provisional cuando se produzca la prescripción del delito cuya existencia se deduzca del sumario es una situación de falta de tutela de los derechos que haya vistos vulnerados como consecuencia del delito. Al menos de los derechos procesales, dado que podríamos valorar si ha podido disfrutar de otros derechos de corte asistencial o educativos. En caso de que se haya producido una falta de cumplimiento de los deberes relacionados con el concepto de debida diligencia elaborado por el TEDH, podrá, una vez agotados los recursos internos como previo presupuesto procesal, dirigirse al Tribunal de Estrasburgo para solicitar que se declare la vulneración del CEDH. En este caso, como ya hemos mencionado, no se dirimiría la posible victimidad que no fue investigada en sede nacional, sino si como consecuencia de esta falta de investigación se ha vulnerado algún artículo de la CEDH por parte del Estado. En concreto podría aludir a las obligaciones procesales del Estado relativas a realizar una investigación efectiva⁸⁴³.

No podemos dejar de señalar la difícil relación entre este artículo 641.2 LECrim española y el Considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE “*Se debe considerar que una persona es una víctima independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor*”. En el sistema procesal penal español la víctima sin autor del hecho criminal identificado podría no ver consagrada su victimidad en caso de no identificarse al autor. En caso de delitos de carácter sexual y delitos violentos, podríamos valorar la posibilidad de que fuera beneficiario/a de las ayudas reguladas en la Ley 35/95 de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, ya que el artículo 7 de dicha Ley al regular la prescripción de la acción establece que “*El plazo de prescripción quedará suspendido*

⁸⁴³ Precisos por la jurisprudencia del TEDH, recordemos la STEDH de 23 de abril de 2014, asunto *W. c. Eslovenia*, demanda 24125/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0123JUD002412506, apartado 41, accesible en [https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{"fulltext":\["24125/06"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-140030"\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019) y la STEDH de 9 de septiembre de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, demanda 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, esp. apartado 150, accesible en [https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{"fulltext":\["opuz"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-92945"\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso”. El sobreseimiento provisional como resolución firme provisional podría dar lugar que la víctima solicite estas ayudas. Más aún si consideramos que conforme a los artículos 9.2.b y c entre los datos que deben ser precisados se incluye la referencia a “b) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión. c) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad pública”. Es decir, por un lado, no se exige que haya sido calificado como delito según sentencia firme y, por otro lado, se exige una actitud procesalmente activa de la persona solicitante habiendo denunciado el hecho. Y más concretamente, “e) Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2.º ó 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente”.

Como decimos, existe la posibilidad de que exista una victimización sin que alcance el estatus de victimidad. Pensemos en el reconocimiento en una resolución de que una determinada persona ha sufrido una serie de daños y perjuicios sin que los hechos de los que derivan o la actuación de la persona que los ocasiona puedan ser calificados como delitos. El sistema jurídico procesal se interesaría únicamente por la finalización de la victimidad, esto es una victimización reconocida y que despliega efectos procesales. Y esto se debe a que, como veremos, en el Capítulo Séptimo, la dificultad de determinar en qué momento (y por medio de qué acto) una persona ha sido reparada de la vulneración sufrida, aconseja asociar las consecuencias del hecho de sufrir un delito, a la esfera procesal en que ha quedado reconocida *de lege* esa victimidad en base a los principios de legalidad y seguridad jurídica declarados constitucionalmente. Además, en todo caso, se entiende que la terminación de la condición de víctima es posible en términos de reparación, necesaria en términos de estado psíquico y exigida atendiendo a los efectos de cosa juzgada de la sentencia condenatoria del hecho victimizante que declara la victimidad y confirma la victimización.

Refiriéndonos brevemente a la reparación de la victimización, la extensión temporal de la victimización vendría asociada a la forma en que se materialice esa reparación. En este sentido nos encontramos con la dificultad de analizar si una victimización puede ser reparada y qué significa que sea reparada. En términos generales podríamos afirmar que la victimización queda reparada cuando la víctima sea colocada en la situación previa en que se encontraba antes de la victimización. La dificultad e/o inconveniencia de que esto se produzca sobre todo en casos de crímenes contras las personas es notoria. El ejemplo de la jurisprudencia de la CIDH en cuanto a sentencias con un contenido reparatorio de carácter simbólico nos muestra formas de

reparación “a perpetuidad” como la edición de un libro bibliográfico (caso de *Rosendo Radilla Pacheco*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 354) o la construcción de un monumento (asunto *González y Otras (campo algodónero) c. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009)⁸⁴⁴.

Asimismo, la colocación de la víctima en el estado anterior al hecho delictivo obvia situaciones de vulnerabilidad en las que la víctima sería insertada de nuevo en condiciones objetivamente victimizantes obviando la capacidad transformadora de otras formas de reparación⁸⁴⁵. Estos ejemplos llaman la atención sobre el hecho de la variedad de las formas de reparación a las víctimas aunque hay quienes pueden entender que son formas de potenciar la memoria de las víctimas, más que formas de reparación. Si la víctima muere nunca podrá ser reparada si entendemos por reparación la colocación de la víctima en el estado previo en que se encontraba cuando sufrió el delito y si entendemos la reparación como un hecho personal y autopercebido. Sin embargo, dos críticas aparecen en este momento. Una de ellas se refiere a que, si se dejara en manos de las víctimas la confirmación de su propia reparación y esto fuera lo determinante para declarar a terminación de la victimización, estaríamos privatizando un asunto público como es el de las consecuencias jurídicas de los actos delictivos. Por otro lado, la Victimología que surge con los estudios y teorías insertados en la segunda ola ha sido criticada por no haber prestado atención a la víctima furiosa, vengativa o que experimenta sentimientos de ira o rencor. La crítica señala que las profesiones de ayuda y asistencia a las víctimas han recogido ese interés institucional en que las víctimas sean presentadas como pasivas y conformes, que experimentan miedo, vulnerabilidad, desprotección y que pueden sufrir una gran variedad de síndromes catalogados por la Psiquiatría (síndrome de estrés postraumático, síndrome de la mujer maltratada, síndrome de Estocolmo, trastorno de identidad disociativo). Lo que VAN DIJK entiende que ha transformado la etiqueta de la víctima de “como aquella que no debe tomar revancha”, en “aquella que necesita ayuda profesional por sus miedos y depresión”⁸⁴⁶. Esto puede ser visto por la mayoría de víctimas como un estado del que salir de forma rápida. VAN DIJK entiende que desde “*la Victimología orientada al tratamiento convierten en un estatus de vulnerabilidad duradero. Una estigmatización secundaria*”⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Vid. RUIZ LÓPEZ, Cristina, “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fin de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, *La ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario* 2017, n. 127, <https://diariolaley.laleynext.es>

⁸⁴⁵ *Ibidem*, Recoge la valoración de PABLO DE GREIFF, para quien “*la manera como tradicionalmente los jueces evalúan los daños (...) tiende a castigar a las personas más pobres, a quienes tienen menores niveles de educación y a quienes han sufrido discriminación histórica, entre ellos notoriamente las mujeres. (...) Tradicionalmente, el impacto económico de una violación de un derecho se hace en parte (lucro cesante), en función de la posición económica de la persona vulnerada*”, En DÍAZ GÓMEZ, Catalina, “La reparación de las mujeres víctimas: una oportunidad de transformación” en Javier Dorado Porras (ed.), *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, Dykinson, Madrid, pp. 151-180.

⁸⁴⁶ VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp. p. 18.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, esp. p.18. (Traducción propia).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

En esta línea, hemos de realizar dos consideraciones a la mencionada STSJA 1098/2019, de 28 de mayo de 2019⁸⁴⁸. Como hemos mencionado con anterioridad, en esta sentencia se concedía una pensión de viudedad a una mujer basándose en el reconocimiento de su condición de víctima de violencia de género en sede judicial social, es decir, sin sentencia condenatoria, en base al artículo 220.1 de la Ley General de la Seguridad Social⁸⁴⁹. En primer lugar, el reconocimiento de este derecho de carácter económico es, sin duda, un ejemplo, de reconocimiento de la victimización sin victimidad procesal penal. De ahí su carácter meramente social. En segundo lugar, a la hora de valorar si para conceder este derecho a la pensión de viudedad en caso de víctimas de violencia de género se ha exigir que los hechos victimizantes hayan tenido lugar antes de la separación judicial y mantenerse hasta que se haya dictado sentencia, o si es suficiente con que se hayan perpetrado antes de dictar sentencia. El ponente expresamente afirma *“La víctima de violencia de género no deja de serlo nunca respecto del sujeto que se la ha ejercido. Podrá dejar de ser objeto de malos tratos por parte de ese sujeto, pero no dejará de ser su víctima de violencia de género. Otra interpretación sería admitir que sólo estaría eximida del cumplimiento del requisito de percibir pensión compensatoria la víctima que hubiera visto fracasar todos los medios legales de protección, lo que no parece razonable ni adecuado”*. En base a este razonamiento se concede la pensión de viudedad. Un razonamiento victimodogmático (que adopta un enfoque desde el paradigma de los derechos de las víctimas) que compartimos, y que, sin embargo, puede ser criticado precisamente desde la Victimología orientada al tratamiento por suponer, como manifestaba VAN DIJK, un “estatus de vulnerabilidad duradero”.

A este respecto y como ejemplo de ayudas a las víctimas de prolongado alcance temporal, podemos mencionar que las ayudas educativas que en España reciben las víctimas de terrorismo de conformidad con la Ley 29/2011, como la exención de tasas académicas, se reciben durante la vida académica de la víctima o hijo/a que haya sufrido daños como consecuencia de ésta.

Con todo lo anterior, podemos decir que si el derecho a la reparación de la victimización nace una vez se confirme la victimidad presunta, y así se acredite la victimidad a través de la sentencia condenatoria en un proceso penal, la ejecución de la sentencia marcaría la finalización de la victimidad desplegando los efectos de cosa juzgada formal y material⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ STSJA 1098/2019, de 28 de mayo de 2019, ponente: Francisco José de Prado Fernández, ECLI: ES:TSJAS:2019:1361, <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b3262d72b8de1278/20190614> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁴⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE de 31 de octubre de 2015, n. 261, pp.103291-103519, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁵⁰ Interesa subrayar a este respecto los obstáculos que se encuentran las víctimas para recibir la totalidad de las cantidades fijadas en las indemnizaciones acordadas. Vid.SOLETO MUÑOZ, Helena y GRANÉ CHÁVEZ, Aurea, *La reparación económica a la víctima en el sistema de Justicia*, Dykinson, Madrid, 2018.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

Ahora bien, el carácter material de la cosa juzgada ha sido matizado por el TEDH como así veremos en el epígrafe 2.2.

2.1 Cosa juzgada formal y jurisprudencia de tribunales superiores: TEDH y TJUE

En este momento, podríamos diferenciar si la victimidad está jurídicamente constituida por medio de una sentencia que ha entrado a conocer el fondo del asunto, o si no existe resolución de fondo sino de carácter instrumental por medio de una resolución, por ejemplo, auto en el sistema procesal español o resolución inadmitiendo la incoación de un asunto. En el primer supuesto actuaría confirmando la presunción de victimidad en el segundo supuesto haría decaer esta presunción. En ambos casos la resolución desplegaría efectos desde la firmeza de la resolución. Ahora bien, el efecto de *res iudicata* como manifestación del principio de autonomía procesal de los EEMM puede ser regulado de forma dispar en los EEMM. En el derecho alemán, por ejemplo, la cosa juzgada impide no solo un nuevo examen en un ulterior litigio sino también que se examinen asuntos que aun pudiendo haber sido tratados en el litigio primigenio, no lo fueron.

Con todo ello hemos de realizar una importante aclaración. El carácter formal de la cosa juzgada ha sido matizado por el TJUE. Así, el TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de que el tratamiento de los efectos de *res iudicata* supusiera una vulneración de la legislación europea en el Caso C-505/14 en el que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal del Land en Münster, Alemania⁸⁵¹. La pregunta planteada por el Land era si la aplicación del Derecho de la UE se opone a que el efecto de cosa juzgada declarado por una autoridad nacional aplicando su derecho nacional impida la declaración de nulidad de unos contratos celebrados en vulneración de la legislación europea. En este sentido el TJUE, en primer lugar, recordaba la finalidad del principio de *res iudicata* “*con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos*”⁸⁵². Asimismo, recordaba la exigencia de que los EEMM hagan una interpretación de la legislación nacional conforme al Derecho europeo⁸⁵³ y los límites de esta exigencia⁸⁵⁴, declaraba que el “*Derecho de la*

⁸⁵¹ STJUE de 11 noviembre de 2015, asunto *Klausner Holz c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-505/14 ECLI:EU:C:2015:742, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62014CJ0505> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁵² Apartado 38.

⁸⁵³ STJUE (Gran Sala) de 18 de julio de 2007, asunto *Lucchini*, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, apartado 60, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2007:434> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). Así, la mencionada STJUE (Sala Segunda) de 11 de noviembre de 2015, C-505/14, “*el principio de interpretación conforme exige que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por éste*” (apartado 34).

*Unión no obliga en todos los casos a un órgano jurisdiccional nacional a inaplicar las normas procesales nacionales que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho de la Unión en que hubiera incurrido la resolución de que se trate*⁸⁵⁵ y que “*este sistema no puede ser menos favorable que el correspondiente a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)*”⁸⁵⁶ y con todo ello establece que “*El Derecho de la Unión se opone a que, en circunstancias como las del litigio principal, la aplicación de una norma de Derecho nacional que tiene la finalidad de consagrar el principio de cosa juzgada impida al juez nacional que haya comprobado que los contratos objeto del litigio de que conoce constituyen una ayuda de Estado, en el sentido del artículo 107 TFUE, apartado 1, ejecutada infringiendo el artículo 108 TFUE, apartado 3, tercera frase, extraer todas las consecuencias de esa infracción debido a la existencia de una resolución judicial nacional firme que, sin examinar si dichos contratos establecen una ayuda de Estado, declaró que éstos siguen en vigor.*”

Una postura que previamente había sido mantenida en el asunto C-213/13 y declaraba que “*En la medida en que las normas procesales nacionales aplicables lo autoricen, un tribunal nacional como el tribunal remitente, que se haya pronunciado en última instancia sin que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya conocido previamente del asunto con carácter prejudicial, con arreglo al artículo 267 TFUE, debe o bien completar la cosa juzgada mediante su resolución anterior que dio lugar a una situación opuesta a la normativa de la Unión sobre contratos públicos de obras, o bien reconsiderar esa resolución, con objeto de tener en cuenta la interpretación de esa normativa efectuada posteriormente por dicho Tribunal de Justicia*”⁸⁵⁷.

Una importante capacidad de alterar el efecto de cosa juzgada (faceta formal) de las sentencias de los EEMM si éstas se producen en vulneración de la legislación europea y/o si el TJUE no se ha pronunciado con anterioridad mediante la resolución de una cuestión prejudicial. Si bien en este último caso, con la transcendental puntualización previa de “*En la medida en que las normas procesales nacionales*

⁸⁵⁴ Límites marcados por los principios generales del Derecho y que no sirva de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional así por ejemplo en STJUE (Gran Sala) de 15 de enero de 2014, asunto *Association de médiation sociale*, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, apartado 39, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2014:2> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁵⁵ Apartado 39.

⁸⁵⁶ Apartado 40. En cuanto al principio de efectividad el TJUE declara que “*el Tribunal de Justicia ya ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, así como del desarrollo y de las peculiaridades de éste, ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento*”.

⁸⁵⁷ STJUE (Sala Segunda) de 10 de julio de 2014, asunto *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0213&from=EN> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

aplicables lo autoricen”. Lo que subraya la interconexión entre ordenamientos procesales nacionales y la jurisprudencia de Tribunales internacionales.

En este sentido, si la finalización del estatus de víctima se hiciera depender del efecto de cosa juzgada de la sentencia firme, en sede del TEDH podríamos encontrarnos con casos como el del *Fuentes Bobo*⁸⁵⁸. Este periodista de Televisión Española fue despedido tras realizar unas críticas a su empleador. El TEDH entendió que se había vulnerado el artículo 10 CEDH, libertad de expresión, dado que el despido había sido considerado por la legislación nacional como “procedente”. El demandante obtuvo la indemnización que estableció la STEDH⁸⁵⁹ y, además, se dirigió a su antigua empresa solicitando ser readmitido o que se le pagara la indemnización correspondiente por despido improcedente. Ninguna de estas solicitudes fue admitida por su antigua empresa. Cuando Fuentes Bobo interpuso una demanda en la jurisdicción social se encontró con la excepción de cosa juzgada dado que su caso ya había sido resuelto con sentencia firme en España. A nivel interno español, esta incongruencia procesal (obtener por parte del TEDH una sentencia favorable a las pretensiones pero no tener incidencia práctica en la arquitectura procesal española) fue paliada con la introducción del artículo 5 bis en la LOPJ conforme a la LO 7/2015, y del apartado 3 del artículo 953 LECrim, por medio de la Ley 41/2015, que establecen que “*Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión*”.

Nótese que esta última consideración implica la necesidad analizar el caso concreto para evaluar si entraña efectos persistentes y que no cesen en el tiempo. Además, en los relativamente recientes recursos que han llegado al TS los efectos otorgados a las sentencias STEDH varían dependiendo de si se declara la vulneración de un derecho sustantivo (por ejemplo, la libertad de expresión) o de un Derecho Procesal. En el primer caso el TS es proclive a anular la sentencia, mientras que en el segundo caso el TS analiza el vicio procesal concreto y los efectos desplegados en el caso (por ejemplo, STS 2493/2015, de 19 de mayo⁸⁶⁰, tras la STEDH asunto *Serrano Contreras c. España* de 20 de marzo de 2012⁸⁶¹, derivada de la condena en segunda instancia sin

⁸⁵⁸ STEDH de 29 de febrero de 2000, 39293/98, asunto *Fuentes Bobo c. España*, ECLI:CE:ECHR:2000:0229JUD003929398, accesible en <https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-162542%22>; (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁵⁹ Que ascendió a “*1 millón (1.000.000) de pesetas españolas en concepto de perjuicio material y daño moral, y 750.000 (setecientos cincuenta mil) pesetas españolas por costas y gastos menos 6.600 (seis mil seiscientos) francos franceses ya percibidos por el demandante en concepto de beneficio de justicia gratuita ante el Tribunal;*” (Fallo.3).

⁸⁶⁰ STS 2493/2015, de 19 de mayo, Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, ECLI: ES:TS:2015:2493, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7d58917039b31aad/20150622> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁶¹ STEDH de 20 de marzo, asunto *Serrano Contreras c. España* ECLI:CE:ECHR:2012:0320JUD004918308, accesible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-109995%22>; (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

audiencia al condenado). Asimismo, el TS español no mantiene un criterio homogéneo en cuanto a si retrotraer las actuaciones al momento donde se produjo la vulneración de derechos (por ejemplo, en la STS 1162/2015, de 12 de marzo de 2015⁸⁶², tras la STEDH en el asunto *Almenara Álvarez c. España* de 25 de octubre de 2011⁸⁶³, tras la condena en segunda instancia sin audiencia al condenado) o si toma la decisión por sí mismo (por ejemplo, en la STS 1483/2017, de 19 de marzo de 2017, tras la STEDH en el asunto *Rodríguez Ravelo* de 12 de enero de 2016, en la que se declaraba la vulneración de artículo 10 CEDH por la condena del acusado por realizar críticas a un juez)⁸⁶⁴.

En este punto, conviene mencionar que en la modificación de la legislación española solo se mencionaban las sentencias del TEDH. De hecho, el TS se ha pronunciado en contra de extender el ámbito de aplicación del recurso de revisión a sentencias de otras instituciones internacionales como en el ATS 3620/2016, de 25 abril, respecto de la resolución del Comité de DDHH de NNUU de 20 de julio de 2000 en la que se declaraba vulnerado el artículo 14.5 del PIDCP.

2.2 El concepto material de víctima y su matización por el TEDH

En el ámbito del Consejo de Europa el TEDH perfila un concepto de víctima con un carácter evolutivo y casuístico. En esta labor interpretativa, a su vez, el TEDH ha precisado qué se entiende por “justa satisfacción”. Este término nos remite a la reparación de la victimización. Esto es, al aspecto material del efecto de cosa juzgada desde una perspectiva victimodogmática.

Sin embargo, aún dicho todo lo anterior hemos de realizar una aclaración. En sede del Consejo de Europa el estatus de víctima está desvinculado del sufrimiento de un perjuicio. En la legitimación activa individual admitida por el TEDH, el artículo 34 CEDH dispone que “*el TEDH podrá conocer de una determinada demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos*”. Es interesante que el CEDH introduzca la incidencia de la autopercepción de la victimización (“se considere víctima”) y que constituya un concepto autónomo de victimización desvinculada de una infracción penal. Un concepto autónomo de victimidad, ser víctima de la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, que el TEDH ha venido manteniendo que ha de interpretarse con independencia de su definición en cada Estado signatario.

⁸⁶² STS 1162/2015, de 12 de marzo, ECLI: ES:TS:2015:1162, Ponente: Juan Saavedra Ruiz, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c705e3961eb6b824/20150407> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁶³ STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, ECLI:CE:ECHR:2011:1025JUD001609608, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-107419"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁶⁴ Gran parte de esta información ha sido obtenida en la *website* del Consejo de Europa accesible en <http://help.elearning.ext.Consejo.de.Europa.int/course/view.php?id=1709#section-5> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

El TEDH exige la existencia de “un nexo suficientemente directo entre el demandante y el perjuicio que estima haber sufrido debido a la violación alegada”⁸⁶⁵. En la necesidad de perfilar este concepto autónomo, el TEDH se ha decidido por una “interpretación evolutiva (...), sin excesivo formalismo pudiendo conectarse directamente este requisito procesal con el fondo del asunto, de manera que la condición formal de víctima se examina desde el punto de vista de la existencia sustantiva de la violación alegada”⁸⁶⁶.

Así, interrelacionando el concepto de reparación y el tratamiento de la temporalidad de la condición de víctima en el TEDH, interesa la STEDH en el asunto *Siliadin c. Francia*⁸⁶⁷ en la que, en un caso de esclavitud laboral en servicios domésticos, el Gobierno de Francia aducía la pérdida de la condición de víctima de la demandante (una nacional francesa de origen togolés). El Gobierno argumentaba que la solicitante no había recurrido la resolución que condenaba a sus “empleadores” y que por tanto no podía alegar la falta de condena en base a otro artículo del Código Penal francés (apartado 53). Además, el Gobierno mantenía que la situación administrativa de la demandante había sido regularizada y había recibido un permiso de residencia y de estudios en Francia con lo que la demandante no podía considerarse víctima de conformidad con el artículo 34 del CEDH⁸⁶⁸. El TEDH aclaraba que el concepto de víctima denota a la persona directamente afectada por un acto u omisión en cuestión y que la existencia de una violación de la CEDH era concebible incluso sin la existencia de perjuicio dado que éste es solo relevante en el contexto del artículo 24. De esta forma, “una decisión o medida favorable a la demandante no es en principio suficiente para privarle del estatus de víctima a menos que las autoridades nacionales hayan reconocido una violación del CEDH, ya sea expresamente o materialmente y luego hayan concedido una reparación”⁸⁶⁹. Una importante apreciación que realizaba el TEDH era que “el argumento del Gobierno en el que se alegaba que la demandante había perdido su condición de víctima plantea dudas sobre las disposiciones del Derecho Penal francés sobre la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio y la manera en que los tribunales nacionales interpretan esas disposiciones.

⁸⁶⁵ DE PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, Urquiola; DEL PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, José María, “Capítulo XXII. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (II). Régimen procesal”, en Juan Ignacio Signes de Mesa (dir.), *Derecho Procesal Europeo*, Iustel, 2019, pp. 623-649, esp. p. 627.

⁸⁶⁶ *Ibidem*. esp. p. 628.

⁸⁶⁷ STEDH de 26 de octubre de 2005, asunto *Siliadin c. Francia*, demanda 73316/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁶⁸ “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”.

⁸⁶⁹ Párrafo 62, traducción propia Vid. STEDH de 25 de junio de 1996, asunto *Amuur c. Francia*, demanda 19776/92, apartado 36, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext":\["Amuur"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57988"\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) y STEDH de 28 de octubre de 1999, asunto *Brumărescu c. Rumanía*, demanda 28342/95, apartado 50, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext":\["Brumărescu"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58337"\]](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

Esas preguntas están estrechamente relacionadas con los argumentos de la demanda de la demandante. En consecuencia, el Tribunal considera que deberían examinarse con arreglo a la disposición sustantiva del Convenio invocado por el solicitante” (párrafo 63). Es decir, de la propia argumentación del Gobierno, el TEDH realizaba un análisis de cómo era la regulación nacional del tema concreto subrayando la necesidad de respetar el CEDH.

Interesa asimismo la STEDH en el asunto *O’Keeffe c. Irlanda*⁸⁷⁰ en la que el TEDH declaraba que *“incluso suponiendo que una indemnización por daños y perjuicios a su favor podría quitarle el estatus de víctima a la demandante, (...) la Gran Sala considera que aún puede alegar ser víctima de una violación de la Convención en lo que respecta a sus quejas sobre el hecho de que el Estado no la haya protegido o no le haya brindado un recurso efectivo al respecto.”* (apartado 114). El TEDH volvía a declarar que *“una decisión o medida favorable al solicitante no es, en principio, suficiente para privarlo de su condición de "víctima" a los efectos del artículo 34 del Convenio, a menos que las autoridades nacionales lo hayan reconocido, ya sea expresamente o en sustancia, Reparar el incumplimiento de la Convención”* (apartado 115). En esta sentencia se hacía referencia a una importante matización relativa a que *“El estatus de víctima de la solicitante también puede depender del nivel de compensación otorgado a nivel nacional, teniendo en cuenta los hechos que el solicitante reclama ante el Tribunal”*. A este respecto en la STEDH de 1 de junio de 2010, caso *Gäfgen c. Alemania*⁸⁷¹, declaraba que *“En cuanto a la reparación que es apropiada y suficiente para remediar una violación de un derecho de la Convención a nivel nacional, el Tribunal generalmente ha considerado que esto depende de todas las circunstancias del caso, teniendo en cuenta, en particular, la naturaleza de la violación de la Convención (...)”*.

En esta sentencia, el TEDH dejaba sentadas las dos medidas que debían darse para considerar como “suficiente” una reparación: una investigación exhaustiva y efectiva que suponga la identificación y enjuiciamiento de los presuntos responsables y una indemnización o la posibilidad de solicitar y obtenerla (apartado 116).

Podemos ver el alcance práctico de estas consideraciones en la ya mencionada STEDH en el asunto *O’Keeffe c. Irlanda* en la que el TEDH señalaba *“Mientras que el Tribunal Superior otorgó más de 300,000 euros a la demandante, solo pudo recuperar aproximadamente el 10% de esta cantidad, incluso después de los procedimientos de ejecución. Dada la edad de la persona condenada al pago, el nivel de los pagos*

⁸⁷⁰ STEDH de 28 de enero de 2014, asunto *O’Keeffe c. Irlanda*, demanda 35810/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/Consejo de EuropaRMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805a32bb> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁷¹ STEDH de 1 de junio de 2010, asunto *Gäfgen c. Alemania*, párrafos 115 a 118, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, accesible <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22G%C3%A4fgen%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-99015%22%5D%7D> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). (Traducción propia).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

mensuales fijos y el hecho de que el principal activo de ésta es una casa familiar, las perspectivas de recuperar el resto de esta cantidad siguen siendo mínimas” (apartado 119) *“Por estas razones (...), la Gran Sala considera que la demandante todavía puede alegar ser víctima de una vulneración por parte de la Estado, en base a los artículos 3 y 13, protegiéndola de malos tratos y proporcionarle un recurso interno al respecto”* (apartado 120).

En el asunto *Gjini c. Serbia*⁸⁷², el Gobierno serbio mantenía que el solicitante ya no podía ser considerado con el estatus de víctima al haber obtenido una resolución judicial que fijaba una compensación por daños no pecuniarios. El demandante afirmaba que la cantidad de la compensación no era suficiente. En el apartado 54 el TEDH reiteraba su jurisprudencia acerca de la connotación de la palabra “víctima” referida en el artículo 34 CEDH y que, *“una decisión o medida favorable a un solicitante no es, en principio, suficiente para privarlo de su condición de “víctima”*. En este caso la víctima había recibido una indemnización que el TEDH consideraba inferior a la interpretación del TEDH respecto a la “satisfacción justa”⁸⁷³ y por tanto, entendía el TEDH que el demandante podría ser considerado aún víctima en términos materiales del artículo 3 CEDH (párrafo 56).

Asimismo, en la STEDH en el asunto *Demjanjuk c. Alemania*⁸⁷⁴ se otorga el estatus de “víctima” a una viuda y al hijo del difunto al ser los herederos y tener interés legítimo en el reembolso de los gastos ocasionados por la defensa del finado sin que llegara a recaer sentencia condenatoria en la fase de apelación, y por ello, aunque finalmente la sentencia no fuera favorable a sus pretensiones, se admitió la demanda.

⁸⁷² STEDH de 15 de enero de 2019, asunto *Gjini c. Serbia*, demanda 1128/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0115JUD000112816, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22fulltext%22:%22Gjini%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-189168%22> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁷³ STEDH de 5 de junio de 2018, asunto *Artur Ivanov c. Rusia*, demanda. 62798/09, párrafo 19, ECLI:CE:ECHR:2018:0605JUD006279809, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22appno%22:%2262798/09%22,%22itemid%22:%22001-183367%22> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). En su párrafo 19 remite a la jurisprudencia del TEDH recogida en la STEDH de 29 de septiembre de 2008, asunto *Wsserman c. Rusia*, párrafo 49, demanda 21071/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0410JUD002107105 y en concreto *“El Tribunal ha identificado los siguientes criterios que pueden afectar la eficacia, la adecuación o la accesibilidad de tal recurso: (i) una acción de compensación debe ser escuchada dentro de un tiempo razonable (ii) la compensación debe pagarse con prontitud y, en general, a más tardar seis meses después de la fecha en que la decisión de concesión de la indemnización se haga ejecutable; (iii) las normas de procedimiento que rigen una acción de compensación deben cumplir con el principio de imparcialidad garantizado por el artículo 6 del Convenio; (iv) las reglas relativas a las costas legales no deben imponer una carga excesiva a los litigantes cuando su acción esté justificada; (v) el nivel de compensación no debe ser irrazonable en comparación con los laudos otorgados por el Tribunal en casos similares”*, (Traducción propia), accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22appno%22:%2221071/05%22,%22itemid%22:%22001-85833%22> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁷⁴ STEDH de 24 de enero de 2019, asunto *Demjanjuk c. Alemania*, demanda 24247/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0124JUD002424715, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22fulltext%22:%22Demjanjuk%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-189423%22> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019). El marido y padre de la demandante y del demandante respectivamente, fue condenado por el Tribunal Regional de Munich II en primera instancia a cinco años de prisión por el asesinato de al menos 28.060 personas como guarda del campo de exterminio Sobibór. El condenado murió con anterioridad a que el Tribunal Federal resolviera el recurso planteado por su representación procesal y por la fiscalía.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

En este momento interesa mencionar el caso de la STEDH en el asunto *E. B. c. Rumanía*⁸⁷⁵. El TEDH declaraba que la demandante había visto vulnerados sus derechos reconocidos en los artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 8 (derecho al respeto a la vida privada y a la vida familiar) CEDH como consecuencia de una inadecuada investigación ante su denuncia de haber sufrido una violación al haber sido determinante la falta de resistencia por parte de la presunta víctima y no haber sido considerada su ligera discapacidad intelectual, lo que ha determinado la privación de sus derechos procesales, la imposibilidad de que las leyes nacionales respecto a los derechos de las víctimas sean efectivas en el castigo y enjuiciamiento de los delitos sexuales y la falta de adecuación del ordenamiento jurídico rumano a la luz de los estándares internacionales como el Convenio de Estambul. Para lo que nos interesa en este momento, este caso pone de relieve cómo en sede del TEDH se puede declarar la victimidad de una persona que no ha obtenido tal reconocimiento en sede nacional. La indemnización que el TEDH estableció para la víctima trata de resarcir la vulneración del CEDH por parte de su Estado en la investigación de un presunto delito. En definitiva, esta demandante es víctima de que su Estado no haya investigado si es víctima de violación. Si Rumanía no ha adoptado el instrumento interno para reconocer el efecto de las sentencias del TEDH, el efecto de cosa juzgada de la sentencia que resolvió su caso impedirá que pueda dilucidarse si fue o no víctima de un delito de violación.

Pero aún más interesante son aquellos casos en los que el TEDH ha admitido la categoría de “víctima potencial”. Siguiendo a URQUIOLA DE PALACIO y JOSÉ MARÍA URQUIOLA DE PALACIO, podemos encontrar las siguientes situaciones:

“-cuando el demandante no se encontraba en condiciones de demostrar que la legislación que le incrimina le ha sido efectivamente aplicada debido al carácter secreto de las medidas que éste autoriza,

-cuando una ley para la represión de actos homosexuales es susceptible de aplicarse a una cierta categoría de la población, en la que se incluye el demandante,

*-En casos de alejamiento forzoso de extranjeros, acordadas pero no todavía ejecutadas, cuando su ejecución expondría a los interesados a sufrir, en el país de envío, malos tratos contrarios al artículo 3 (...) o violarían el derecho al respeto de la vida familiar (...)”*⁸⁷⁶. Una categoría victimal a la que aludirían todas aquellas disposiciones procesales penales que regulan la posibilidad de acordar medidas cautelares de protección⁸⁷⁷.

Aun así, y a pesar de la incidencia del efecto de cosa juzgada de las resoluciones en un nivel nacional, podemos concluir que la sujeción de la terminación de la

⁸⁷⁵ STEDH de 19 de marzo de 2019, asunto *E.B. c. Rumanía*, demanda 49089/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0319JUD004908910, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"itemid":\["001-191749"\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁷⁶ DE PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, Urquiola; DEL PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, José María, “Capítulo XXII. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, op. cit. esp. p. 629.

⁸⁷⁷ Vid. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, 2018.

condición de víctima tanto a los efectos de cosa juzgada (perspectiva procesal de la victimidad) como al concepto de reparación (perspectiva material de la victimización), como hemos precisado son matizados tanto por el TJUE como por el TEDH.

Así, no toda resolución firme impide que el asunto sea revisado (sin efecto de cosa juzgada formal) ni toda indemnización reparatoria es considerada “justa satisfacción”. Matizaciones que permiten establecer las siguientes precisiones. En primer lugar, el efecto de *res iudicata* de una sentencia de una autoridad nacional no impide su revisión si afecta a legislación europea y su efectividad queda condicionada a una previa interpretación del derecho europeo por el TJUE (siempre que así lo permita la legislación nacional) y la concesión de una reparación por parte de una autoridad nacional no es óbice para que el TEDH considere a una persona demandante “víctima” de una violación del CEDH por parte de un Estado signatario de conformidad con el artículo 34 CEDH o de un derecho en su faceta material si la indemnización no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH referida al concepto de “justa satisfacción”. Quizás como mantiene MARC GROENHUIJSEN “el Sistema penal de Justicia no ofrece un lugar apropiado para responder las demandas legítimas de las víctimas de delitos”⁸⁷⁸.

Con todo ello, podemos aseverar que una persona es víctima de un delito desde que sufre los daños y perjuicios de un delito (victimización) y así es declarado por una resolución judicial (victimidad). Sin embargo, no siempre toda victimización tiene efectos legales penales. O bien por la existencia de una sentencia absolutoria firme, la prescripción de un delito o de la pena impuesta, o bien por el archivo o sobreseimiento definitivo del asunto. Desde una perspectiva procesal, estaríamos ante un *iter victima* incompleto insertado en un *iter procesal* completo. Más allá de este punto, esa victimización como hecho, como situación de facto, podría derivarse a otros organismos e instituciones que ofrecieran asistencia a la persona que haya sufrido los daños y perjuicios.

Esta victimidad como situación *de lege* se extendería temporalmente hasta la ejecución de la sentencia condenatoria firme que haya alcanzado la autoridad de cosa juzgada. Esta ejecución nos remitiría por tanto a dos elementos claves para la Victimología y el sistema procesal. A saber, la reparación justa y los efectos de cosa juzgada. Si bien, como hemos manifestado, ambos conceptos son moldeados por la jurisprudencia europea.

3.- Presunción de Victimidad vs. Presunción de Inocencia

⁸⁷⁸ (Traducción propia), GROENHUIJSEN, Marc S., “Conflicts of victims interests and offenders rights in the criminal justice system: A European perspective”, en Chris Sumner (ed.), *International victimology: Selected papers from the 8th International Symposium*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1996, pp. 163-176, p. 173, cita textual “the criminal justice system does not provide the appropriate forum to honour all legitimate claims by victims of crime”.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

Podemos considerar que la situación previa a la resolución judicial abarcaría una situación cubierta por una presunción *iuris tantum* de victimidad⁸⁷⁹. Una presunción *iuris tantum* que quedaría corroborada con una sentencia condenatoria firme o un sobreseimiento provisional (en determinados supuestos dada la importancia del Considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE)⁸⁸⁰ y que, dejaría de tener efecto con una sentencia absolutoria firme o un sobreseimiento libre⁸⁸¹.

Esta situación jurídica determina que en el mismo espacio temporal conviva una presunción de victimidad y una presunción de inocencia para cada uno de los actores procesales actuantes en el proceso penal. Ambas presunciones operan afirmando, por un lado, que “una persona puede ser reconocida como víctima con anterioridad a que una sentencia determine la existencia de un delito e impute la responsabilidad penal a una persona” y, por otro lado, que “nadie es culpable de un delito hasta que una sentencia así lo declare”. Ahora bien, si una víctima es quien sufre una infracción penal pero ésta aún no ha sido constatada por medio de sentencia que atribuya responsabilidad penal a otra persona, física o jurídica, ¿esta presunción de victimidad vulneraría el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada?. Asimismo ¿hasta cuándo operaría esta presunción de victimidad? Para responder a la primera pregunta hemos de centrarnos en cómo se acredita la victimidad para que ésta pueda ser presumida *iuris tantum* y, en segundo lugar, cuándo queda vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

3.1 Efectos de la presunción de victimidad

Y así, nos encontramos con que la presunción de victimidad se encuentra recogida en algunos ordenamientos de los EEMM de forma diversa e indirecta. Así, por ejemplo, hay quienes lo entienden recogido en el artículo 288(2) del Código Procesal Penal de Países Bajos que establece “*El magistrado presidente se encargará de velar por que la*

⁸⁷⁹ Esta expresión “presunción de victimidad” apareció en LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, FONSECA LUJÁN, Roberto Carlos, “Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad”, *Revista de Criminología* 2016, vol.58 n.2, pp. 209-222. Si bien la utilizamos con anterioridad a la lectura de este artículo, consideramos oportuno apuntar que había sido utilizada con un carácter previo. También aparece en la literatura en lengua inglesa. Así, por ejemplo, PACIOCCO, David M., “Why the Constitutionalization of Victim Rights Should Not Occur”, *Criminal Law Quarterly* 2005, n.49, pp.393-431, esp. pp. 393 y 396.

⁸⁸⁰ Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2003. La autora recuerda que tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen que los autos de sobreseimiento provisional carecen de fuerza de cosa juzgada material (por no ser definitivos) pero sí despliegan una eficacia intraprocesal, la cosa juzgada formal. Lo que determina que “*la obligación de mantener paralizada la causa hasta que no aparezcan datos o informaciones nuevas*” permitiendo “*salvar el estado de duda originado en los supuestos de insuficiencia probatoria*”. Esta consideración determina que la presunción de victimidad no quede corroborada por medio de un auto de sobreseimiento provisional, pero tampoco destruida como sí sucedería con un sobreseimiento libre o una sentencia absolutoria firme. Vid. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1972.

⁸⁸¹ En el sistema procesal penal español, según el contenido, el sobreseimiento puede ser Libre (1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. 3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.-art.637 LECrim-). Despliega los efectos de cosa juzgada y Provisional (1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. 2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores. -artículo. 641 LECrim-).

*víctima, su representante (...) o los familiares supervivientes reciban el trato adecuado*⁸⁸². Este precepto encuentra su homólogo en prácticamente el resto de disposiciones procesales penales de los EEMM puesto que se refiere al concepto de “*interactional justice*” y en la mayoría de los casos aparecen directamente mencionadas como “víctimas”⁸⁸³. Si bien, esta conceptualización es matizada en otros ordenamientos en los que específicamente se utiliza una forma indirecta de reconocer la victimidad “adelantada” como en el artículo 65 del Código Penal austriaco que señala que los derechos procesales son reconocidos en personas que hayan podido ser agraviadas por un delito⁸⁸⁴.

Así también aparece en el Considerando 11 de la Directiva 2011/99/UE sobre la OEP incluye la expresión “víctimas o posibles víctimas”, lo que nos sitúa en el ámbito de la posibilidad de victimidad con un alcance de presunción *iuris tantum* que analizábamos en el anterior epígrafe. La presunción de inocencia quedaría protegida por medio de la necesidad de audiencia a la persona causante del peligro, la posibilidad de contradicción y de impugnación.

Hablar de presunción de victimidad supone adoptar un enfoque garantista de los derechos y garantías del acusado. Desde una postura más tendente a la protección y atención a las víctimas, este concepto podría ser criticado por la posibilidad de que suponga una revictimización de la víctima. Sin embargo, es, a su vez, un término que trata proteger a quienes hayan sufrido un daño o perjuicio de una expectativa desdibujada sobre el proceso penal y sus aspiraciones personales sobre la Administración de la Justicia. Además, si desde el primer momento procesal, o preprocesal, fueran oficialmente denominadas víctimas se les haría creer de forma falsa que sus declaraciones serán tomadas como veraces sin necesidad de aplicar ningún criterio o parámetro en la fase de la valoración de la prueba. Esto sí causa una victimización terciaria a evitar desde el primer momento⁸⁸⁵. De la misma forma que con la denominación de sospechoso/a o presunto culpable en la cultura jurídica actual y el grado de asimilación social del concepto nadie entiende que se vulnere su derecho a la presunción de inocencia, el desarrollo de los postulados victimodogmáticos y su

⁸⁸² (Traducción propia), cita textual: *The presiding judge shall be responsible for ensuring that the victim, his representative (...) or the surviving relatives is/are treated appropriately*, accesible en http://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/2014%20seminars/Omsenie/WetboekvanStrafvordering_ENG_PV.pdf (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁸³ En LAXMINARAYAN, Malini, HENRICH, Jens, PEMBERTON, Antony, “Procedural and Interactional Justice: A Comparative Study of Victims in the Netherlands and New South Wales”, *European Journal of Criminology* 2012, n.260, pp. 260-275, esp. p. 261, los autores señalan tres categorías sobre las que medir el índice de satisfacción de las víctimas con la justicia. A saber, la justicia procesal, justicia interpersonal y justicia informacional.

⁸⁸⁴ Referido en BROWN, Darryl K., IONTCHEVA TURNER, Jenia, WEISSER, Bettina, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, 2019, esp. p. 273.

⁸⁸⁵ Este tipo de victimización ha sido denominado por el Centro para el estudio y prevención de la delincuencia de la Universidad Miguel Hernández de Elche como *victimización de cuarto nivel o ex-post Attendentes*. Vid. Crimina. Centro para el estudio y prevención de la delincuencia de la Universidad Miguel Hernández de Elche, 2017, *Término CRIMIPEDIA: Victimización de cuarto nivel o ex-post attendentes*, accesible en <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2017/08/Victimizacion%C3%B3n-de-cuarto-nivel-o-ex-post-attendentes.-Alfonso-Monfort-Palacios.pdf> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

interiorización en la sociedad supondrán que una persona denominada presunta víctima no considere, por esta mera denominación, que sus derechos están siendo vulnerados.

Por otra parte, este concepto de presunción de victimidad es reconocido y empleado en la jurisprudencia. Así, en la STS 749/2018, de 20 de febrero⁸⁸⁶ el propio TS español se refiere en su F.J. 8 a la víctima como “presunta víctima”.

Podemos realizar dos observaciones al respecto de esta sentencia. Por un lado, hemos de remarcar la existencia del reconocimiento de esta presunción de victimidad de forma indirecta por vía jurisprudencial. Por otro lado, tratándose de un recurso de casación y dirigiéndose al condenado en la instancia como recurrente, podríamos valorar la posibilidad de que en esta fase procesal la víctima sea denominada “víctima recurrida/recurrente” manifestando el respeto por la acreditación de su victimidad en la fase de instancia. Si bien, en caso de que entendamos que esta presunción de victimidad se confirma por medio de la firmeza de la sentencia, desplegando los efectos de cosa juzgada, entenderíamos correcto el apelativo utilizado en fase de casación.

En cualquier caso, la importancia del establecimiento de un periodo de tiempo anterior a la sentencia condenatoria donde la víctima pueda ser considerada presunta víctima estriba en la necesidad de, por un lado, respetar los derechos de la persona encausada, por otro lado, las garantías y principios del proceso penal, y, finalmente, reconocer desde el primer momento los derechos de la persona que ha sufrido las consecuencias perjudiciales (victimización) y que podría ser reconocida como víctima con la resolución que ponga fin al proceso (victimidad).

La mejora de los derechos de las víctimas de delitos comporta una serie de modificaciones legislativas y de prácticas profesionales (judiciales, fiscales, policiales, etc.) que modifican la configuración del proceso penal en su conformación clásica liberal. Estas transformaciones son analizadas desde varias perspectivas según se focalice en unos elementos u otros como son los fines del proceso penal, el respeto a las garantías del proceso, los derechos y garantías de la persona acusada o los derechos de las víctimas.

Señala VAN DIJK que la correlación “*más derechos de las víctimas implica sentencias más severas*” está basada en una serie de suposiciones como el uso de la víctima metafórica en la retórica política y acusatoria. Esto es, la recurrente apelación a actuar siguiendo los intereses de las víctimas o los prejuicios relativos a los intereses de las víctimas centrados en sentencias severas y ansias de poder en el proceso penal⁸⁸⁷. A

⁸⁸⁶ STS 749/2018, de 20 de febrero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:524, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8679969&links=valor%20probatorio%20del%20testimonio%20de%20la%20victima&optimize=20190304&publicinterface=true> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁸⁷ El autor pone como ejemplo algunas leyes en Estados Unidos que llevan el nombre de víctimas como la *Megan's Law*, *Jenna's Law* y el *Brady Bill*. Algunas reacciones en contra del uso del nombre de las víctimas para proponer la aprobación de leyes con penas más severas se encuentran en la fundadora de la asociación “*Mothers against Drunk Driving*” quien criticó la nueva dirección de la organización. Asimismo, el autor menciona numerosas investigaciones

este respecto, MARC GROENHUIJSEN apunta tres conclusiones en cuanto a la relación entre los intereses de las víctimas y los intereses de las personas acusadas. En primer lugar, que los intereses comunes no han de ser tratados como si fueran idénticos porque pueden no compartir las mismas finalidades (el autor pone de ejemplo la reparación. Teniendo un sentido instrumental para la persona acusada y material para la víctima). En segundo lugar, que en el movimiento a favor de las víctimas, el autor lo personifica en el *European Forum for Victim Assistance*, esta labor a favor de las víctimas no implica un detrimento de las personas acusadas. En tercer lugar, que el proceso penal no debe ser convertido en un asunto de tres partes dado que, si se le colocara como adversario/a de la defensa, los efectos negativos serían más intensos que los positivos. En último lugar, apelaba por una “carta” de derechos de las víctimas a nivel europeo⁸⁸⁸.

La consecuencia inmediata del establecimiento de la presunción de victimidad es que la persona que ha sufrido los daños o perjuicios podrá ejercitar la mayoría de los derechos reconocidos en la Directiva 2012/29/UE⁸⁸⁹. Otros derechos solo podrán ejercitarse una vez una sentencia condenatoria atribuya la responsabilidad penal y civil a una determinada persona física o jurídica. Estos derechos son el derecho al reembolso de gastos, derecho a la restitución de bienes y el derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal.

Sin embargo, respecto a este último derecho, debemos poner de manifiesto que es posible que este último derecho se reconozca de forma provisional. Así conforme al artículo 25.2 del Real Decreto 738/1997 de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁸⁹⁰ “*Cuando se trate del reconocimiento de una ayuda provisional, deberá quedar acreditada la existencia de indicios razonables de un hecho que revista caracteres de delito doloso violento o contra la libertad sexual, mediante el informe del Ministerio Fiscal previsto en el artículo 10.3, párrafo c), de la Ley*”. En este punto hay que poner de manifiesto el reconocimiento de otros derechos, no procesales, basados en la

empíricas que alejan los intereses de las víctimas de ese arquetipo de víctima que quiere controlar el proceso, la toma de decisión e imponer sentencias de carácter extremadamente punitivo. VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit. esp. p.20.

⁸⁸⁸ GROENHUIJSEN, Marc S., “Conflicts of victims interests and offenders rights in the criminal justice system: A European perspective”, op. cit., esp. pp. 174-175. Nótese que se trata de un texto escrito 16 años antes de la Directiva sobre víctimas de 2012.

⁸⁸⁹ Específicamente, derecho a entender y ser entendido, derecho a recibir información del primer contacto con una autoridad competente, Derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia, Derecho a recibir información sobre su causa, derecho de interpretación y traducción, derecho de acceso a los servicios de apoyo a la víctima, Apoyo prestado por servicios de apoyo a las víctimas, derecho a ser oído, Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procedimiento, derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora, derecho a la justicia gratuita, derechos de las víctimas residentes en otro Estado miembro, derecho a la protección , derecho a evitar el contacto entre la víctima y el delincuente, derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones criminales, derecho a la protección de la intimidad, evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección, derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante los procedimientos penales, derecho a protección de menores víctimas durante procesos penales.

⁸⁹⁰ BOE de 27 de mayo de 1997, n. 126, pp. 16244-16265, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/05/23/738> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

condición de víctima de violencia de género en los que no se exige sentencia condenatoria por violencia de género. Nos estamos refiriendo a, por ejemplo, el artículo 220.1 de la Ley General de la Seguridad Social que establece “*En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*”. En base a este artículo, la STSJA 1098/2019, de 28 de mayo de 2019⁸⁹¹, revocó la sentencia del juzgado de lo Social n.4 de Gijón, y declaró el derecho de la recurrente a la prestación por viudedad en base a que los Hechos declarados probados recogían “*una minuciosa y suficientemente detallada existencia de diversos episodios de violencia en el seno del matrimonio*”. Así, constaban el contenido de las denuncias presentadas por la actora, la atención en centros públicos dedicados a la violencia de género”.

Esta consecuencia determina que entendamos que siempre que una acreditación de victimidad no despliegue efectos penales en el sentido de insinuar directamente que una persona ha cometido un delito, y se limite sus efectos a los ámbitos civiles, penales, administrativos o laborales, podrá ser declarada de, además de por una autoridad judicial, por otros entes como la fiscalía, la policía, los servicios sociales o las oficinas de atención a las víctimas.

3.2 Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

Tras la exposición anterior, conviene hacer una referencia a un aspecto transcendental para el desarrollo del proceso penal y para la persona acusada: el derecho a la presunción de inocencia⁸⁹².

Con todo lo anterior, la crítica más recurrente subraya la vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la persona sospechosa de haber cometido el hecho victimizante.

Cuando se acusa a una persona de haber cometido un delito rige el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Este derecho fundamental está recogido en los textos europeos e internacionales como los 47 y 48 CDDFF, el artículo 6 CEDH,

⁸⁹¹ STSJA 1098/2019, de 28 de mayo de 2019, ponente: Francisco José de Prado Fernández, ECLI: ES:TSJAS:2019:1361, <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b3262d72b8de1278/20190614> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁹² Vid. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal: (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch, Barcelona, 1984; SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl Gabriel y BALLESTEROS SASTRE, Blas (dirs.), *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, así como ARNAIZ SERRANO, Amaya, “Prueba de cargo y presunción de inocencia”, op. cit., pp. 17-70 y LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “El proceso penal como sistema de garantías (IV): la presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio”, *Diario La Ley* 2013, n.8121, <https://diariolaley.laleynext.es/>

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

artículo 11 de la DDDHH, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (artículos 9, 14,15), la Convención Americana sobre derechos humanos (artículos 7, 8, 9) o la Carta Africana sobre derechos de las personas y los pueblos (artículos 3, 6, 7).

La importancia del reconocimiento y respeto de este derecho está en la base de la arquitectura procesal acusatoria de cualquier Estado de Derecho y sobre su garantía descansa en gran medida la conceptualización del denominado debido proceso⁸⁹³.

En la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio⁸⁹⁴, parte de una importante matización en cuanto a su ámbito de aplicación *“La presente Directiva únicamente debe aplicarse al proceso penal (...) no debe aplicarse ni a los procedimientos civiles ni a los administrativos”*. En esta línea, el artículo 2 establece que la Directiva se aplica a las *“personas físicas que sean sospechosas o acusadas en procesos penales. Es aplicable a todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión.”* Teniendo presente esta limitación material, se realiza una interesante consideración en cuanto a cuándo se considera vulnerada la presunción de inocencia. Su Considerando 16 establece que *“Se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley.”*

En cuanto a las declaraciones de autoridades públicas, referidas en el artículo 4, el Considerando 17 especifica que se incluyen a autoridades que participen en el proceso penal (judiciales, policiales, otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública como ministros y otros cargos públicos)⁸⁹⁵. Y en este sentido, el artículo 4 prescribe que *“mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo”*.

⁸⁹³ Vid. MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit. y ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 11ª edición, 2018.

⁸⁹⁴ DOUE de 11 de marzo de 2016, n.L 65, pp. 1-11 Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343> (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

⁸⁹⁵ Así lo declaraba el TEDH en casos como STEDH de 21 de febrero de 2019, asunto *Lolov y Otros c. Bulgaria*, demanda n. 6123/11, ECLI CE:ECHR:2019:0221JUD000612311, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"fulltext":\["Lolov"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-189957"\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019) remite a otros asuntos en el punto 62.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

En referencia a las resoluciones judiciales que no fuesen de condena, el Considerando 16 *in fine* precisa que “*Se entiende, asimismo, sin perjuicio de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en sospechas o pruebas de cargo, como las resoluciones relativas a la prisión preventiva, siempre y cuando no se refieran al sospechoso o acusado como culpable. Antes de adoptar una resolución preliminar de carácter procesal, la autoridad competente debe comprobar previamente que existen suficientes pruebas de cargo contra el sospechoso o acusado que justifiquen la resolución de que se trate, y la resolución podría contener una referencia a dichas pruebas*”.

Este considerando 16, el TJUE tuvo ocasión de interpretarlo en el asunto *RH*, siendo dictado el Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de febrero de 2019⁸⁹⁶.

Interesa asimismo apuntar que conforme al artículo 2 de la Directiva, la presunción de inocencia opera “*desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal, o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final sobre si la persona ha cometido o no la infracción penal en cuestión.*”

Lo que se entienda por ser sospechosa o estar acusada dependerá del sistema procesal de cada Estado miembro. Por esta falta de homogenización procesal penal, en este punto es interesante subrayar la concepción material, no formal, en el ámbito del Consejo de Europa con que el TEDH entiende la expresión “estar acusado/a”. Siguiendo su propia interpretación⁸⁹⁷. En el asunto *Blokhin c. Rusia*⁸⁹⁸ en su apartado 179 el TEDH señalaba que conforme a los denominados como “Criterios Engel” se entiende por “*criminal charge*”; primer criterio: si así está regulado en la legislación nacional (es decir, si se denomina a la acusación con un carácter formal); segundo criterio: la naturaleza del delito y tercer criterio: naturaleza y nivel de severidad de la pena.

Es interesante que el TEDH atribuya un concepto autónomo tanto para el concepto “*charge*” como “*criminal*”. Los tres criterios anteriores servirían para definir como “*criminal charge*” distintas formas de afectación de la situación de una persona. Por ejemplo, siguiendo con esta visión material del concepto “*cargos*”, aun a pesar de que el TEDH lo define como “la notificación oficial dada a una persona por la autoridad

⁸⁹⁶ Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de febrero de 2019, asunto *RH*, C-8/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:110, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=presunci%25C3%25B3n%2Bde%2Binocencia&docid=210780&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2958507#ctx1> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁹⁷ Consejo de Europa, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb)*, 30 de abril de 2019, accesible en https://www.echr.Consejo de Europa.int/documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁸⁹⁸ STEHD de 23 de marzo de 2016, asunto *Blokhin c. Rusia*, demanda n. 47152/06, ECLI:CE:ECHR:2016:0323JUD004715206, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"itemid":\["001-161822"\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

competente de la alegación de que ha cometido un delito”⁸⁹⁹, el TEDH ha entendido la existencia de “cargos”o acusación cuando una persona es arrestada bajo sospecha de haber cometido un delito, si una persona sospechosa es interrogada sobre su involucración en actos constitutivos de delitos y si una persona que ha sido interrogada respecto a su involucración en un delito sin importar si ha sido formalmente tratada como es testigo. Sin embargo, una persona interrogada en el contexto de un control fronterizo si no existe una sospecha razonable de que ha cometido un delito no puede ser considerado como cargos penales o acusación. Junto con esta interpretación, cobra importancia la matización que realiza el TEDH de los tres criterios. Sobre todo, respecto del segundo, entendiendo por “naturaleza del delito”, se toman en consideración los siguientes factores:

- Si la disposición legal en cuestión está dirigida únicamente a un específico grupo o si se trata de una prohibición de carácter general.
- Si los procedimientos están instituidos por un organismo público con poder coercitivo.
- Si la norma legal es punitiva o de efecto disuasorio.
- Si la norma legal busca proteger intereses generales de la sociedad generalmente protegidos por el Derecho Penal.
- Si la imposición de una sanción depende de una declaración de culpabilidad.
- Cómo de comparable son los procesos clasificados por los Estados Parte del Consejo de Europa.

Esta referencia a la conceptualización autónoma que realiza el TEDH sobre la situación jurídica de “estar acusado/a” es importante dado su carácter material, no formal. De ahí que podamos entender que cualquier resolución, decisión, documento cualquiera que sea su denominación y que comporte una acreditación de la victimidad, o reconocimiento de victimización o establecimiento de la presunción de victimidad, en la esfera nacional y como consecuencia de la implementación de la Directiva 2012/29/UE y su exigencia de vinculación con un delito, podría comportar una referencia directa o indirecta de la autoría criminal. Y en ese momento, analizado desde la perspectiva material del TEDH, esta precisión tiene especial incidencia para nuestro interés dado que, teniendo presente la posibilidad de dirigirse al TEDH considerando la violación del derecho a un juicio justo del artículo 6 CEDH, a la hora de adoptar medidas cautelares en casos de violencia de género, se necesitarán aportar determinadas resoluciones que recojan el riesgo de vulneración de los derechos de la víctima. Así, la Directiva 2011/99/UE sobre la OEP, en su Considerando 8 señala que “*En la presente Directiva se toman en consideración las diversas tradiciones jurídicas de los Estados miembros, y el hecho de que se puede garantizar una protección eficaz mediante órdenes de protección dictadas por una autoridad distinta de un órgano jurisdiccional penal. La*

⁸⁹⁹ (Traducción propia). Textualmente: *the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence*, así, en el STEDH de 15 de julio 1982, asunto Eckle c. Alemania, demanda 8130/78, punto 73, ECLI:CE:ECHR:1982:0715JUD000813078, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"itemid":\["001-57476"\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

presente Directiva no establece la obligación de modificar los sistemas nacionales para adoptar medidas de protección, ni de establecer o modificar un ordenamiento jurídico penal para ejecutar una orden europea de protección.” Asimismo, su Considerando 10 precisa que “Para 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.” Una cuestión que ha sido aludida con anterioridad pero que su alusión en este momento es oportuna en cuanto a la posibilidad de vulneración de la presunción de inocencia.

En su Considerando 22 de las Directiva 2016/343/UE también se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia *“si la carga de la prueba se traslada de la acusación a la defensa, sin perjuicio de las posibles potestades de proposición de prueba de oficio del órgano jurisdiccional, ni de la independencia judicial a la hora de apreciar la culpabilidad del sospechoso o acusado, ni tampoco de la utilización de presunciones de facto o de iure relativas a la responsabilidad penal de un sospechoso o acusado.”*

En el ya mencionado asunto *Demjanjuk c. Alemania*, el TEDH declaraba la no vulneración del artículo 6 CEDH en la decisión del Tribunal Regional II de Munich de no reembolsar los gastos ocasionados por la defensa del recurrente fallecido antes de que recayera resolución definitiva. La viuda e hijo del fallecido, condenado en primera instancia por el asesinato de 28,060 personas en un campo de concentración, entendían que se había producido una vulneración del artículo 6.1 CEDH al impedirles acceder a la justicia y del artículo 6.2 CEDH al vulnerar la presunción de inocencia de su familiar. Centrándonos en este último motivo, el TEDH entendió que negar el reembolso de los gastos ocasionados por la defensa de quien, condenado en primera instancia, fallece antes de la decisión definitiva sobre su culpabilidad, no atenta contra su derecho a la presunción de inocencia *per se*. Entiende el TEDH que lo que habría de ser analizado es si la decisión de no reembolsar, incluyendo el lenguaje empleado en la resolución, contiene una conclusión de culpabilidad (apartado 38). En el asunto en cuestión esta conclusión de culpabilidad no aparecía en la resolución del Tribunal Regional según entendía el TEDH dado que incluía la frase *“incluso en ausencia de una declaración de culpabilidad concluyente, en el contexto de la decisión discrecional que se adopte”*⁹⁰⁰.

Desde una visión española respecto a la presunción de inocencia, de conformidad con la STS 223/2019 de 29 de abril de 2019 en sede casacional el TS establece el deber de *“verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber*

⁹⁰⁰ (Traducción propia). cita textual” *even in the absence of a conclusive finding of guilt, in the context of the discretionary decision to be made*”, STEDH de 24 de enero de 2019, asunto *Demjanjuk c. Alemania*, demanda 24247/15, accesible en <https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración;)⁹⁰¹. Esta descripción de la significación de la presunción de inocencia tiene un carácter marcadamente procesal. Junto a él, desde los años 90 se viene defendiendo una visión más amplia que incluya la naturaleza extraprocesal de este derecho y principio. Esto es, como “*derecho protector de la dignidad personal frente a cualquier acción sancionatoria o limitativa de derechos, impuesta al margen del proceso judicial*”⁹⁰².

Con todo ello, ligando este epígrafe con los anteriores, hemos de señalar que las únicas medidas que pueden tener incidencia en la esfera de la persona a la que se le pueda atribuir la responsabilidad del hecho que ha causado el daño o perjuicio son las medidas de carácter civil y penal que se adopten para proteger a las presuntas víctimas. Éstas serían, por tanto, las únicas medidas, las civiles o penales, que podrían vulnerar el principio de inocencia. Sin embargo, ni siquiera en este caso podríamos considerar que esta vulneración ocurre dado que incluso en la Directiva de 2016 se exceptúan las resoluciones preliminares de carácter procesal adoptadas por las autoridades judiciales u otras competentes y que se basen en sospechas o prueba de cargo siempre que no se refieran al sospechoso como culpable. Medidas de carácter cautelar de protección de las víctimas basadas en la presunción de victimidad que en ningún caso vulneraría la presunción de inocencia de la persona sospechosa.

4.- La superposición del *iter victima* en el *iter procesal*

En definitiva, la presunción de victimidad, previa constatación de la existencia de un hecho victimizante, es una categoría jurídica necesaria que corrobora la necesidad de que la victimidad sea declarada a través de una sentencia condenatoria en un proceso penal. Ahora bien, atendiendo a la anterioridad en el tiempo en que comienza el *iter victima* (desde que se produce el hecho victimizante sea o no sea percibido por la víctima como tal) con respecto al *iter procesal*, esta presunción de victimidad ha de desplegar sus efectos en distintas esferas: laborales, administrativas, civiles, penales, asistenciales. La necesidad de “declarar” la presunción de victimidad mientras que la presunción de inocencia no necesita ser declarada deriva del hecho de que la presunción de victimidad necesita de actos positivos para su materialización. En este punto podríamos valorar la exigencia de que la presunción de victimidad sea declarada por medio de resolución judicial si ésta afectara a la presunción de inocencia o incluso, aunque no la afectara, como garantía de oficialidad, una resolución judicial revestida de las garantías procesales que conlleva. Sin embargo, de todas las esferas mencionadas,

⁹⁰¹ STS 223/2019 de 29 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1415, ponente: Francisco Monterde Ferrer, FJ 3.2 accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8757421&statsQueryId=114977243&calledfrom=searchresults&links=presunción%20de%20inocencia&optimize=20190513&publicinterface=true> (Último acceso: 6 de diciembre de 2019).

⁹⁰² OVEJERO PUENTEM Ana María, “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, *Teoría y Realidad Constitucional* 2017, n. 40, pp. 431-455, esp. p. 432.

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

las únicas en las que las medidas acordadas pueden afectar a la persona que podría estar protegida por la presunción de inocencia son las esferas penal y civil. El resto se materializan en medidas que se dirigen únicamente a la situación de la persona victimizada. Por este motivo, en los distintos ordenamientos jurídicos de los EEMM encontramos disposiciones que declaran la condición de víctimas con efectos administrativos y laborales, mientras que en aquellos supuestos que entrañen medidas penales o civiles que afecten a la persona que la víctima (o la investigación policial) señale como posible responsable exigen una resolución judicial.

Si bien la preocupación por las víctimas desde una perspectiva social y asistencial comenzó a cobrar significancia a mitad del siglo XX, la consideración de la situación procesal de las víctimas es un asunto presente en la doctrina y la jurisprudencia nacional, europea e internacional desde principios del S.XXI. Este nuevo objeto de estudio se combina con los temas en que se focaliza la actual corriente de estudios victimológicos y la denominada cuarta ola del movimiento a favor de los derechos de las víctimas. De esta forma se interrelacionan el etiquetamiento victimal y la institucionalización de los derechos de las víctimas. En este contexto se presenta la necesidad de conceptualizar qué se entiende por víctima, cómo se acredita esta situación y hasta qué momento temporal una persona puede ser considerada víctima de conformidad con la legislación procesal y las interpretaciones jurisprudenciales.

Aclarando y criticando el concepto restrictivo de “víctima” que prescribe la Directiva 2012/29/UE limitándolo al ámbito penal, un concepto no homogéneo en los EEMM de la UE, hemos partido de una diferenciación entre victimización, como situación de facto, y de victimidad, como situación *de lege*. Posteriormente hemos diferenciado tres situaciones por las que podrá encontrarse durante el *iter procesal* una persona que haya sufrido un daño y perjuicio y pueda ser considerada víctima de un delito: la constatación de la victimización, el establecimiento de la presunción de victimidad y la acreditación de la victimidad. Esta triple diferenciación pretende, por un lado, superponer la situación fáctica del *iter victima* con la situación procesal del *iter procesal*, y por otro lado, adoptar una visión garantista tanto respecto de las víctimas alejándolas de las expectativas desdibujadas que puedan desarrollar sobre la Administración de Justicia, como respecto de quienes puede ser declarada su responsabilidad por acciones u omisiones tipificadas que ocasionaron los daños y perjuicios denunciados, cuya presunción de inocencia es la base sobre la que se constituye el denominado proceso debido que todo Estado de Derecho ha de respetar y garantizar.

Con todo ello, hemos analizado cuándo la presunción de victimidad puede ser declarada por autoridades no judiciales como servicios sociales, fiscalía o la policía, la temporalidad de la victimización como derecho de las víctimas a ver reparadas las consecuencias materiales del delito para lo que es necesario el análisis de la ejecución de la sentencia una vez declarada la victimidad, y de la victimidad como categoría procesal asociada a los efectos de cosa juzgada, matizada por el TEDH en su carácter

CAPÍTULO 4. – La victimidad como categoría procesal

material (“justa satisfacción”) y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su carácter formal (efecto de “*res iudicata*”). Lo que nos lleva a afirmar que mientras que la victimidad finaliza porque es una categoría procesal, la victimización no tiene un contorno temporal procesal delimitado de forma precisa puesto que depende de factores que no se asocian directamente con el proceso judicial como pueden ser los derivados de la importancia de la autopercepción de la victimización (no considerarse víctima aun habiendo sido así declarado en una sentencia o por el contrario, considerarse víctima aun habiendo sido ya ejecutada la sentencia condenatoria por la que se le reconocen determinados derechos como el derecho a obtener una indemnización). Esta última consideración permite combinar una postura tendente a una denominada justicia interaccional que se base en el respeto con que la Administración de Justicia debe tratar a las personas (una victimización que puede no alcanzar el estatus de victimidad, y no ser, de esta forma, declarada por sentencia, sin que se niegue la existencia de un daño o perjuicio) con una postura firme en defensa de la legalidad y del respeto de los principios del proceso debido. En definitiva, la superposición del *iter victima* y del *iter procesal*⁹⁰³.

⁹⁰³ Un estudio más en profundidad podría relacionar las teorías psicológicas sobre las situaciones de las víctimas y sus procesos de cambio y su interrelación con el proceso penal. Por ejemplo, la teoría del modelo de cambio de James Prochaska y Carlo DiClemente referida en GARRIDO GENOVÉS, Vicente (dir.), Tratado de Criminología forense I. La criminología forense y el informe criminológico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, esp. 652-655.

TERCERA PARTE

GÉNERO Y VÍCTIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO 5.- VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA EN EL GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Perspectiva penal: delimitación conceptual

Conviene comenzar este epígrafe justificando la necesidad de abordar el concepto de violencia contra las mujeres por razones de género aun siendo un tema que desde una perspectiva nacional española quedaría insertado en el Derecho Penal, rama que analiza las tipificaciones y, por ende, quién puede ser víctima o sujeto pasivo de un terminado hecho típico. Sin embargo, participamos de la definición de “Derecho Penal europeo” que propone KAI AMBOS como “*todas aquellas normas y prácticas de Derecho Penal y procesal penal basadas en el derecho y las actividades de la UE (derecho europeo en sentido estricto) y del Consejo de Europa (derecho europeo en sentido amplio) y que conducen (o apuntan a conducir) a una armonización generalizada del derecho (procesal) penal nacional*”⁹⁰⁴. Como apuntábamos en el Capítulo Primero, entiende este autor que aun no existiendo “*un Derecho Penal o sistema de justicia europeo integral y autónomo*” sí hay un sistema “*cuasi-general*” que “*conecta los ámbitos específicos que denomina “micro-sistemas” como el Derecho Penal armonizado, los instrumentos de reconocimiento mutuo, el sistema de derechos humanos*”⁹⁰⁵. A lo que añadiríamos la uniformidad hermenéutica por vía judicial que impone una determinada interpretación a los preceptos europeos. Ello provoca la existencia de lo que se denomina un Derecho Penal nacional europeizado, es decir, influenciado por el derecho europeo como pusimos de manifiesto en el Capítulo Segundo. Una influencia muy dispar dependiendo de la materia y del Estado Miembro en concreto. Es por este motivo por lo que la posibilidad de comparar legislaciones (procesales) penales entre los EEMM es muy limitada y, en palabras de KAI AMBOS, “*defectuosa*”⁹⁰⁶.

Esta complejidad se acentúa cuando existe tal disparidad en la conceptualización de los delitos en que se materializa la violencia contra las mujeres. La labor del EIGE recopilando las definiciones legales de formas de violencia de género en cada Estado Miembro pone de relieve la preocupante realidad de la falta de definiciones comunes en los EEMM sobre formas de violencia contra las mujeres por razón de género como la violencia por parte de la pareja, la violación, la MGF, la agresión sexual (excluyendo la violación), el matrimonio forzado, el acoso sexual o el acoso⁹⁰⁷. Preocupación que queda a su vez agudizada por las diferentes traducciones a los idiomas oficiales de determinados conceptos jurídicos como las traducciones de *harassment* y *stalking* (como así sucedió con la traducción al español del delito de trata y el delito de tráfico).

⁹⁰⁴ AMBOS, Kai, *El Derecho Penal Europeo*, op. cit. esp. p.64.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, esp. p.65.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, esp. p.66.

⁹⁰⁷ Vid. <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu> (Último acceso: 15 de octubre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

1.1 Definición de violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

La necesidad de contar con unos estándares comunes fue puesta de manifiesto por la Comisión Europea en la Conferencia celebrada el 4 de diciembre de 2018 titulada “*Ending violence against women-taking stock and next steps*”. Y en concreto en su informe apuntaba la necesidad de desarrollar estándares transfronterizos, cambiar actitudes y combatir estereotipos⁹⁰⁸.

Con todo, la labor del EIGE es de una aportación esencial para contar con datos estadísticos, impulsar mejoras legislativas y señalar los aspectos a mejorar y los aspectos a potenciar. En este sentido, en la página del EIGE podemos acceder a un interesante “*index game*” donde conocer qué supone ser mujer u hombre en un determinado Estado Miembro. Así, por ejemplo, respecto a España se ofrece la siguiente información



Figura n. 24. *Index Game*. España. Fuente: EIGE, <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/game/ES/W> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁰⁸ Comisión Europea, “*Report on equality between women and men in the EU*”, 2019, esp. p.44, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2019_en_0.pdf (Último acceso: 14 de marzo de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Si elegimos otro Estado Miembro, por ejemplo, Polonia⁹⁰⁹, accedemos a la siguiente información



Figura n.25. *Index Game*. Polonia. Fuente: EIGE, <https://eige.europa.eu/gender-equality-index/game/PL/W> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

Centrándonos en la violencia como manifestación de la discriminación, el primer instrumento internacional que abordó la violencia contra las mujeres fue la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 de NNUU⁹¹⁰. Dio por primera vez una definición a la “violencia contra la mujer” como “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”. Considerándola por primera vez como una violación de los DDHH.

⁹⁰⁹ La elección en concreto de España y Polonia está basada en que aun teniendo ambos Estados asignados/as 51 miembros en el Parlamento Europeo, presentan grandes diferencias políticas e históricas entre ellos lo que nos permite tener dos percepciones distintas respecto a la información que aporta el “*index game*” del EIGE. No obstante, se sugiere visitar la página mencionada para conocer la situación en otros EEMM.

⁹¹⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, accesible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

El Consejo de Europa definió la violencia contra las mujeres en su Recomendación (2002)⁵ adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002⁹¹¹ como “*cualquier acto violento por razón del género que resulta, o podría resultar, en daño físico, sexual o psicológico o en el sufrimiento de la mujer, incluyendo las amenazas de realizar tales actos, coacción o la privación arbitraria de libertad, produciéndose éstos en la vida pública o privada.*”

Este instrumento es de gran significación dado que supuso el primer instrumento jurídico internacional en formular un marco de actuación integral para luchar contra la violencia de género⁹¹².

La definición que utiliza la Dirección General de Justicia y Consumidores de la UE⁹¹³ sobre violencia basada en el género es la de “*violencia dirigida contra una persona debido a su género (incluyendo la identidad/expresión de género) o como violencia que afecta de manera desproporcionada a las personas de un género en particular*”⁹¹⁴. Esta definición supone que no se inserte en la *International Classification of Crime for Statistical Purposes*⁹¹⁵ puesto que en esta clasificación internacional se agrupan algunos de los delitos en que se materializa la violencia por razones de género como homicidio y asesinatos, pero no la especificación de la motivación o su afectación desproporcionada a un determinado grupo de víctimas. Es por ello por lo que el EIGE ha remarcado la necesidad de contar con definiciones armonizadas, así como datos comparables a nivel europeo, especificar cada forma de violencia contra las mujeres en la recolección administrativa de los datos, señalar los vacíos y desafíos en la recolección administrativa de datos y abordar la falta de informes y registros⁹¹⁶.

Siguiendo el Convenio de Estambul, habría que diferenciar la violencia contra las mujeres de la violencia doméstica. Por violencia contra las mujeres se ha de entender conforme al artículo 3.a “*una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar*

⁹¹¹ Accesible en <https://rm.Consejo.de.Europa.int/09000016805e2612> (último acceso 3 de agosto de 2018)

⁹¹² HAGEMANN-WHITE, Carol y BOHN, Sabine, *Protecting women against violence. Analytical study on the effective implementation of Recommendation Rec(2002)5 on the protection of women against violence in Council of Europe member States*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs – Consejo de Europa, Estrasburgo, 2007, esp. p. 7.

⁹¹³ Vid. website https://ec.europa.eu/info/departments/justice-and-consumers_es (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹¹⁴ (Traducción propia). Textualmente: “*violence directed against a person because of that person's gender (including gender identity/expression) or as violence that affects persons of a particular gender disproportionately*”.

⁹¹⁵ Desarrollado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen desde 2015 con el propósito de agrupar los delitos en categorías para realizar estadísticas sobre los delitos alrededor del mundo. Vid. Informe “Monitoring EU crime policies using the International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)” <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8820510/KS-GQ-18-005-EN-N.pdf/b945c6d4-2ba1-4818-9d5b-c3737f4004a1> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹¹⁶ (Traducción propia). EIGE, *Crime and criminal justice statistics on violence against women (VAW). Good practices on administrative data collection on VAW*, 2017, accessible en <https://eige.europa.eu/publications/crime-and-criminal-justice-statistics-violence-against-women-vaw-good-practices-administrative-data-collection-vaw> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;”. Por violencia doméstica según el apartado b del artículo 3 “*todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima*”. A estas definiciones hay que añadir la de la letra d “*violencia contra las mujeres por razones de género*” como “*toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada*”. Una definición que introduce una importante delimitación conceptual: afectar de forma desproporcionada a las mujeres. Lo que suma una precisión a lo que ha de entenderse por “violencia contra las mujeres”: delitos cometidos por motivos de género o que afecten de forma desproporcionada a las mujeres (concurrente o no con los móviles machistas).

Estas diferencias conceptuales operan en una doble faceta. La faceta legal y la faceta estadística. Hay que apuntar que las mayores diferencias respecto a las definiciones se presentan en la faceta legal ya que la mayoría de los EEMM disponen de formularios específicos en sede administrativa (policía y administración de justicia) que diferencian con mayor detalle determinadas particularidades de los delitos en que se materializa la violencia contra las mujeres⁹¹⁷.

De entre todas las formas de violencia contra las mujeres, si nos detenemos en la regulación de la violencia en la pareja podemos subrayar que la tipificación de la violencia en la pareja como delito autónomo (es decir, no perseguida conforme a su integración en otros tipos delictivos sino con una tipificación con carácter independiente) está prevista en Bélgica, España, Italia, Suecia y Reino Unido. En España, Suecia⁹¹⁸ y en Francia⁹¹⁹ tienen una Ley específica contra la violencia de género⁹²⁰.

Otros EEMM integran la violencia en la pareja como violencia doméstica. Así, Bulgaria, Croacia, República Checa, Dinamarca, Estonia (sí existe un formulario específico en sede policial), Irlanda, Grecia, Hungría, Italia, Chipre (si bien el término utilizado es “violencia en la familia”), Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos (sí cuenta con una definición de violencia doméstica a efectos estadísticos), Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia.

⁹¹⁷ En esta labor destaca el trabajo del EIGE. Vid. <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/data-collection> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹¹⁸ *Act on Violence against Women*, Government Bill 1997/98 55, accesible en <https://evaw-global-database.unwomen.org/en/countries/europe/sweden/1998/act-on-violence-against-women--government-bill-1997-98-55> (Último acceso : 12 de diciembre de 2019).

⁹¹⁹ *LOI du 9 juillet 2010, n.2010-769 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants* NOR: JUSX1007012L, accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022454032&categorieLien=id> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). Aunque se centra en la protección y se refiere a la violencia de género que sufren hombres y mujeres.

⁹²⁰ Interesa acceder a la página del EIGE para comparar las distintas definiciones de los diferentes tipos de violencia contra las mujeres, en <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019), así como a la página web de Naciones Unidas <https://evaw-global-database.unwomen.org/> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Otros regulan como circunstancia agravatoria las relaciones familiares o personales como Alemania, Bélgica, Francia (sí cuenta con una definición de violencia doméstica a efectos estadísticos) y Luxemburgo.

Otros EEMM no tienen una definición ni de violencia en la pareja ni de violencia doméstica, sino que estas acciones se integran en otros tipos penales como Letonia, Austria, Finlandia⁹²¹.

Por toda esta complejidad y dificultad, no podemos dejar de referirnos al trabajo de organizaciones e instituciones internacionales, agencias europeas, proyectos de investigación, etc. que abordan este tema. Por ello nos remitimos a las definiciones que el EIGE ha sistematizado en inglés en referencia a los delitos de violencia en la pareja, feminicidio y violación en cada Estado Miembro⁹²². Es este Instituto europeo quien ha propuesto definiciones comunes respecto de los delitos de violencia en la pareja, violación y feminicidio. Así, respecto al delito de violación, se basa en un estudio pormenorizado de cómo se definen estos tipos penales tanto en cada Estado Miembro como según el EIGE, FRA, el Convenio de Estambul, el TEDH (*asunto M.C. v Bulgaria* de 4 de diciembre de 2003), la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Reglas Generales estadísticas de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, el comité CEDAW, la OMS, el Tribunal Penal para el ExYugoslavia (*asunto Prosecutor c. Anto Furundžija*, n. IT-95-17/1-T, de 10 de diciembre de 1998, p.185), y la Clasificación Internacional de delitos con fines estadísticos de la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito⁹²³.

Y aún a pesar de todos estos esfuerzos, la disparidad en la regulación es manifiesta como muestra la siguiente tabla confeccionada por el EIGE respecto a la violencia en la pareja

⁹²¹ Vid. [https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu?vt\[0\]=123](https://eige.europa.eu/gender-based-violence/regulatory-and-legal-framework/legal-definitions-in-the-eu?vt[0]=123) (Último acceso: 13 de marzo de 2019). Es significativo mencionar que en Finlandia no se tipifica la violación marital y que respecto a la violación fuera de la pareja se exige fuerza o amenaza.

⁹²² Report EIGE, *Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence*, 2018, accesible en <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/glossary-definitions-rape-femicide-and-intimate-partner-violence> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). Respecto al término “feminicidio”, es interesante apuntar el término “genocidio” para dar una dimensión global a las muertes de mujeres por razón de su sexo (es decir, adoptar una visión general que ligue cada feminicidio particular). En OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019, esp. p. 258.

⁹²³ EIGE, *Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence*, 2017.

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Table 5: Main European and international definition elements for intimate partner violence

	Definition of intimate partner violence	Intimate partner violence covered within scope of domestic violence	Specific components of intimate partner violence definition				
			Physical violence	Sexual violence	Psychological and emotional violence	Controlling behaviour	Economic coercion
EIGE	√		√	√	√		√
EU-wide survey (FRA)		√					
Istanbul Convention and Explanatory Report (CoE)		√	√	√	√		√
World Health Organisation (WHO)	√		√	√	√	√	
UNODC		√	√	√			
Unicef		√	√	√	√	√	
World Bank	√		√	√	√		
Guidelines for producing statistics on Violence against Women (UN)	√		√	√	√	√	

Figura n. 26. La violencia en la pareja en textos internacionales y europeos. Fuente: EIGE⁹²⁴

En la siguiente tabla resumimos la propuesta de definición del EIGE de tres delitos en particular, realizamos algunas observaciones personales y sugerimos una definición.

DELITO	Propuesta EIGE	Observaciones personales	Propuesta personal
Violación	Penetración sexual, vaginal, anal u oral, a través de objetos o de partes del cuerpo, sin consentimiento, usando fuerza, coerción o aprovechándose de la vulnerabilidad de la víctima ⁹²⁵ .	En esta definición podemos encontrar problemas a la hora de interpretar el concepto “coacción” puesto que exigirá una determinada actitud del victimario. Así como la interpretación de “vulnerabilidad” de la víctima. Sería necesario no solo introducir el término “Intimidación”, sino ofrecer una interpretación. Habría que interrelacionar este concepto con la	Penetración sexual, vaginal, anal u oral, a través de objetos o de partes del cuerpo, contra la voluntad de la víctima por medio de violencia, fuerza, coerción, amenaza, aprovechándose de una situación intimidatoria o coercitiva o de la vulnerabilidad de la víctima.

⁹²⁴ EIGE, *Terminology and indicators for data collection: Rape, femicide and intimate partner violence*, esp. p. 39, 2017, accessible en <https://eige.europa.eu/publications/terminology-and-indicators-data-collection-rape-femicide-and-intimate-partner-violence-report> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹²⁵ Dicción original “*Sexual penetration, whether vaginal, anal or oral, through the use of object or body parts, without consent, using force, coercion or by taking advantage of the vulnerability of the victim*”.

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

		<p>definición de “consentimiento” del Consejo de Europa⁹²⁶, “acuerdo por elección al tener libertad y capacidad para elegir”. Así como la regulación en los puntos 8, 28 y 36 de los Elementos del delito de la Corte Penal Internacional que expresamente recoge “<i>aprovecharse de un ambiente coercitivo</i>”⁹²⁷. Asimismo, podríamos incluir el comportamiento activo en su doble faceta de penetrar u obligar a hacerse penetrar.</p>	
Feminicidio	<p>El asesinato de una mujer por su compañero sentimental y el asesinato de una mujer como resultado de una acción perjudicial para la mujer.</p> <p>Compañero sentimental es entendido como ex o actual esposo o novio, tanto si comparte como si ha compartido la misma vivienda que la víctima.</p>	<p>Ningún Estado Miembro tipifica este delito de forma autónoma.</p> <p>En esta definición se trata de definir el concepto de “feminicidio íntimo” dado que en una gran proporción los asesinatos de mujeres son perpetrados por sus compañeros sentimentales. De hecho, 25 EEMM desagregan las estadísticas según el sexo de víctimas y victimarios y su relación sentimental.</p> <p>Sí incluye las muertes de mujeres/niñas como consecuencia de ser</p>	<p>El asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer o provocar su muerte como consecuencia de prácticas perjudiciales para su salud realizadas por razón de su sexo.</p>

⁹²⁶ Resolución 1691 (2009) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la violación de mujeres, incluyendo la violación marital, accesible en <http://assembly.consejo-de-europa.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17784> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹²⁷ CPI, Elementos de los delitos, 2011, accesible en <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). La importancia de este contexto es mencionada asimismo en el artículo 36.2 del Convenio de Estambul “*El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes*”.

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

		<p>sometidas a mutilación genital o consecuencia de un aborto en condiciones no seguras. El problema de esta definición es que deja fuera los asesinatos por motivos de género de mujeres sin que exista una relación sentimental como asesinato de prostitutas, asesinato de mujeres por su orientación sexual o identidad sexual. Asimismo, es posible que este feminicidio sea cometido por otra mujer. Por ello, entendemos más completa la definición de la Declaración de Viena sobre Feminicidio⁹²⁸.</p>	
Violencia en la pareja	Cualquier acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que ocurra	Esta definición nos parece acertada dado que se refiere a los cuatro tipos de violencia	Cualquier acto de violencia física, sexual, psicológica o económica cometido de

⁹²⁸ Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Vienna Declaration on Femicide*, 2013, E/CN.15/2013/NGO/1, accesible en https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_22/_E-CN15-2013-NGO1/E-CN15-2013-NGO1_E.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). *Feminicidio es el asesinato de mujeres o niñas por su género, el cual puede tomar la forma de: El asesinato de una mujer por su compañero sentimental; La tortura y el asesinato misógino de mujeres; Asesinatos de mujeres y niñas por razones de honor; Asesinatos selectivos de mujeres y niñas en contextos armados; Asesinatos de mujeres relacionados con la dote; Asesinatos selectivos de mujeres y niñas por su orientación sexual o identidad de género; Asesinatos selectivos de mujeres y niñas aborígenes o indígenas; Infanticidio femenino o feticidio femenino selectivo; Muertes relacionadas con la mutilación genital femenina; Acusaciones de brujería y otros feminicidios conectados con bandas, crimen organizado, tráfico de drogas, trata de personas y tráfico de arma*, accesible en https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_22/_E-CN15-2013-NGO1/E-CN15-2013-NGO1_E.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). Es significativa la definición de “femicidio” o “feminicidio” que realizan Jill Radford y Diana Russell: *femicide is on the extreme end of a continuum of antifemale terror that includes a wide variety of verbal and physical abuse, such as rape, torture, sexual slavery (particularly prostitution), incestuous and extrafamilial child sexual abuse, physical and emotional battery, sexual harassment (on the phone, in the streets, at the office, and in the classroom), genital mutilation (clitodridectomies, excision, infibulations), unnecessary gynecological operations (gratuitous hysterectomies), forced heterosexuality, forced motherhood (by criminalizing contraception and abortion), psychosurgery, denial of food to women in some cultures, cosmetic surgery, and other mutilations in the name of beautifications. Whenever these forms of terrorism result in death, they become femicides*” en RADFORD, Jill y RUSSELL, Diana E. H. (eds.), *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Twayne, Nueva York, 1992.

En la STEDH en el asunto *Talpis c. Italia* se menciona la palabra feminicidio en cinco ocasiones, por ejemplo, apartado 145. También en España, el CGPJ utiliza el término feminicidio así por ejemplo en el “Informe sobre víctimas mortales de la Violencia de Género en el ámbito de la pareja o ex pareja en los años 2016 a 2018” de 2019, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/Informe-sobre-victimas-mortales-de-la-Violencia-de-Genero-en-el-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja-en-los-anos-2016-a-2018> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

	entre cónyuges o ex cónyuges o parejas sentimentales con o sin convivencia.	que menciona el Convenio de Estambul y alude a una relación sentimental presente o pasada con o sin convivencia. Añadiríamos que puede cometerse tanto de forma activa como omisiva.	forma activa u omisiva que ocurra entre cónyuges o ex cónyuges o parejas sentimentales con o sin convivencia.
--	---	---	---

Figura n.27. Definiciones de violación, feminicidio y violencia en la pareja. Fuente: elaboración propia.

Queríamos hacer una puntualización y preguntarnos ¿estos delitos pueden ser perpetrados tanto por hombres como por mujeres? A este respecto es interesante destacar la información que aporta la página web “*feminicidio.net*” en la que respecto del delito de feminicidio especifica en una tabla las distintas “modalidades” que pueden ser distinguidas cuando es una mujer quien comete feminicidio. En ella diferencia entre “mujeres que actúan como agentes del patriarcado” (por ejemplo, asesinatos relacionados con la dote o con la preferencia de hijos varones o MGF ya sea atribuible su autoría o su complicidad), “mujeres que actúan como agentes de perpetradores masculinos” (por ejemplo feminicidios relacionados con pandillas, mujeres maltratadas que participan en el feminicidio de su hija a manos de su marido, participación en feminicidios de “honor”, o suicidios coactivos) y “mujeres que actúan por sus propios motivos” (relacionados con asuntos económicos, “celos”, suicidios cometidos para acabar con la situación de abuso de otras mujeres, relacionados con el síndrome de abstinencia, o por motivos ideológicos)⁹²⁹. Por todo ello, creemos que la definición de feminicidio no ha de limitar el sujeto activo a los hombres sino que ha de comprender aquellos feminicidios cometidos por mujeres sobre otras mujeres que estén basados en su sexo. ¿Y para el resto de delitos? Responderíamos con otra pregunta ¿es posible que una mujer cometa un delito sobre otra mujer por razón de su sexo?. Teóricamente podríamos afirmar que una mujer puede cometer sobre otra un delito basado en que esta última no se ha comportado de la forma que se espera que se comporte atendiendo a los parámetros culturales que sí sigue la mujer que lo comete. Es lo que SIMONE DE BEAUVOIR entendía bajo la frase de JEAN PAUL SARTRE con la cual comienza su famosa obra “El segundo sexo”, “*mitad víctimas, mitad cómplices, como todo el mundo*”⁹³⁰. Y que, sin embargo, resuena a “*victim blaming*” y a responsabilizar a las

⁹²⁹ Informe, *Feminicidio-femicidio: un paradigma para el análisis de la violencia de género*, esp. p. 10, en https://feminicidio.net/sites/default/files/seccion_feminicidio_paper_02.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹³⁰ DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 2017, esp. p. 162. En otras partes de la obra también se alude a esta complicidad de las mujeres. Por ejemplo, “*En las clases superiores, las mujeres se hacen ardientemente cómplices de sus amos porque les interesa aprovecharse de los beneficios que les aseguran.*”, esp. p. 293 o “*El hecho es que los hombres encuentran en su compañera más complicidad que la que habitualmente*

mujeres del sistema patriarcal que las oprime (este punto se proyecta también en los hombres, sujetos a los mandatos de género), y que discrimina y sitúa en una posición desigual en todos los aspectos de la sociedad (a diferencia de los hombres, a quienes el patriarcado beneficia).

En este momento podríamos traer a colación la eximente establecida para los delitos que hayan podido cometer las víctimas de trata como consecuencia del delito que están padeciendo⁹³¹. ¿Respondería a un razonamiento lógico condenar a una persona por la comisión de un delito que comete bajo la presión -intimidación, violencia, coacción- de que, en caso de no hacerlo, ella sería la víctima en vez de la verduga? ¿La colocaría esta situación en un estado de necesidad? Entendemos que no puesto que en este caso cualquier delito basado en estereotipos habría de quedar impune. Lo que sí entendemos es que esta serie de preguntas nos debería llevar a reflexionar sobre si la comisión de los mismos delitos responde a las mismas razones. Y es lo que entendemos que ha de diferenciarse de la misma forma que recogíamos las diferentes modalidades de razones para que una mujer cometa feminicidio. Por ello, nos posicionamos a favor de la regulación española del delito de violencia de género, en el sentido español, puesto que como ha declarado el TC y secundamos, estamos ante una discriminación histórica basada en roles y estereotipos que sitúan a las mujeres en desigualdad y desventaja ante sus maridos/novios⁹³². En el resto de delitos, como así ocurre en la legislación española, habría de analizarse en sede judicial (instrucción y enjuiciamiento) si concurre o no la agravante de género del artículo 22.4 CP.

Volviendo al trabajo del EIGE, dada esta amalgama de definiciones, el EIGE ha desarrollado 13 indicadores para ayudar a los EEMM (para la policía y los operadores jurídicos) a detectar la presencia de violencia en la pareja y de violación cumpliendo con las exigencias de la Directiva 2012/29/UE y el Convenio del Estambul⁹³³. Como apunte, es interesante subrayar que en cuanto a la edad, la mayoría de EEMM fija la edad de la mayoría de edad en los 18 años⁹³⁴. Subraya el EIGE el problema que supone marcar como límite la mayoría de edad para la recolección de

encuentra el opresor en el oprimido; y, con mala fe, consideran que ello les da autoridad para declarar que la mujer ha querido el destino que le han impuesto", esp. p. 350.

⁹³¹ Así, por ejemplo, consecuencia de la transposición de la Directiva europea, aparece en el artículo 177bis.11 CP "Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado."

⁹³² Como señala la fiscal Susana Gisbert "Hay otros delitos en que la condición de autor agrava el hecho, como ocurre con los delitos cometidos por funcionario públicos, y otros donde es la cualidad de la víctima la que lo hace más reprochable, como el delito de atentado. Y nadie se lleva las manos a la cabeza por ello." en GISBERT, Susana, "Desmontando el mito de la asimetría penal en violencia de género", 2017, recursos electrónico en <https://confilegal.com/20170112-asimetria-penal-violencia-genero/> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹³³ EIGE, <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/indicators-intimate-partner-violence-and-rape-police-and-justice-sectors> on intimate partner violence and rape for the police and justice sectors, 2018, accesible en <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/indicators-intimate-partner-violence-and-rape-police-and-justice-sectors> ((Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹³⁴ *Ibidem*, esp. p. 4.

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

datos dado que las formas de violencia contra las mujeres en adolescentes no son tenidas en cuenta.

De los 13 indicadores, nueve se dirigen a la policía⁹³⁵ y tres a la Justicia⁹³⁶. Interesa detenernos en el número 2 dado que define los tipos de violencia que han de ser especificados: violencia física (daño corporal, agresión, privación de libertad, homicidio involuntario), violencia sexual (violación, agresión sexual, acoso sexual, violación por el esposo), violencia psicológica (coerción, difamación e insulto verbal, acoso, humillación, negligencia, aislamiento, calumnia, amenaza, abuso mental), violencia económica (daño a la propiedad, robo de propiedad privada, restricción de la libertad individual, dependencia económica, negativa a pagar alimentos, trabajo forzoso para servicios domésticos). Estas mismas definiciones se dan en el indicador número 3, y son utilizadas en el resto de indicadores que se centran en varias de las acciones definidas.

Respecto a la violación, merece ser destacado el caso en Suecia por el que se condenó a un hombre en 2018 a 10 años de prisión por coaccionar a mujeres en Canadá, Estados Unidos y Reino Unido a realizar actos de carácter sexual delante de la *webcam* y grabarlas. El primer caso de condena de la denominada “violación online”, es decir, aquella que se perpetra a través de Internet. En Suecia la violación puede cometerse por actos no físicos⁹³⁷.

En cuanto al delito de matrimonio forzado, además de la falta de tipificación autónoma en los EEMM (solo 12 EEMM tipifican el matrimonio forzado) su definición no es homogénea ni en los EEMM que la tipifican ni en los textos internacionales que la regulan. Así lo pone de manifiesto el Parlamento Europeo en su informe “*Forced marriage from a gender perspective*”. Entre la definición del Consejo de Europa, la del otrora Secretario General de Naciones Unidas Kofi Annan, el *Annual Report of the UN*

⁹³⁵ N.1 Número anual de mujeres (mayores de 18 años) víctimas de violencia en las relaciones personales cometidos por hombres (mayores de edad) reportados por la policía, n.2 Número anual de delitos denunciados relacionados con la violencia en las relaciones personales contra las mujeres cometidos por hombres (mayores de 18 años), n.3 Número anual de hombres (mayores de 18 años) que cometen violencia contra las mujeres en las relaciones personales (y porcentaje de población masculina que son agresores) , n.4 Número anual de mujeres (mayores de 18 años) víctimas de violencia física en las relaciones personales cometida por hombres (mayores de 18 años) recabado por la policía, n.5 Número anual de mujeres (mayores de 18 años) víctimas de violencia psicológica en las relaciones personales cometida por hombres (mayores de 18 años) recabado por la policía, n.6 Número anual de mujeres (mayores de 18 años) víctimas de violencia sexual en las relaciones personales cometida por hombres (mayores de 18 años) recabado por la policía, n.7 Número anual de mujeres (mayores de 18 años) víctimas de violencia económica en las relaciones personales cometida por hombres (mayores de 18 años) recabado por la policía, n.8 Número anual de mujeres (mayores de 18 años) víctimas que denuncian violación cometida por hombres (mayores de 18 años), recabado por la policía, n.9 Mujeres víctimas de feminicidio íntimo (mayores de 18 años) cometido por hombres compañeros sentimentales (mayores de 18 años), en comparación con las mujeres víctimas de homicidio (mayores de 18 años).

⁹³⁶ N.10 número anual de órdenes de protección solicitadas y acordadas en casos de violencia en las relaciones personales contra las mujeres según tipo de tribunal, n.11 Número anual de hombres (mayores de 18 años) acusados de violencia en las relaciones personales contra las mujeres, n.12 Número anual de hombres (mayores de 18 años) condenados por violencia en las relaciones personales contra las mujeres, n.13 Número anual de hombres (mayores de 18 años) condenados por violencia en las relaciones personales contra las mujeres y condenados a prisión o con una sanción privativa de libertad.

⁹³⁷ Comisión Europea, *Report on equality between women and men in the EU*, 2019, esp. p. 46 accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2019_en_0.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

High Commissioner for Human Rights de 2004 y el Estudio sobre Matrimonio forzado y crímenes de honor del Parlamento Europeo en 2008, los elementos comunes que se señalan son: el tema del consentimiento, la coerción, coacción, distinciones entre matrimonio forzado y matrimonio de conveniencia y matrimonio infantil⁹³⁸.

En España la tipificación del delito de violencia de género como tipificación agravada de los tipos básicos de lesiones, amenazas y coacciones cometidas por el (ex)marido o (ex)novio sobre la (ex)esposa o (ex)novia, fue objeto de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por jueces y juezas. El Tribunal Constitucional español declaró por medio de la STC 59/2008, de 14 de mayo⁹³⁹ la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2004. Entre sus consideraciones señalaremos “*esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.*” (...) “*las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.* “*No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto.*” “*Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad*” (F.J. 9).

⁹³⁸ Informe del Parlamento Europeo “*Forced marriage from a gender perspective*”, 2016, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU\(2016\)556926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU(2016)556926_EN.pdf) , esp. p. 16 (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹³⁹ STC de 14 de mayo, 59/2008, ECLI:ES:TC:2008:59, BOE n. 135, 04 de junio de 2008, accesible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/6291> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Por su parte, en la STS 677/2018, de 20 de diciembre, en su F.J. 3.c)⁹⁴⁰, el TS establecía que *“No hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no se sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada. En modo alguno quiso el legislador adicionar una exigencia de valoración intencional para exigir que se probara una especial intención de dominación del hombre sobre la mujer.”*

Por tanto, el TS no exige que se pruebe un ánimo de dominación o móvil machista en el (ex)novio/marido que comete los delitos mencionados contra su (ex)novia/esposa. Así, en su conclusión n.2 *“El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal”*.

A esta sentencia formulan voto particular tres magistrados y una magistrada basándose en la *“STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre, se decía (FJ 3º) que "Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P ., modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer". Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales”*. Evidenciando las dos posturas diferenciadas en el TS.

En este momento hemos de preguntarnos si la entrada en vigor del Convenio de Estambul tiene alguna repercusión en cuanto a las definiciones de los delitos cometidos

⁹⁴⁰ STS 677/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4353, ponente: Vicente Magro Servet, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1fbc182d6f4ae26c/20190109> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

contra las mujeres por el hecho de serlo o que sufren de forma desproporcionada. Y la respuesta es afirmativa. De las recomendaciones que realiza el EIGE a cada Estado Miembro muchas de ellas se basan en el articulado del Convenio de Estambul. Recordemos que este instrumento del Consejo de Europa se dirige tanto a la violencia contra las mujeres como a la violencia doméstica (y también la violencia de género). En su texto encontramos, por tanto, disposiciones relativas a ambos tipos delictivos. Para los intereses de esta memoria de tesis, el Convenio de Estambul incorpora de forma expresa el concepto de género en los casos de violencia contra la mujer⁹⁴¹, además, recoge la mayor exposición de mujeres y niñas a la violencia basada en el género⁹⁴². Así, por ejemplo, una de las recomendaciones a Francia en cuanto a la mejora de los datos estadísticos es la de acomodar el concepto de violencia en la pareja que recoge la Ley 2010-769 de 9 julio de 2010 de violencia contra la mujer al concepto definido en el Convenio⁹⁴³. En cuanto a España, el artículo 40 del Convenio prescribe que “*Los delitos previstos en el presente Convenio se sancionarán con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito*”, lo que ha llevado al EIGE recomendar a España que no se exija relación entre víctima y victimario en casos de agresiones sexuales⁹⁴⁴.

Además, como pone de manifiesto el EIGE, el artículo 11 del Convenio de Estambul relativo a la “*Recogida de datos e investigación*” ofrecería a los EEMM una recolección de datos más exacta y desagregada y su envío y posterior utilización por Eurostat. Lo que posibilitaría una comparación de datos entre los diferentes EEMM para valorar la magnitud de la violencia contra las mujeres en la UE⁹⁴⁵. El acceso a las recomendaciones que el EIGE realiza a cada EM basándose en el Convenio de Estambul y en la Directiva 2012/29/UE nos ofrece una interesante visión general de la interrelación que existe entre la regulación del delito de violencia contra las mujeres (ya cuente con tipificación autónoma, ya se integre en el delito de violencia en la pareja o en el de violencia doméstica o se proteja adscribiéndolo a otros tipos penales), el Convenio de Estambul y los derechos procesales de las víctimas⁹⁴⁶.

En la siguiente tabla se puede apreciar un resumen de la legislación de cada EM respecto a las formas de violencia contra la mujer que recoge el Convenio de Estambul.

⁹⁴¹ “Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres.”

⁹⁴² “Reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género.”

⁹⁴³Vid. Informe del EIGE “FRANCE Recommendations to improve data collection on intimate partner violence by the police and justice sectors”, p.2, accesible en <https://eige.europa.eu/publications/recommendations-improve-data-collection-intimate-partner-violence-police-and-justice-sectors-france> (Último acceso:12 de diciembre de 2019).

⁹⁴⁴ Vid. Data collection on intimate partner violence by the police and justice sectors. Spain. <https://eige.europa.eu/publications/data-collection-intimate-partner-violence-police-and-justice-sectors-spain> (Último acceso:12 de diciembre de 2019).

⁹⁴⁵ EIGE, Informe “*Terminology and indicators for data collection: Rape, femicide and intimate partner violence*”, p. 51, accesible en <https://eige.europa.eu/publications/terminology-and-indicators-data-collection-rape-femicide-and-intimate-partner-violence-report> (Último acceso: 15 de marzo de 2019).

⁹⁴⁶ EIGE, *Data Collection on Violence Against Women*, accesible en <https://eige.europa.eu/gender-based-violence/data-collection#2017> (Último acceso:12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

	Ratificación del Convenio de Estambul	Ley de violencia contra la mujer	Tipificación Autónoma de la violencia contra la mujer																
			Violencia en la pareja				Violencia doméstica				Feminicidio	Agresión sexual	Violación	Acoso	Acoso sexual	Matrimonio Forzado	Mutilación genital		
			Física	Psíquica	Sexual	Económica	Física	Psíquica	Sexual	Económica									
Alemania	12 Oct. 2017									✓	✓							✓	✓
Austria	14 Nov. 2013																	✓	
Bélgica	14 Mar 2016	✓																✓	✓
Bulgaria										✓	✓	✓	✓					✓	
Chipre	10 Nov. 2017									✓								✓	
Croacia	12 Jun. 2018									✓	✓	✓	✓						
Dinamarca	23 Ab. 2014																	✓	✓
Eslovaquia										✓	✓	✓	✓						
Eslovenia	5 Feb. 2015									✓	✓	✓	✓	✓					
España	10 Ab. 2014	✓	✓	✓	✓	✓				✓			✓	✓				✓	✓
Estonia	26 Oct. 2017																		
Finlandia	17 Ab. 2015																		
Francia	4 Jul 2014	✓								✓	✓	✓	✓	✓				✓	✓
Grecia	18 Jun. 2018									✓	✓							✓	
Hungría										✓			✓						
Irlanda	8 marzo 2019									✓									✓
Italia	10 Sep. 2013		✓	✓	✓	✓				✓	✓			✓	✓				✓
Letonia																			
Lituania										✓	✓			✓	✓	✓			
Luxemburgo	7 Ag. 2018									✓	✓	✓	✓	✓				✓	
Malta	29 Jul. 2014									✓	✓	✓						✓	
Países Bajos	18 Nov. 2015																		✓
Polonia	27 Ab. 2015																		
Portugal	5 Feb. 2013									✓	✓	✓	✓	✓				✓	✓
Reino Unido										✓	✓	✓	✓	✓				✓	✓
República Checa										✓			✓	✓					
Rumanía	23 May. 2016									✓	✓	✓	✓	✓					
Suecia	1 Jul. 2014	✓																✓	✓

Figura n.28. Resumen de la tipificación autónoma de las formas de violencia contra la mujer en los EEMM.Fuente: elaboración propia.

Como aclaración, los delitos que no aparecen señalados en algunos EEMM no significan que no estén tipificados, sino que podrían estar integrados en otros delitos⁹⁴⁷.

Entendemos necesario subrayar que, respecto a la violencia, en total, todos los EEMM integran la violencia física en la definición de violencia en la pareja (como delito autónomo o integrado en el concepto de violencia doméstica). 26 EEMM (todos excepto Finlandia e Irlanda) incluyen la violencia psicológica, 25 incluyen la violencia sexual (todos excepto España, Irlanda y Eslovaquia) y 14 incluyen la violencia económica (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Hungría, Italia, Lituania, Hungría, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Reino Unido). De entre los EEMM que sí incluyen la violencia de carácter sexual ejercida en la pareja, 20 EEMM incluyen la violación (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, Francia, Hungría, Italia, Chipre, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Austria, Polonia, Rumanía, Finlandia, Suecia), agresión sexual todos excepto Eslovenia, Malta, Reino Unido, el acoso sexual en 4 EEMM (Bélgica, Hungría, Malta, Rumanía), y la violación marital en 2 EEMM (Grecia y Rumanía). Sería necesario analizar si hemos de considerar como otras formas de violencia contra las mujeres determinadas “actividades” o “prácticas” que aparecen de forma reciente. Por ejemplo, la denominadas “granjas de mujeres” donde se recluyen a las mujeres para que se queden embarazadas, gesten, den a luz y se venda a los hijos o hijas⁹⁴⁸. Una mercantilización del cuerpo de las mujeres que puede integrarse como forma de trata de personas en una deseable modificación legislativa.

Un apunte interesante respecto al carácter directo de la violencia, podríamos preguntarnos hasta dónde se extiende un delito basado en el género. En la STSJ de Galicia 421/2018⁹⁴⁹ se analizaba el denominado acoso discriminatorio *per relationem*. Así en su F.J.4 declaraba “*se ha acreditado una vulneración de la dignidad del trabajador demandante que debe ser calificada como un acoso discriminatorio sexista atendiendo a la conexión de la situación laboral del trabajador demandante con la discriminación sexista sufrida por su esposa y a la producción del efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo*” (F.J. 8).

⁹⁴⁷ La fuente utilizada respecto de la tipificación autónoma del matrimonio forzado has sido el Informe del Parlamento Europeo titulado “*Forced marriage from a gender perspective*”, 2016, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU\(2016\)556926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU(2016)556926_EN.pdf) (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁴⁸ Así lo recogen los medios de comunicación como en el caso de Malasia (https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-07-18/negocio-granjas-bebes-malasia-crianza-adopcion_1593178/ Último acceso: 20 de noviembre de 2019), o Ucrania (https://www.elespanol.com/reportajes/20180520/industria-vientres-alquiler-ucrania-derecho-espanoles-nacidos/308469719_0.html (Último acceso: 12 de diciembre de 2019), Tailandia, Laos, y Camboya o Nepal, India, Irán, Georgia, Israel, Kenia, o Guatemala (<https://blogs.publico.es/puntoyseguido/5194/16-notas-sobre-madres-alquiladas-en-las-granjas-de-los-fetos-vendidos/> Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁴⁹ STSJ de Galicia 421/2018, de 13 de abril, ECLI: ES:TSJGAL:2018:2484, ponente José Fernando Lousada Arochena, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp?org=ap-tsj&comunidad=12> (Último acceso: 15 de octubre de 2019).

Una interesante reflexión sobre cómo la discriminación por razón de género puede extenderse a las personas que se relacionen con la víctima directa⁹⁵⁰.

Dicho todo lo anterior, son destacables los efectos positivos del Convenio de Estambul en su finalidad unificadora de interpretaciones y criterios. Ha supuesto un impulso a la tipificación de violencias contra las mujeres hasta ahora, o no tipificadas de forma autónoma o no tipificadas directamente. Aún así, y dada la evolución de la interpretación de los hechos sociales atendiendo al desarrollo de los estudios victimológicos, recientemente está cobrando importancia el denominado “*Female Victims of Green Crimes*”, que pone de relieve la mayor exposición de mujeres a las consecuencias de la contaminación ambiental⁹⁵¹, no previsto en el Convenio de Estambul.

Llegado este punto podemos traer a colación el apartado primero del artículo 67 TFUE que establece “*La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados Miembros*”. Hemos expuesto cómo en atención al respeto de la tradición punitiva de cada EM las acciones u omisiones que suponen vulneraciones de los derechos de las mujeres por razones de género en determinadas legislaciones europeas pueden, o no estar tipificadas, o bien insertar su persecución en otros tipos penales. Podríamos preguntarnos si esto supone invisibilizar, obviar y menospreciar la esencia discriminatoria de estos delitos reconocida por Naciones Unidas, el Consejo de Europa o el UE.

Para responder a la primera cuestión debemos detenernos, por un lado, en las razones que fundamentan estas diferentes legislaciones nacionales en materia de violencia contra las mujeres, y por otro lado, si las diferencias en la configuración típica

⁹⁵⁰ Lo que nos llevaría a preguntarnos si ha de considerarse como violencia contra la mujer por razones de género el asesinato de sus familiares además de los hijos (violencia vicaria, reconocidos en la legislación española como víctimas de violencia de género conforme al artículo 1.2 tras la modificación introducida por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) como consecuencia directa de su relación con ella como por ejemplo en el caso de Valga en Pontevedra en el que un hombre asesinó a su exesposa y la madre y hermana de ella. Vid. <https://www.elmundo.es/espana/2019/09/16/5d7f3e96fc6c83707e8b465d.html> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁵¹ LYNCH, Michael J., “Acknowledging Female Victims of Green Crimes: Environmental Exposure of Women to Industrial Pollutants”, *Feminist Criminology* 2018, n. 4, vol. 13, pp. 404-427. En este artículo se analizan formas de violencia contra las mujeres basadas en el género en el marco de los denominados “delitos verdes” definidos como *violaciones de la ley y daños sociales consecuencia de comportamientos ecológicamente perjudiciales* (traducción propia, p. 405) que ocasionan tanto daños directos en el medioambiente como daños indirectos en la salud de las personas. En este contexto a pesar de que la contaminación es ubicua, el estudio analiza cómo no todas las personas (y seres vivos) están expuestas de la misma forma a sus efectos (abordándolo desde la *interseccionalidad*). En este sentido, y recogiendo los estudios realizados en el campo de la medicina, el tipo de violencia contra las mujeres por daños medioambientales analizaría la probabilidad estadística de sufrir un daño en la salud atendiendo a: a) el momento de exposición en el curso vital, b) el nivel de exposición, c) la duración de la exposición, d) la interacción con toxinas, e) en un nivel individual, las características biológicas de cada persona en cuanto a su sensibilidad o predisposición a las toxinas medioambientales (esp. pp. 411-412). También interesante las teorías insertadas en el denominado ecofeminismo. Vid. RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, *Bioteología y ecofeminismo. Un estudio de contexto, riesgos y alternativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012. En su página 97 presenta el *ecofeminismo* como el marco desde que el superar dos sesgos *en la manera en que la humanidad se comprende a sí misma: el androcentrismo y el antropocentrismo*. Una de sus líneas interpretativas se sintetiza en la pregunta de la autora Sherry Ortner “¿es la mujer con respecto al hombre lo que la naturaleza con respecto a la cultura?” citada en la nota a pie de página 10 de la página 100.

de estos delitos en cada Estado Miembro suponen obstáculos que dificultan o bien, la investigación de los delitos, la identificación de los agresores, la asistencia a las víctimas, los derechos (procesales) de las víctimas, las garantías procesales de los sospechosos, la cooperación entre Estados, o, en definitiva, la erradicación de este tipo de delitos basados en el género.

Respecto a las razones de las diferencias en la regulación y en su caso tipificación de los delitos de violencia(s) contra las mujeres en los diferentes EEMM, con KAI AMBOS entendemos que *“las condiciones de punibilidad dependen de procesos culturales, consistentes en acuerdos que van creciendo con el tiempo y que también están determinados por el lenguaje y que pueden (...) solo parcialmente ser derivados normativamente de valores y premisas morales compartidas a lo largo de Europa. (...) En un área sensible, con una relevancia tan extraordinaria para los derechos fundamentales, la armonización solo es admisible bajo condiciones altamente restrictivas; por sobre todo en este tema tiene que permanecerle reservada a los Estados Miembros una libertad de acción sustancial”*⁹⁵². Los ámbitos señalados como “sensibles” (*“para la capacidad de un Estado constitucional de configurarse democráticamente”*) por el Tribunal Constitucional alemán⁹⁵³ son las *“decisiones sobre el monopolio de la policía en el uso de la fuerza, decisiones fiscales básicas, el delineamiento de los contornos de las condiciones de vida por una parte del Estado social y las decisiones de particular importancia a nivel cultural, por ejemplo, en materia de derecho de familia, derecho escolar y de educación y el tratamiento de las comunidades religiosas”*. Consideramos importante traer a colación esta postura del Tribunal Constitucional alemán dado que delimita la aplicación del artículo 83.1 TFUE exigiendo que *“la naturaleza y los efectos de los crímenes haga necesario un combate conjunto de tales delitos”* lo que supone que *“el deseo político de armonizar el Derecho Penal no es suficiente por sí mismo”*⁹⁵⁴. En esta línea argumental *en pro* del derecho de autodeterminación democrática, el Tribunal Constitucional alemán *“subordinó la autorización en blanco dinámica del art.83.1, tercer subpárrafo, TFUE, que permite realizar adiciones al catálogo de delitos graves por medio de una decisión de unanimidad del Consejo, a la reserva de poderes legislativos del art.23.1, segunda oración, GC, de modo que el Gobierno Federal representado en el Consejo solo podrá votar en favor de una expansión de las competencias de armonización de la UE si esto ha sido previamente aprobado por el Parlamento”*⁹⁵⁵. Esta posición jurídica del TC alemán es seguida por los tribunales constitucionales de República Checa, Letonia y Polonia⁹⁵⁶.

⁹⁵² AMBOS, Kai, *El Derecho Penal Europeo*, op. cit. esp. pp. 53-59. Apunta Kai Ambos en su nota de pie de página 121, esp. p. 58.

⁹⁵³ Tribunal Constitucional alemán, 2 BvE 2/08, párrafo 252.

⁹⁵⁴ AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, op. cit. esp. p. 59 que señala la BVerfG, 2/08 (nota 111), párrafo 359.

⁹⁵⁵ *Ibidem*, esp. p. 60

⁹⁵⁶ En este sentido, se configura el derecho de veto de los Parlamentos nacionales. Vid. BÖTTNER Robert y GRINC, Jan, “Procedure for Activating the General Bridging Clauses”, en *Bridging Clauses in European Constitutional Law*, Springer, Cham, Suiza, 2018, esp. pp. 55-88.

El *Conseil Constitutionnel* francés señaló las provisiones del Tratado de Lisboa acerca de la lucha contra el terrorismo y actividades relacionadas, control de fronteras, la lucha contra el tráfico de seres humanos, la cooperación judicial en asuntos civiles y la Fiscalía Europea, indicando, además, que una “*revisión constitucional sería necesaria para las provisiones referidas a la adopción de una votación por mayoría cualificada en los términos de una decisión europea posterior a ciertos aspectos del derecho de familia que tiene ramificaciones transfronteriza respecto del procedimiento legislativo ordinario y a los nuevos poderes con los que se invistió a los parlamentos nacionales con respecto al derecho de la Unión*”⁹⁵⁷.

Estas opiniones y actitudes reticentes contrastan con una de las recomendaciones de carácter legislativo que realiza el EIGE a, por ejemplo, Países Bajos⁹⁵⁸, Francia⁹⁵⁹, Italia⁹⁶⁰ o Portugal⁹⁶¹. Si bien, conviene aclarar que las recomendaciones legislativas del EIGE subrayan la necesidad de tipificar de forma autónoma la violencia en la pareja. Es decir, abordar el fenómeno de la violencia en las relaciones personales de carácter amoroso de forma separada a la violencia doméstica (en el seno de la familia). Mientras que es en la faceta estadística (administrativa) donde se produciría la desagregación por sexo de víctima y victimario. En este contexto, la legislación penal española se singulariza dado que el impacto de género de determinados delitos se apreciará por su propia tipificación en la que la víctima debe ser mujer con quien el agresor varón haya tenido o tenga una relación sentimental con o sin convivencia. Así, en los artículos 148.1.4º, 153.1, 171.4, 172.2 CP se realizan específicas menciones a si la víctima es la

⁹⁵⁷ *Ibidem*. esp. p. 63. Kai Ambos recoge en concreto las Decisión n.2007-560 DC, párr.18, párr. 19. Y párr. 23-5, accesible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-10/a2007560dc.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁵⁸ “*The fact that criminal cases are classified according to the Criminal Code articles means that it is more difficult to get a concrete idea of the number of intimate partner violence cases/proceedings. (...) a separate legal definition for intimate partner violence should be formulated.*”, en “Data collection on intimate partner violence by the police and justice sectors. Países Bajos”. 26 de julio de 2018. Accesible en <https://eige.europa.eu/publications/data-collection-intimate-partner-violence-police-and-justice-sectors-netherlands> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁵⁹ “*Although the status of intimate partners that cohabit or have cohabited can provide an aggravating circumstance for a number of offences in the Criminal Code, there is no distinct legal definition of intimate partner violence. It is recommended that intimate partner violence be legally defined and that the definition incorporate physical, psychological, sexual and economic violence, as outlined in the Istanbul Convention.*”, en “Data collection on intimate partner violence by the police and justice sectors. Francia”, 26 de julio de 2018, accesible en <https://eige.europa.eu/publications/data-collection-intimate-partner-violence-police-and-justice-sectors-france> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019)

⁹⁶⁰ “*There is no specific statistical or legal definition of intimate partner violence. The latter is embedded within the definition of domestic violence. This makes it difficult to distinguish the cases of intimate partner violence from other cases of violence against women perpetrated within the family. It is recommended that a statistical or legal definition of intimate partner violence be adopted, on the basis of which comparable and reliable data can be collected. The relationship between the victim and the perpetrator should be incorporated into the definition in order to include (at a minimum) current and former spouses and current and former partners, with or without cohabitation.*”, en “Data collection on intimate partner violence by the police and justice sectors. Francia”, 26 de julio de 2018, accesible en <https://eige.europa.eu/publications/data-collection-intimate-partner-violence-police-and-justice-sectors-italy> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁶¹ “*Intimate partner violence falls under the scope of Article 152 of the Penal Code in which a domestic violence definition is outlined. It includes physical, psychological and sexual mistreatment, but not economic violence. The scope of the definition also includes some categories of persons beyond intimate partners. It is recommended that intimate partner violence be recognised as a legally distinct offence in line with the Istanbul Convention, and that the definition necessarily comprise economic violence and apply to intimate partners only*”, en “Data collection on intimate partner violence by the police and justice sectors. Portugal”, 26 de julio de 2018, accesible en <https://eige.europa.eu/publications/data-collection-intimate-partner-violence-police-and-justice-sectors-portugal> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

(ex)novia o (ex)esposa del agresor. Ahora bien, la violencia de la (ex)novia o (ex)esposa contra el (ex)novio o (ex) marido así como la violencia doméstica también se protege en estos artículos diferenciándose en cuanto a los efectos penológicos en los artículos 148 y 153.1, y en los artículos 153.2 y 173.2⁹⁶².

Asimismo, hemos expuesto cómo varía de una legislación a otra la propia definición y alcance de estos delitos que suponen vulneraciones de los derechos de las mujeres por razón de su sexo. Una singularidad que sí es respetada y supone una distinta categorización en la tipificación de otros fenómenos delictivos como el terrorismo, la corrupción o los robos.

Toda esta situación, que podemos resumir en disparidad legislativa, reticencias a la consideración de los delitos de violencia contra las mujeres y los basados en el género como “eurocrímenes”, pone de relieve la diversidad de opiniones en el ámbito académico en cuanto a la necesidad, conveniencia o utilidad de que la violencia contra las mujeres se aborde acudiendo al Derecho Penal como *prima ratio* que tuvimos ocasión de analizar en el Capítulo Tercero.

Las anteriores consideraciones en cuanto a la tipificación, los conceptos y las definiciones del alcance de cada delito repercuten en los derechos de las víctimas en tanto que conlleva, en ocasiones, la impunidad de las agresiones, en otras ocasiones la obstaculización del acceso a la tutela judicial, en otras afecta a la debida protección de las víctimas ajustada a las particularidades de cada caso. Estos efectos negativos se extienden a otros derechos procesales de las víctimas como su información o su reparación.

Con todo lo anterior, podemos afirmar que el respeto “*de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los*” EEMM supone una afectación directa a los derechos de las mujeres que sufren algunas de las acciones señaladas por el Convenio de Estambul como formas de violencia contra las mujeres. Hemos de preguntarnos si la consecución de ese ELSJ implicaría inexorablemente la asunción de una tipificación común que dote de homogeneidad la tipificación de los delitos de violencia contra las mujeres por razón de género a todos los EEMM de la UE dado que afecta a los derechos de las víctimas, una materia que ha sido objeto de medidas de armonización lo que supone que estaríamos en el supuesto del artículo 83.2 TFUE⁹⁶³, así como si esta armonización es posible y si respetaría los principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

En este sentido, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la OEP, pide al Consejo que active

⁹⁶² Vid. POLLOS CALVO, Cecilia, “Estudio de la confusión de términos de violencia de género y violencia familiar o doméstica. Sus repercusiones penales, penitenciarias y sociales”, *Diario La Ley* 2019, n. 9379, <https://diariolaley.laleynext.es/>

⁹⁶³ Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.

la “cláusula pasarela” adoptando una decisión unánime que defina la violencia contra las mujeres y las niñas, así como otras formas de violencia de género, como una infracción penal objeto del artículo 83, apartado 1, del TFUE. Una cláusula pasarela que, de conformidad con el artículo 48 del TUE, permite derogar el procedimiento legislativo previsto por los tratados para “pasar” de un procedimiento legislativo especial a un procedimiento ordinario (en el que los Estados Miembros no tienen derecho de veto) para la adopción de un acto determinado, o “pasar” de una votación que exija unanimidad a una votación por mayoría cualificada para adoptar un acto en un ámbito determinado⁹⁶⁴. Esta decisión para la activación de una cláusula pasarela depende de una decisión adoptada por unanimidad por el Consejo o por el Consejo Europeo. Lo que, por tanto, exige un alto nivel de acuerdo para su activación. Así también fue reiterada en la Resolución de 30 de mayo de 2018 sobre la implementación de la Directiva 2012/29/UE, apartado 78.

Como señala la UE, la disparidad en los conceptos legales, el propio sistema criminal y la metodología en la recolección de datos suponen la imposibilidad de comparar la criminalidad entre los Estados Miembros⁹⁶⁵, por lo que la implementación del ICCS, bajo la supervisión de Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, se entiende un paso trascendental en *pro* de la comparabilidad llegando a apuntar la necesidad de conceptos y definiciones estandarizados que puedan ser entendidos y aplicados en cualquier jurisdicción⁹⁶⁶.

Es significativo señalar que la *International Classification of Crime for Statistical Purposes* se sustenta en “*Conceptos, definiciones y principios acordados internacionalmente a fin de mejorar la coherencia y la comparabilidad internacional de las estadísticas sobre la delincuencia y mejorar la capacidad analítica a nivel nacional, regional e internacional*”⁹⁶⁷. En este punto podemos preguntarnos si existe actualmente un consenso sobre la necesidad de incorporar la violencia contra las mujeres como categoría propia en la *International Classification of Crime for Statistical Purposes*. La violencia contra las mujeres, al integrarse por diferentes tipos delictivos, atraviesa cada delito en que se materializa. Un carácter transversal dificultando la categorización e invisibilizando, a su vez, estos fenómenos delictivos perpetrados contra mujeres por razón de su sexo. De hecho, las diferentes acciones que pueden constituir tipos de violencia contra las mujeres pueden insertarse en diferentes categorías de la clasificación internacional mencionada.

Sin embargo, de conformidad con la propia Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito el índice de la violencia basada en el género puede ser evidenciada teniendo en cuenta la desagregación de las estadísticas atendiendo al sexo. Y es que las

⁹⁶⁴ Vid. BÖTTNER Robert y GRINC, Jan, “The General Bridging Clauses of Article 48(7) TEU”, en *Bridging Clauses in European Constitutional Law*, Springer, Cham, Suiza, 2018, esp. pp. 17-36.

⁹⁶⁵ <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8305054/KS-GQ-17-010-EN-N.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019), esp. p. 6.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, esp. p. 7.

⁹⁶⁷ (Traducción propia). Textualmente “*Internationally agreed concepts, definitions and principles in order to enhance the consistency and international comparability of crime statistics, and to improve analytical capabilities at a national, regional and international level*”, *Ibidem*, esp. p.6.

categorías están desagregadas según hechos, características de la víctima, características del delincuente y descripciones e inclusiones de la información. Dentro de las características de la víctima se especifica su sexo, su edad, la minoría de edad, la relación con el delincuente, ciudadanía, estatus jurídico de la víctima (persona física o jurídica), estado de intoxicación de la víctima y sector económico de la víctima. Por tanto, según la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, el dato cruzado del sexo de la víctima y del sexo del delincuente cumple con la prescripción del artículo 11.1.a) del Convenio de Estambul⁹⁶⁸ y ofrece el índice de violencia basada en el sexo.

No obstante, es esta misma Oficina la que advierte que a pesar de que desagregando la información atendiendo al sexo del delincuente y de la víctima se obtiene el indicador de violencia basada en el género, para “mapear” los resultados se necesitan definiciones precisadas en otros documentos⁹⁶⁹. Por ejemplo, el Consejo de Europa se refiere al caso de Dinamarca donde no existe una tipificación autónoma de la violencia doméstica y aunque en la recolección de datos se pueda seleccionar la variable “residencia”, indica el Consejo de Europa que vivir en la misma residencia no puede implicar violencia doméstica en todos los casos⁹⁷⁰.

Llegado este punto podríamos preguntarnos si es un buen sistema el actual para comparar los datos de la violencia contra las mujeres basadas en el género: en primer lugar, para recabar los datos, en segundo lugar, desagregarlos según el sexo de delincuente y víctima y en tercer lugar, proceder a cruzar las dos etiquetas referentes al sexo.

En Capítulo Tercero hicimos referencia a uno de los resultados del Informe del Proyecto Ivor, “*Implenting Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union*”, que ponía de relieve que no todos los EEMM usan el concepto de “víctima”. Esta situación era interpretada aludiendo a la posibilidad de que haya víctimas (o/y grupos de víctimas) que tendrán dificultades para acceder a los derechos reconocidos en la Directiva 2012/29/UE. Recogiendo estas consideraciones respecto de la falta de homogeneidad del concepto de víctimas y los problemas que genera, siguiendo con los puntos señalados en este epígrafe, esta situación de desprotección se acentúa en casos de violencia de género contra las mujeres al no existir unos conceptos homogéneos que establezcan los tipos básicos en que se materializan estas violencias. La ratificación del Convenio de Estambul por la UE puede ser un paso decisivo para esta aproximación de la legislación material del concepto penal a la vez que su inclusión en el artículo 83.1 TFUE podría suponer subrayar la importancia de la violencia contra las mujeres basada en el género tanto por su dimensión estadística a lo largo de toda la UE como porque supondría situar la preocupación por la erradicación y persecución de estos delitos en la base de la consagración de un ELSJ. Así, por ejemplo, lo entiende el

⁹⁶⁸ “A los fines de la aplicación del presente Convenio, las Partes se comprometen a: a recoger los datos estadísticos detallados pertinentes, a intervalos regulares, sobre los asuntos relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio;”.

⁹⁶⁹ Informe “Monitoring EU crime policies (...)”, op. cit. esp. p.25.

⁹⁷⁰ *Ibidem*, esp. p. 15,

Parlamento Europeo en su Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y otras medidas de lucha contra la violencia de género⁹⁷¹.

En resumen, en las distintas legislaciones europeas nos encontramos que hay EEMM que tipifican las conductas dirigidas contra las mujeres en el seno de la pareja de forma autónoma agravada en el caso de que la víctima sea mujer y el acusado hombre (por ejemplo, España), otros EEMM que regulan de forma autónoma el delito de violencia en la pareja (por ejemplo, Bélgica), otros que lo integran en el delito de violencia doméstica (la gran mayoría) y otros EEMM que no tipifican de forma autónoma ni la violencia en la pareja ni la violencia doméstica.

Esta disparidad de regulaciones provoca que allí donde la violencia contra las mujeres no esté tipificada de forma autónoma, sea difícil subrayar el impacto de género de estos delitos. No tipificar de forma autónoma la violencia doméstica invisibiliza la dimensión de los delitos cometidos entre familiares. Podría argumentarse que algunos EEMM regulan de forma agravada determinados tipos básicos si existe parentesco entre las partes y que de esta forma, el factor relación familiar o personal quedaría cubierto. La decisión del legislador penal sobre qué acciones y omisiones tipificar, cuáles tipificar de forma autónoma, cuáles insertarlas en otros tipos y qué circunstancias elegir como agravatorias responde a una complejidad que podría exceder los intereses de esta tesis. Sin embargo, lo que sí podemos apuntar es que un fenómeno que se presenta en la sociedad con unas determinadas características ha de ser abordado de forma específica.

De igual forma que se tipifican y se diferencian las conductas que atentan contra el patrimonio y el orden socioeconómico atendiendo a cuestiones objetivas (por ejemplo, hubo o no violencia) o características subjetivas (por ejemplo, era o no propietario, era o no funcionario/a), la tipificación autónoma de los delitos cometidos en el seno de la pareja y de los delitos entre familiares presentan características que los singularizan respecto a otros tipos de delitos. No solo por la dimensión cuantitativa con que se manifiestan, sino porque se insertan en una determinada sociedad, con unas determinadas normas sociales y que dan forma y moldean la apariencia delictiva⁹⁷².

1.2 Concepto de “mujeres”: violencia de género, teorías *queer* (transexualidad, intersexualidad y personas *gender fluid*) y teorías transhumanistas

⁹⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y otras medidas de lucha contra la violencia de género, 2019/2855(RSP), accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2019-0080_ES.html (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁷² Así lo manifestaba el TEDH en el asunto *Valiulienė c. Lithuania*, de 26 de junio de 2013, n. 33234/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0326JUD003323407, accesible en <https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Valiulienė%20v.%20Lithuania%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-117636%22%5D%7D> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). En el apartado 39, el TEDH subrayaba que el concepto de violencia doméstica es más amplio que el de violencia ejercida por el compañero íntimo, la cual incluía relaciones sean o no oficiales, entre personas del mismo sexo, y las relaciones pasadas. Pudiendo constituir la violencia un hecho o implicando una habitualidad. La violencia contra las mujeres puede por tanto existir fuera de la violencia doméstica.

Pretendiendo ser hija de su tiempo, esta tesis no podría olvidar cómo la cuestión de la condición identitaria “ser mujer” está siendo cuestionada, criticada o revisada desde determinadas corrientes de pensamiento insertadas en las ciertas teorías postmodernistas. En concreto nos referimos a las teorías *queer* y a las teorías “transhumanistas”.

Por lo que respecta al tema de este Capítulo podemos preguntarnos si llegará un momento en que dejaremos de hablar de violencia de género o violencia contra las mujeres no porque haya dejado de perpetrarse los delitos que lo integran (feminicidio, violación, agresión sexual, mutilación genital...) sino porque ya no sea posible hablar ni de géneros (así propuesto desde las teorías *queer*) ni de “mujeres” en su concepción biológica de hembra de la especie humana, *Homo Sapiens*. A lo que hay que añadir la cuestión de los sesgos de género en la programación de los algoritmos motivados tanto por una visión androcéntrica del mundo producto de la socialización cultural, como de la infrarrepresentación de las estudiantes mujeres en las facultades de ciencias como matemáticas, informática, ingeniería, etc. A fin de cuentas además surge la necesaria pregunta de hacia dónde se dirige ese pretendido “perfeccionamiento de la condición humana” y si es medido en términos de racionalidad, cálculos lógicos, eficacia, eficiencia, utilidad, etc. Todos conceptos que aluden a cualidades consideradas masculinas que solventan problemas considerados “masculinos” y pueden dejar de lado aspectos relativos a cualidades asociadas a los “cuidados” para los que se necesitan dosis de cualidades ligadas a la inteligencia emocional como empatía, escucha activa, asertividad, etc. Todo un campo por explorar que en este momento solo podemos mencionar.

Respecto a las teorías *queer*, en este subepígrafe nos referiremos brevemente a la cuestión relativa a si las mujeres transexuales están incluidas en el concepto “mujeres” como víctimas de los delitos de violencia contra las mujeres atendiendo a las razones históricas y sociales que subyacen en estas tipologías delictivas⁹⁷³. Y en su caso, a la posibilidad de la aplicación de la agravante por razones de género. Este tema incluye otras preguntas esenciales como ¿las teorías feministas pierden el concepto clave de sus análisis si participan de la agenda de las teorías *queer* respecto a la transexualidad? ¿Es posible que una mujer transexual sea víctima de todos los delitos que están asociados a la discriminación histórica por motivos de género (piénsese en la mutilación genital femenina, matrimonio forzado de niñas o trata de mujeres con fines de explotación sexual)?, si las mujeres transexuales no son víctimas de violencia de género contra las mujeres, ¿las violencias que sufran por razón de su identidad de género serían consideradas delitos en su tipo básico agravados por motivos discriminatorios? ¿Cómo se ven afectadas las mujeres transexuales por esta diferenciación nominal?

⁹⁷³ Un tema de debate de gran calado y repercusiones en otros aspectos como por ejemplo el establecimiento de casas de acogida que solo acepten mujeres cisgénero y excluya, por tanto, a mujeres transexuales o transgénero. Vid. ASPANI, Rishita, “Are Women's Spaces Transgender Spaces: Single Sex Domestic Violence Shelters, Transgender Inclusion, and the Equal Protection Clause”, *California Law Review* 2018, n. 106, vol. 1689, pp.1689-1753.

Desde un punto de vista nacional español, en la LOMPIVG se especifica en su artículo 1 que el objeto de la Ley es *“actuar contra 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”*. Dos notas: la consideración de que se trata de una discriminación histórica y que las partes tengan o hayan tenido una relación sentimental.

El T.C. tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta Ley en numerosas Sentencias. En la primera de ellas, y en relación con el término elegido “género”, en palabras del TC *“no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino (...) el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”⁹⁷⁴ (...) las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”⁹⁷⁵.*

Esta delimitación conceptual (relación sentimental heterosexual) en la legislación española se singulariza en el contexto normativo internacional de la violencia contra las mujeres, con la propia terminología empleada y con la propia lógica interna de la LO (la primera frase de la exposición de motivos de la LO expresa *“Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*).

En ninguno de los textos jurídicos más importantes en la lucha contra la violencia contra las mujeres se limitaba la consideración de violencia contra la mujer a la existencia de una relación personal. Podemos mencionar la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993⁹⁷⁶ o la definición de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,

⁹⁷⁴ STC 59/2008, de 14 de mayo.

⁹⁷⁵ F.J.9º a) STC 59/2008, de 14 de mayo.

⁹⁷⁶ a) *La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;*

b) *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;*

c) *La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.*

“Convención de Belem Do Pará” de 1994. Conviene recordar la definición que ofrece la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁹⁷⁷, o la diferenciación en el Convenio de Estambul entre violencia contra la mujer (“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”), violencia doméstica (“se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”); y violencia contra la mujer por razones de género (“se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”). El Convenio de Estambul además desarrolla la definición de género (“papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”) y una precisión respecto al término “mujer” (“incluye a las niñas menores de 18 años”).

Con ello, en la legislación española, “violencia de género” queda asimilada a lo que en el ámbito internacional se denomina “violencia doméstica” mientras que en España por “violencia doméstica” se entiende la violencia cuyo sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer y que recae en las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP⁹⁷⁸.

Interesa este recorrido histórico-jurídico para analizar cómo en los textos jurídicos internacionales y nacionales referidos a la violencia contra las mujeres se aclara qué se entiende por género y por las violencias basadas en el mismo pero se maneja un concepto de “sexo” indubitado. Y es en este sentido en el que podemos traer a colación la pregunta, ¿estos textos jurídicos están incluyendo a las mujeres transexuales?.

Apunta la autora JUDITH BUTLER en su libro “*El género en disputa*” en referencia a la conocida frase de SIMONE DE BEAUVOIR “no se nace mujer: llega una a serlo” que “en su estudio no hay nada que asegure que la “persona” que se convierte en mujer sea obligatoriamente del sexo femenino. Si “el cuerpo es una situación”, como afirma, no se puede aludir a un cuerpo que no haya sido desde

⁹⁷⁷ En su Considerando 17 establece que “La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de género (...) Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia”. En su Considerando 18 habla de la violencia en las relaciones personales y precisa *in fine* “Las mujeres se ven afectadas por esta violencia en grado desproporcionado, y la situación puede agravarse aún más cuando la mujer depende del infractor en lo económico, lo social o para su derecho a la residencia”.

⁹⁷⁸ Ampliación en RUIZ LÓPEZ, Cristina “*Justicia Restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación*”, Trabajo Fin de Máster, Máster en Derecho Público, 2016, Tutora: Helena Soletó Muñoz, accesible en https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24547/cristina_ruiz_lopez_TFM_2016.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

*siempre interpretado mediante significados culturales; por tanto, el sexo podría no cumplir los requisitos de una facticidad anatómica prediscursiva. De hecho se demostrará que el sexo, por definición, siempre ha sido género*⁹⁷⁹. En esta línea, esta autora mantiene que *“la repetición de construcciones heterosexuales dentro de las culturas sexuales gay y hetero bien pueden ser el punto de partida inevitable de la desnaturalización y la movilización de las categorías de género”*⁹⁸⁰. Se pregunta si estas *“repeticiones de convenciones heterosexuales en contextos homosexuales podrían cuestionar la práctica reglamentadora de la identidad en sí”*⁹⁸¹. Si para los estudios *queer* la categoría “sexo” está construida culturalmente al igual que la categoría “género”, la precisión de un delito de violencia de género contra las mujeres podría implicar como sujetos activos de los delitos a personas nacidas varón, hombres transexuales y a personas *gender fluid* (si contextualmente se interpretan como varones) y como sujetos pasivos a personas nacidas mujeres *cisgénero*, mujeres transexuales, personas *gender fluid* (si contextualmente se reconocen como hembras). Tenemos así un marco conceptual⁹⁸² que se desarrolla en un contexto social de reivindicación del reconocimiento de la identidad de género, expresión de género, identidad sexual. En este contexto la violencia que sufren personas transexuales, transgénero, personas no binarias o autoconsideradas como *gender fluid* se presenta como un reto jurídico de necesaria delimitación.

Centrándonos en las personas transexuales podemos presentar dos situaciones:

1ª) Coincidencia entre identidad de género y sexo registral: conforme a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁹⁸³, se permite corregir la asignación registral del sexo sin necesidad de decisión judicial y sin necesidad de procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo. Para ello es necesario, conforme a su artículo 4, que le ha sido diagnosticada disforia de género mediante informe médico (que acredite la *“disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia y la ausencia de trastornos de personalidad”*) y tratamiento médico

⁹⁷⁹ BUTLER, Judith, *El género en disputa. EL feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós Studio 168, Barcelona, 1990, esp. p. 57.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, esp. p. 95.

⁹⁸¹ *Ibidem*, esp. p. 96.

⁹⁸² Sirvan las definiciones que establece la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, BOCM de 10 de agosto de 2016, n. 190, BOE de 25 de noviembre de 2016, n. 285, accesible en <https://boe.es/buscar/pdf/2016/BOE-A-2016-11096-consolidado.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

-Persona Trans: toda aquella persona que se identifica con un género diferente o que expresa su identidad de género de manera diferente al género que le asignaron al nacer. El término trans ampara múltiples formas de expresión de la identidad de género o subcategorías como transexuales, transgénero, travestis, variantes de género, u otras identidades de quienes definen su género como "otro" o describen su identidad en sus propias palabras.

-Identidad sexual o de género: el sexo autopercebido por cada persona, sin que deba ser acreditado ni determinado mediante informe psicológico o médico, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, y pudiendo o no involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, atendiendo a la voluntad de la persona.

⁹⁸³ BOE de 16 de marzo de 2007, n. 65, pp. 11251-11253, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/03/15/3> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

“durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”.

El TS se había pronunciado reconociendo “una cierta importancia al sexo psicológico y social admitiéndolo como criterio que podía prevalecer sobre el biológico, pero exigiendo al mismo tiempo la acreditación de cirugía total de reasignación sexual, y la implantación de los órganos, al menos en su apariencia externa, del sexo deseado” (en este sentido SSTS de la Sala 1.a, 811/2002, de 6 de septiembre y 929/2007 de 17 de septiembre). La evolución del tratamiento ha transitado desde esta primera postura de la jurisprudencia y de la legislación al momento actual en el que en sede parlamentaria se discute sobre una Ley LGTBI en cuya propuesta inicial se incluía la posibilidad de la rectificación registral eliminando la exigencia de tratamiento médico bastando únicamente la declaración expresa de la persona interesada. Pues bien, ya la Fiscalía en su Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género⁹⁸⁴ entendía que deberían aplicarse los delitos de violencia de género a “parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente si el agresor es el varón y la víctima la mujer” y esta prescripción cobra sentido por los declarados efectos constitutivos que atribuye el artículo 5.1 de la Ley 3/2007 “La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil”. Son varios los casos judiciales en los que se han aplicado los artículos relativos a los delitos de violencia de género cuando la víctima era una mujer transexual⁹⁸⁵ y cuando el agresor era un hombre transexual⁹⁸⁶.

Subrayo el razonamiento en el FJ.2º de la SAP de Vizcaya 199/2010, de 8 de marzo, en la que expresamente se razonaba del siguiente modo “Consideramos que en este caso a pesar del informe emitido por el Médico Forense que obra al folio 317 en el que se afirma que “la paciente se identifica con un género femenino a nivel de su identidad psíquica”, en el mismo informe se pone de manifiesto que presenta caracteres

⁹⁸⁴ Accesible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2005-30106501133_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁸⁵ SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5.ª) 514/2014, de 28 de noviembre, ECLI: ES:APTF:2014:2307, ponente: Juan Carlos González Ramos, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7321350&links=&optimize=20150311&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2012). AAP Vizcaya 199/2010, de 8 de marzo, ECLI: ES:APBI:2010:37A, ponente: Reyes Goenaga Olaizola, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=5792810&links=&optimize=20101202&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2012); SAP Albacete (Sección 2.ª) 60/2006, de 30 de octubre, ECLI: ES:APAB:2006:751, ponente: María de los Angeles Montalva Sempere, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=604078&links=%2260%2F2006%22&optimize=20070125&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2012) y SAP Granada (Sección 2.ª) 349/2016, de 6 de junio, ECLI: ES:APGR:2016:904, ponente: Aurora María Fernández García, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7815752&links=%22349%2F2016%22&optimize=20160920&publicinterface=true> Último acceso: 12 de diciembre de 2012).

⁹⁸⁶ SAP Granada 45/2017, de 31 de enero, ECLI: ES:APGR:2017:16, ponente: Juan Carlos Cuenca Sánchez, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7974896&links=%2245%2F2017%22&optimize=20170329&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

sexuales secundarios propios del género femenino y persisten genitales externos propios del género masculino. Lo que se extrae de este informe es que en efecto la víctima psíquicamente se percibe como perteneciente al género femenino pero físicamente sigue siendo un varón. Esta situación de indefinición no ha sido tampoco resuelta administrativamente por el interesado, puesto que sigue constando como varón a todos los efectos, tal como se aprecia en su pasaporte (...).Se trata, pues, de una situación probablemente transitoria, puesto que todo apunta a que la intención del interesado será hacer coincidir su identidad física con el género con el que psíquicamente se identifica, pero en la actualidad la situación no está aún definida. Y siendo esto así, entendemos que a favor del reo debe hacerse una interpretación restrictiva y considerar que es un varón a los efectos legales y no le son de aplicación las previsiones de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”

Sin embargo, encontramos otro razonamiento siete años más tarde y en la Audiencia Provincial de Granada. En la SAP de Granada 45/2017, de 31 de enero, el tribunal dilucida en concreto sobre si la aplicación de los artículos referidos a violencia de género en el caso de agresores transexuales conculcaba el principio de prohibición de interpretación extensiva o contra reo. En concreto señalaba *“En el siguiente motivo, el recurso cuestiona la aplicación del art. 153, 1 y 3 al caso, pues el acusado es transexual, (...)De acuerdo con lo expuesto, no se incurre en la sentencia apelada, a nuestro juicio, en ninguna interpretación extensiva o contra reo de la norma cuestionada (el art. 153, 1 del CP), ni se violenta la finalidad de la misma a que se alude en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/2005. El apelante tiene la condición legal de varón, voluntariamente adoptada, y con todos los derechos inherentes a dicha nueva condición. Otra interpretación conduciría a situar a los transexuales en un limbo jurídico (eso sí, en este caso, solo para lo que beneficie) contrario a los fines de seguridad pretendidos en la mencionada Ley 3/2007, de 15 de marzo”*.

Quisiera dejar recogida una apreciación en la SAP de Granada 349/2016, de 6 de junio, en la que el tribunal califica como de “inusual” y “atípica” (“como poco”) una relación sentimental (de seis años) *“por el carácter transexual de ella y los padecimientos psíquicos de él (epilepsia y personalidad límite), unido a ello las desavenencias de María Inés con la familia de su marido hasta el punto de haber sido condenada, según sus propias manifestaciones, a un delito contra la integridad moral contra la madre de su marido”*. Una apreciación que puede estimarse como innecesaria habida cuenta de que de lo que se trataba era de apreciar si existía o no relación sentimental, no de calificar la misma. Si bien, pone de manifiesto cómo la transexualidad sigue siendo puesta de relieve en el ámbito judicial (sin que esto merezca reproche alguno dada la singularidad que presenta⁹⁸⁷) y tratada, calificada o valorada, en algunas sentencias, bajo un prisma normativo de las relaciones personales.

⁹⁸⁷ STS 656/2017, de 5 de octubre, ECLI: ES:TS:2017:3565, ponente: Luciano Varela Castro, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8171563&l>

Ahora bien, ¿qué ocurriría si los hechos delictivos sucedieron con anterioridad al cambio registral? Este supuesto se ha presentado en la realidad recientemente cuando una mujer transexual concluye su operación de reasignación de su sexo siete años después de haber sido denunciada por maltrato psicológico por su entonces esposa, momento en el que su sexo registral era de varón. Este supuesto nos lleva al siguiente escenario.

2º) No rectificación registral.

A pesar de la modificación legislativa a la que hemos aludido, la decisión judicial mayoritaria ha sido la de no aplicar los tipos penales relacionados con la violencia sobre la mujer en los casos en que sobre todo la víctima no haya procedido a la rectificación registral de su sexo. Y en ello en base al principio básico de Derecho Penal y Procesal Penal que establece que, en caso de duda, a favor del reo (*in dubio pro reo*) así como la imposición de realizar una interpretación favorable al reo (sobre todo en lo relativo a la retroactividad de las leyes penales). Como en SAP de Navarra (Sección 2.ª) 99/2017 de 22 de marzo, en la que se inhibe el juzgado de violencia sobre la mujer del conocimiento de una denuncia presentada por una mujer transexual sin haber modificado el registro y manteniendo genitalidad masculina, o la SAP de Madrid (Sección 15.ª) 489/2016, de 19 de septiembre en el caso del quebrantamiento de una medida cautelar de un varón siendo la víctima una mujer transexual, o en la SAP de Cádiz (Sección 3.ª) n. 362/2013, de 4 de noviembre, en el caso de maltrato familiar siendo el sujeto activo del delito un hombre transexual sin cambio registral ni operación quirúrgica.

Sin embargo, hay otras líneas de actuación como la mantenida en la Circular 6/2011 “*aun cuando la mujer transexual no haya acudido al Registro Civil para rectificar el asiento relativo a su sexo, si se acredita su condición de mujer a través de los informes médico-forenses e informes psicológicos por su identificación permanente con el sexo femenino, estas mujeres transexuales, nacionales y extranjeras, pueden ser consideradas como víctimas de violencia de género*”. Y así como algunos casos judiciales como en la SAP de las Islas Baleares (Sección 1.ª) 162/2017 de 7 de marzo “*Atendiendo a los informes médicos y al resto de argumentos ya señalados, debemos entender que aunque aún no cuente con nombre y apellidos de mujer, se la reconoce*

inks=transexual&optimize=20171020&publicinterface=true (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). Interesa por su continua referencia a la transexualidad o no de las personas que menciona en la sentencia. De igual forma en la STS 912/2012, de 20 de noviembre, ECLI: ES:TS:2012:7654, ponente: Carlos Granados Pérez, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6562951&links=transexual&optimize=20121205&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019), en esta sentencia, además, se refiere a la víctima como “el transexual Fátima”. Por el contrario, en la STS 726/2006, de 5 de febrero, ECLI: ES:TS:2007:1961, del mismo ponente, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=527640&links=transexual&optimize=20070419&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019) solo se refiere en una ocasión a la condición de transexual de la víctima. Igual que en la STS 258/2004, de 23 de septiembre, ECLI: ES:TS:2004:5895, ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1913595&links=transexual&optimize=20041104&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

médicamente como tal por lo que el asunto debe ser instruido ante el juzgado de violencia sobre la mujer que corresponda, confirmando el auto recurrido.”

En el caso de tratarse de personas no binarias, un caso fue tramitado en la Audiencia Provincial de Granada en cuya Sentencia 45/2017, de 31 de enero, señalaba que *“Lo que no se contempla en dicha norma es la existencia de un tercer género, o de una situación intermedia como la que parecen sustentar los argumentos del recurso, que de una forma un tanto ventajista, están postulando que el reconocimiento de la condición varonil de David lo sea a todos los efectos, menos a los de la aplicación del art. 153, 1 del CP conforme a la redacción dada por la L.O. 1/2004”*.

Con las anteriores referencias jurisprudenciales podemos observar cómo en las decisiones judiciales más recientes, así como propuestas legislativas y regulación de la Fiscalía General del Estado, reconocerse como hombre transexual o mujer transexual despliega plenos efectos jurídicos en cuanto a la aplicación de los artículos del CP referentes a la violencia de género. Poniendo de relieve cómo el concepto de sexo es interpretado como hecho variable, contextual y dispositivo. La prohibición de discriminación por razón de identidad sexual o de género lleva implícito un derecho a elegir no solo el género sino también el sexo (como derecho integrado en un genérico derecho a la sexualidad que incluya, además, otros derechos como el derecho a elegir la orientación sexual). Reinterpretando a SIMONE DE BEAUVOIR *“no se nace mujer, se elige serlo”*. Esta interpretación sugiere una pregunta: si una persona agrede a quien interpreta como “mujer” (siendo esta su principal motivación criminal) pero si esta persona agredida se reconoce como “hombre”, ¿se podría aplicar la agravante por razones de género? ¿La vivencia *autopercebida* de un rasgo *identitario* se corresponde con la lectura de ese rasgo *identitario* en el imaginario colectivo social? Habría de entenderse que en este caso la motivación discriminatoria de género por parte de quien agrede es evidente y que más allá de la autopercepción de la persona agredida, la discriminación sufrida sería por razones de género y no por razón de la identidad sexual. Haciendo un símil con la posible disforia de raza/origen étnico entendida como persona que no se identifica con la raza/origen étnico como hecho biológico, la persona supremacista que agrede a quien tiene rasgos biológicos (siendo ésta su principal motivación) interpretados como *identitarios* de un determinado origen étnico pero quien no se identifica ni reconoce con los mismos ¿podría aplicársele una agravante por motivos discriminatorios si el origen étnico *autopercebido* del sujeto agredido coincide con la del sujeto agresor?

En un primer momento las teorías feministas con el uso del concepto de género como categoría de análisis consiguieron acabar con el determinismo biológico⁹⁸⁸. Sin embargo, las teorías *queer* dinamitan esta categoría de análisis instalándolo en la *performatividad* y en la interpretación individual y personal de la propia consideración en cuanto al género. Y, sin embargo, su incidencia en la sociedad actual sigue presente.

⁹⁸⁸ LAMAS, Marta, “Diferencias de sexo, género y diferencia sexual”, *Nueva Época* 2000, vol. 7, n. 18, esp. p. 4, <https://www.redalyc.org/>

Algunas de las críticas a las teorías *queer*, además de su mirada occidental, ponen de relieve cómo explican una realidad que aún no existe. Una sociedad post-desigualdad de sexo que aún no ha llegado⁹⁸⁹.

Con lo anterior, nos parece interesante hacer mención al concepto de “grupo social” del artículo 10.1.d) de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional⁹⁹⁰, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. En concreto, “*se considerará que un grupo constituye un determinado grupo social si, en particular: - los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien comparten una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, y - dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea. En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podría incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Los aspectos relacionados con el sexo de la persona, incluida la identidad de género, se tendrán debidamente en cuenta a efectos de determinar la pertenencia a un determinado grupo social o de la identificación de una característica de dicho grupo (...)*”.

Y en relación con este concepto, en la STJUE de 30 de abril de 1996⁹⁹¹ recogía la jurisprudencia del momento en sede del TEDH en el sentido de que “*Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible*» (sentencia *Rees*, de 17 de octubre de 1986, serie A, volumen 106, apartado 38)” (apartado 16). La primera pregunta que planteaba el tribunal remitente se centraba en si infringía la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, el despido de una persona transexual motivado por su asignación de sexo. Es interesante que en opinión del Gobierno del Reino Unido la respuesta era negativa dado que esta mujer transexual también hubiera sido despedida en caso de que fuera hombre

⁹⁸⁹ Las consecuencias de las teorías *queer* en la legislación han provocado consecuencias indeseables como la que recoge este artículo respecto a Finlandia y sus políticas respecto al género neutro, accesible en <https://www.euronews.com/2019/11/22/finland-s-gender-neutral-policies-conceal-female-victims-of-violence> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁹⁰ DOUE de 20 de diciembre de 2011, n. L 337, pp. 9-26, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0095> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁹¹ STJUE de 30 de abril de 1996, asuntos *P. y S. y Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10619756> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

transexual (apartado 15). El TJUE entendía que “*el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado*” (apartado 20) fallando, por tanto, que el despido de la trabajadora había sido contrario a la Directiva 76/207/CEE. En consecuencia, podemos preguntarnos si el grupo en que se integran las mujeres transexuales es el de “mujeres” o el de “personas transexuales”, o si ambos grupos actúan de forma simultánea.

En casos de agresión de mujeres transexuales prostituidas, como en el caso de la STS 574/1987, de 4 de abril⁹⁹² o la STS 4.200/1990, de 24 de diciembre⁹⁹³, ¿podría aplicarse la agravante de por razones de género (en el caso de que el sujeto activo del delito actúe por motivos discriminatorios basados en el sexo de la persona agredida)? Es necesario puntualizar que, en la primera sentencia mencionada, si bien es del año 1987, se confunde el término travesti y transexual. Para responder a la pregunta y siguiendo con la reflexión acerca de la posibilidad de elegir el sexo, podemos hacernos algunas reflexiones con un interés meramente académico y sin que deba ser interpretado como propuesta de eliminar derechos humanos o atentar contra la dignidad de las personas. Si una persona agrede a quien interpreta como “mujer” (siendo esta su principal motivación criminal) pero si esta persona agredida se reconoce como “hombre”, ¿se podría aplicar la agravante por razones de género? ¿La vivencia *autopercebida* de un rasgo *identitario* se corresponde con la lectura de ese rasgo *identitario* en el imaginario colectivo social?

La situación social de las mujeres transexuales está caracterizada por una doble discriminación motivada por su identidad de género. El hecho de preguntarnos en este epígrafe si debemos considerar a las mujeres transexuales como víctimas de violencia contra las mujeres por razones de género estriba en el interés académico e investigador en delimitar los sujetos pasivos y activos de los actos y omisiones delictivas. La aplicación de la legislación española establece una necesaria diferenciación por sexos habida cuenta de la sexualización de la sociedad. Tras el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales al reconocimiento de su identidad sexual, esta sexualización se hace depender del hecho interno de cada persona, de su *autoasignación* a uno u otro sexo (o a ninguno). El uso fraudulento de un derecho, su abuso o ejercicio antisocial no debería eliminar ese derecho sino focalizar la necesidad de educación y concienciación de la sociedad. La aplicación de los tipos penales referentes a la violencia de género, implicando por tanto una relación sentimental en el derecho español, no tendría mayores obstáculos en casos de personas transexuales siempre que

⁹⁹² STS 574/1987, de 4 de abril, ECLI: ES:TS:1987:10585, ponente: Fernando Díaz Palos, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4393884&links=transexual&optimize=19960110&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

⁹⁹³ STS 4.200/1990, de 24 de diciembre, ECLI: ES:TS:1990:15221, ponente: Eduardo Moner Muñoz, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4368857&links=transexual&optimize=19960107&publicinterface=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

el agresor sea hombre (transexual o *cissexual*⁹⁹⁴) y la víctima mujer (transexual o *cissexual*). En estos casos la transexualidad actuaría como confirmación de la categoría de análisis “género” como los roles y estereotipos asociados culturalmente a los sexos (como hecho exteriorizado, vivido e interpretado).

Sin embargo, en aquellos casos fuera de los delitos de violencia de género en los que la identidad sexual o sexo *autopercibido* sea el motivo de la discriminación, ¿la pena asociada al delito podría ser agravada, en su caso y si se dieran los requisitos legales, por el motivo discriminatorio basado en la identidad sexual, y no por razones de género?. ¿Una mujer transexual agredida por ser mujer transexual es agredida por razones de género o de identidad sexual? Habríamos de estar al caso en concreto dado que cualquier apreciación podría ser aventurada. Sin embargo, *prima facie*, podríamos valorar que el rasgo *identitario* de “transexualidad” (como incumplimiento del mandato normativo patriarcal de identificarnos con el sexo del momento del nacimiento y actuar conforme al género que se le atribuye) se interpreta y lee con anterioridad al rasgo *identitario* “mujer” (como subordinación al hombre y atribución de roles y papeles discriminatorios e infravalorados en un sistema patriarcal). Por ello, a pesar de que la identidad de la víctima no puede hacerse depender de lo que considere la persona que vulnere sus derechos, la aplicación del Derecho a supuestos particulares exige el tratamiento individualizado de cada caso. Pues, en definitiva, la víctima no recibirá una reparación adecuada si el delito que ha sufrido se ha catalogado sin atender a sus características, ni la persona infractora podrá motivar su comportamiento de conformidad con las leyes penales, ni “re-educarse” para no volver a cometer el delito⁹⁹⁵, si la respuesta de la Justicia dirige su foco de atención de forma equivocada a las razones de la comisión del delito.

Por último, en lo que respecta a las teorías transhumanistas, siguiendo a FERNANDO LLANO ALONSO, podemos definir esta corriente intelectual como un “*movimiento cultural e ideológico que propone el mejoramiento tecnológico de las capacidades físicas y cognitivas del ser humano hasta el punto de intentar alcanzar la perfección de su especie*”⁹⁹⁶.

Queremos mencionar la problemática en torno a la responsabilidad por acciones u omisiones derivadas de Inteligencias Artificiales. Podemos, por ejemplo, imaginar, el acoso a una mujer en una red social mediante la programación de una Inteligencia Artificial para este fin por su (ex)novio/marido, el asesinato de una mujer por medio de un coche autónomo ocupado por su (ex)novio/marido o el uso de drones para vigilar a la (ex)novia/esposa programados para actuar de forma automática. ¿Serían formas de violencia contra las mujeres si son ejecutadas por Inteligencias Artificiales? No nos

⁹⁹⁴ En los estudios *queer* se denomina *cissexual* a la persona cuya identidad sexual se corresponde con el sexo al nacer, denominado también “cisgénero” en KNIGHT, Charlotte, WILSON, Kath, *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, Pacgrave Macmillan, Londres, 2016, esp. p. 20.

⁹⁹⁵ Artículo 25.2 CE.

⁹⁹⁶ LLANO ALONSO, Fernando H., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, esp. p.17.

cabe ninguna duda de la imputación del hecho a quien controla (o crea) la Inteligencia Artificial, pero habría de quedar claro el régimen de imputación de responsabilidad en el desarrollo de la robótica e Inteligencia Artificial⁹⁹⁷. FERNANDO LLANO sugiere que nos aproximamos a un momento histórico en el que en el planeta Tierra conviviremos tres especies distintas. A saber, el *Homo Sapiens*, la especie posthumana y la especie ciborgs. Mientras que en la primera especie los seres humanos no tienen ninguna mutación ni alteración genética, la segunda surge precisamente por profundas modificaciones biogenéticas y la tercera es la combinación entre elementos biológicos y cibernéticos⁹⁹⁸. No solo la convivencia entre estas tres especies sino muchas otras de las ideas que se analizan desde estas corrientes de pensamiento ponen sobre la mesa cuestiones que afectan de forma directa a las cuestiones jurídicas que tratamos en esta memoria de tesis doctoral.

1.3 Relación “amorosa” “heterosexual”

La existencia de una relación de tipo amorosa entre sujeto activo y sujeto pasivo también es objeto de regulación por las distintas regulaciones nacionales europeas. Siguiendo a TERESA PERAMATO MARTÍN, Fiscal Adscrita a la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer,⁹⁹⁹ han de concurrir tres presupuestos: 1º. Se puede producir con independencia de la edad. 2º. Múltiples formatos del tipo de relaciones. 3º. Con las TICs, las interrelaciones “virtuales” pueden aparecer con la misma intensidad que una “real”.

En cuanto a la definición de compañero/a íntimo, de conformidad con el EIGE¹⁰⁰⁰, 24 EEMM incluyen “cónyuge” (Alemania, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Estonia, Grecia, España, Francia, Hungría, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido), 19 EEMM incluyen al “exesposo/a” (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Grecia, Eslovenia, Eslovaquia, España, Francia, Italia, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rumanía), “compañero/a sentimental” es incluido en 12 EEMM (Alemania, Bélgica, Estonia, España, Francia, Luxemburgo, Letonia, Países Bajos, Austria, Portugal, Suecia, Reino Unido), “excompañero/a sentimental” es incluido en 10 EEMM (Bélgica, Alemania, España, Francia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Austria, Portugal, Reino Unido), “novio/a” es incluido en 6 EEMM (Bélgica, Estonia, España, Austria, Portugal,

⁹⁹⁷ Nos parece oportuno mencionar que el Grupo de experto de la Comisión Europea ya ha analizado el proceso de actualización de la normativa europea y nacionales para abordar los daños causados por sistemas inteligentes. Vid. MIGUEL BARJOLA, José y FERNÁNDEZ, Carlos B, “Propuesta para un régimen de responsabilidad por uso de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea”, *Diario La Ley* 2019, sección digital de noticias, <https://diariolaley.laleynext.es/>

⁹⁹⁸ *Ibidem*, esp. p. 15.

⁹⁹⁹ En el VII Congreso del Observatorio contra la violencia de doméstica y de género. Madrid, 18 y 19 de octubre de 2018. Antiguo Salón de Sesiones del Senado.

¹⁰⁰⁰ EIGE, *Glossary of definitions of rape, femicide and intimate partner violence*, 2017, P. 44, accessible en <https://eige.europa.eu/publications/glossary-definitions-rape-femicide-and-intimate-partner-violence> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

Suiza), “compañero/a-persona con quien se conviva” es incluido en 16 EEMM (Bélgica, Bulgaria, República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Hungría, Chipre, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Polonia, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia), compañero/a con quien conviva es incluido en 8 EEMM (Bélgica, Bulgaria, Suecia, España, Francia, Luxemburgo, Eslovenia, Eslovaquia), la exigencia de una relación estable y duradera es requerida en 4 EEMM (Bélgica, Estonia, España, Portugal).

Siguiendo la jurisprudencia española, en la STS 510/2009¹⁰⁰¹ lo decisivo para equiparación es la existencia de un “*cierto grado de compromiso aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.*”

En la STS 807/2015¹⁰⁰² el TS no aplicó el 153 CP, sino la falta lesiones en el marco de una relación que duró cinco meses con rupturas. Esta STS tiene un voto particular de la magistrada Ana Ferrer García al que se adhirió el magistrado Miguel Colmenero Menéndez de Luarca en el que resaltaban que “*Lo relevante es la idea de proyecto de vida compartido, no futuro, puesta en común de espacio*”. A este respecto, incluso en la Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado¹⁰⁰³ se admite la posibilidad de aceptar que las relaciones paralelas, amantes, esté incluida en la consideración de violencia de género.

Dicho lo anterior y siguiendo la jurisprudencia del TEDH en el asunto *Valiulienė c. Lituania*, de 26 de junio de 2013 al que ya hicimos referencia, tanto la violencia doméstica como la violencia contra el/la compañero/a íntima puede ser ejercida en el marco de una relación heterosexual u homosexual. El matrimonio homosexual está reconocido en 15 EEMM (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Suecia, y Reino Unido (excepto Irlanda del Norte). En Bulgaria, Eslovaquia, Lituania, Letonia, Polonia

¹⁰⁰¹ STS 510/2009, de 12 de mayo de 2009, ECLI: ES:TS:2009:3351, ponente: Manuel Marchena Gómez, accesible en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4610511&optimize=20090618&publicinterface=true&calledfrom=searchresults&statsQueryId=125907317&start=1&links=pareja%20%22510%2F2009%22> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019), F.j.1.III.

¹⁰⁰² STS 807/2015, de 23 de noviembre, ECLI: ES:TS:2015:5739, ponente: Luciano Varela Castro, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7589217&optimize=20160201&publicinterface=true&calledfrom=searchresults&statsQueryId=125909343&start=1&links=pareja%20sentimental%20%22807%2F2015%22> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁰³ Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal, accesible en http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/docs/circular_6_2011.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

y Rumanía no está permitida ni la unión civil como sí está regulada en Croacia, Chipre, Chequia, Estonia, Grecia, Hungría e Italia¹⁰⁰⁴. Para lo que nos interesa en este momento, esta amalgama de situaciones legales provoca que en aquellos EEMM en los que se reconozcan los mismos efectos al matrimonio entre personas del mismo sexo, las estadísticas respecto a la violencia doméstica o violencia en la pareja, aún desagregadas por sexos, arrojarían resultados confusos pues podrían incluir como sujetos pasivos del delito a mujeres cuyas (ex)parejas son mujeres y como sujetos activos del delito a hombres que ejercen violencia contra sus parejas también hombres. Por lo que, se pone de nuevo de relieve la necesidad de diferenciar entre violencia doméstica, violencia en la pareja y violencia contra las mujeres, precisando en este último caso que se trata de una violencia contra las mujeres ejercida por quien es o haya sido su compañero sentimental como reflejo de una discriminación histórica entre los dos sexos en el marco del matrimonio, situación discriminatoria interna dentro de la pareja con una nota de histórica y basada en el sexo de sus integrantes que no existe en relaciones homosexuales, no por su inexistencia histórica sino por su motivaciones ajenas a las razones de roles y estereotipos de género y su asignación a una y otro miembro de la pareja (con reflejo social y recogimiento legal).

1.4 Agravante de género

A pesar de que en el Convenio de Estambul se reconozca que *“la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación; Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres;”* y que *“Reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género; Reconociendo que la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada (...)”*, en el artículo 46 dedicado a las circunstancias agravantes no se menciona el género de las víctimas como circunstancia que agrave la consecuencia jurídica. Como así aparece regulada en el artículo 22.4 del CP español tras su modificación por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰⁰⁵ bajo la dicción *“Son circunstancias agravantes: 4ª Cometer el delito (...) por razones de género”*.

¹⁰⁰⁴ Fuente: Fundamental Rights Agency, accesible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements-same-sex-marriage> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁰⁵ BOE de 31 de marzo de 2015, n. 77, pp. 27061-27176, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

Ya la STS 565/2018, de 19 de noviembre¹⁰⁰⁶, aplica de forma directa el Convenio de Estambul y confirma que la agravante de género debe aplicarse en todos los delitos contra la mujer por el hecho de serlo y continúa la línea interpretativa de la STS 420/2018, 25 de septiembre de 2018¹⁰⁰⁷ que establece la aplicabilidad de la agravante de género también fuera de las relaciones de pareja y su compatibilidad con la agravante de parentesco. Esta última sentencia interpreta la agravante como *"el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto"*. Mientras que por agravante de parentesco la jurisprudencia del TS en la STS 656/2018 mencionada señala que *"La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que por relación de afectividad, debe estimarse: a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima"*. (FJ 7º). Mientras que *"no puede aplicarse la agravante de género ni la circunstancia mixta de parentesco como agravante respecto de aquellos tipos penales que ya prevén entre sus elementos que necesariamente exista o haya existido entre víctima y autor esta relación, como ocurre con los delitos recogidos en los artículos 148.4º, 153.1, 171.4, 172.2, pues en otro caso estaríamos vulnerando la prohibición non bis in idem"*. (FJ.8º)

El Grupo de Expertos y Expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ publicó un informe titulado *"Análisis de la aplicación de la agravante por razón de género en Sentencias dictadas entre 2016 y 2018"*¹⁰⁰⁸. En él se analizaron 36 sentencias de Audiencias Provinciales y del Tribunal del Jurado¹⁰⁰⁹. En 24 de ellas se apreció la agravante de razones de género y en 12 no se apreció. Podemos, en primer lugar, apuntar algunas conclusiones de informes anteriores sobre la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Así, *"La circunstancia agravante más utilizada es el parentesco. En el estudio de las sentencias dictadas en el año 2016, en los supuestos de violencia de género se aplicó en el 92% de los casos, en los casos de violencia doméstica en el ámbito de la pareja se aplicó sólo en el 50% y en*

¹⁰⁰⁶ STS 565/2018, de 19 de noviembre, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, ECLI: ES:TS:2018:3757, accesible en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8580846&optimize=20181122&publicinterface=true&tab=AN&calledfrom=searchresults&statsQueryId=126638746&start=1&links=%22565%2F2018%22> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁰⁷ STS 420/2018, 25 de septiembre, ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, ECLI: ES:TS:2018:3164, accesible en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8513650&links=agravante%20de%20g%C3%A9nero&optimize=20180928&publicinterface=true> (Último acceso a: 12 de diciembre de 2018).

¹⁰⁰⁸ Octubre de 2018, accesible en <http://www.poderjudicial.es> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁰⁹ En concreto, se analizaron 11 casos de asesinato, 12 de homicidio, 10 casos tentativa de homicidio/asesinato, 6 casos de agresión sexual, 3 casos detención ilegal, 2 casos de lesiones agravadas, 2 casos amenazas y 1 caso de delitos contra la intimidad, daños, allanamiento de morada e incendio.

el 100% de las sentencias dictadas cuando la víctima era un o una menor. (...) La alevosía y el ensañamiento son las circunstancias, tras el parentesco, más apreciadas. En las sentencias por violencia de género dictadas en el año 2016 se apreció en el 83% y 14% de los casos respectivamente. En cuanto a los casos de violencia doméstica en el ámbito de la pareja se apreció sólo la alevosía, en el 40% de los casos y en ninguna se apreció ensañamiento. - Finalmente circunstancias como el abuso de superioridad, confianza o aprovechamiento de tiempo y lugar se aprecian con carácter más residual. (...) En el estudio realizado en el 2014 se contabilizaron 57 circunstancias atenuantes (sobre un total de 497 sentencias dictadas, 374 de las cuales con fallo condenatorio), 23 de las cuales se apreciaron en sentencias dictadas en segunda instancia (7,8% del total de las sentencias condenatorias dictadas en apelación). Se apreciaron 19 circunstancias atenuantes por embriaguez (5% del total de sentencias condenatorias), 13 por adicción al alcohol o sustancias estupefacientes (3,5%), 9 por dilaciones indebidas (2,4%), 6 por reparación del daño (1,6%), 5 por confesión (1,3%), 4 analógicas por alteración psíquica (1%) y 1 por arrebatos u obcecación (0,3%)”¹⁰¹⁰.

Entre las conclusiones del citado informe podemos destacar que “*el ataque a bienes jurídicos por motivo de género es “transversal” pues afecta a víctimas de nacionalidad española (75%) y extranjera (17%), en un 8% de los casos no consta la nacionalidad, en rango de edad que varía de los 17 a los 75 años. Sólo en un caso se ha aplicado la agravante sin que entre víctima y victimario existiera o hubiera existido una relación de afectividad (...) Desde el punto de vista de la instrucción y enjuiciamiento se ha revelado de vital importancia la colaboración de terceros ajenos al proceso, pues familiares, amigos y personas cercanas a la víctima son quienes han aportado información directa y muy útil a la hora de ponderar la aplicación de la circunstancia agravante por motivos de género. La información que ha coadyuvado a contextualizar los hechos objeto de enjuiciamiento y fundamentar las acciones como discriminatorias por razón de “género”, han sido, básicamente: - Existencia de agresiones o amenazas anteriores en el 50% de las sentencias, exteriorizadas (29%) o no. - Ser víctima de acoso y control coercitivo: el patrón de control y coerción se describe con mucha mayor frecuencia que el de las agresiones físicas. - Cómo el esfuerzo de la mujer por reivindicar su independencia, en forma de separación, ha desencadenado el hecho delictivo. La acusación particular ha solicitado la aplicación de la agravante en el 90% de los casos en que se ha personado, jugando un papel relativamente más activo que la acusación pública (73%) de los casos”¹⁰¹¹.*

Esta agravante por motivos de género no aparece recogida en el resto de ordenamientos procesales penales europeos. En la generalidad de legislaciones procesales penales europeas sí se establece la circunstancia agravante de parentesco. Así, por ejemplo en Francia se regulan “*Las circunstancias agravantes se aplican a los delitos de violencia física cuando el perpetrador es la pareja de la víctima, o cuando la*

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, esp. p. 12.

¹⁰¹¹ *Ibidem*, esp. p. 12.

*motivación del perpetrador se basa en la oposición de la víctima al matrimonio o a la pareja. El matrimonio forzado también es ilegal*¹⁰¹². O en en Letonia “*Cualquier tipo de violencia contra la pareja o un pariente es una circunstancia agravante*”¹⁰¹³. También se ha reconocido la agravación de parentesco en Austria, Bélgica, Eslovaquia, Estonia, Francia, Iatlia, Lentionia, Malta, Portugal, Reino Unido¹⁰¹⁴. En Italia se regulan hasta 16 circunstancias agravantes como “*abuso de autoridad, relaciones domésticas, relaciones de trabajo, convivencia u hospitalidad*”¹⁰¹⁵ pero no aparece expresamente las razones de género. En Portugal, las circunstancias agravantes no aparecen enumeradas en la parte general, sino que son reguladas según el tipo de delito. Por ejemplo, en el artículo 132.2 del Código Penal portugués se agrava el homicidio si ha sido cometido “en razón del odio por sexo”¹⁰¹⁶. En algunos Estados latinoamericanos sí se regula de forma expresa la agravante de razones de género como en México (artículo 51 del Código Penal federal, en el que se agrava la pena en el caso de que el sujeto pasivo sea mujer y existan razones de género)¹⁰¹⁷, en Colombia se regula como circunstancia agravante si el delito es cometido en razón del sexo de la víctima¹⁰¹⁸ y en Perú las tres circunstancias agravantes que se prevén una hace referencia a la discriminación en términos generales, otra a que la víctima sea mujer en situación de especial vulnerabilidad y la tercera, el parentesco¹⁰¹⁹.

Sin embargo, como pone de manifiesto el TS español dichas circunstancias agravantes no responden a la misma finalidad pues mientras la agravante de parentesco responde a un hecho objetivo asociado a la convivencia, la agravante de género tiene una naturaleza subjetiva, una motivación machista que ha de ser probada *ex ante*. Ello, no obstante, hay una línea doctrinal que aboga por su “*objetivización*” dado que sucede que en el caso del asesinato de una mujer a manos de su esposo haya de probarse que la asesinó basándose en motivos de dominación, cuando entiende, entre otras personas, TERESA PERAMATO MARTÍN, Fiscal Adscrita a la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer, que se debería ceñir a la prueba del contexto de discriminación¹⁰²⁰. Así también PATRICIA LAURENZO COPELLO y CATY VIDALES RODRÍGUEZ¹⁰²¹.

¹⁰¹² (Traducción propia). Cita en inglés textual: *Aggravating circumstances apply to physical violence offences when the perpetrator is the partner of the victim, or when the perpetrator's motivation is based on the victim's opposition to marriage or partnership. Forced marriage itself is also illegal*”.

¹⁰¹³ (Traducción propia). Cita en inglés textual “*Any kind of violence against a partner or a relative is an aggravating circumstance*”.

¹⁰¹⁴ Informe del FRA sobre el acceso a la justicia, 2019, esp. p. 210, Accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-ftr-chapter-9-justice_en.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰¹⁵ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, op. cit., esp. pp. 250-251.

¹⁰¹⁶ *Ibidem*, esp. p. 257.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*, esp. p.261.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*, esp. p.266.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*, esp. p.266.

¹⁰²⁰ En cuanto a la no posibilidad de aplicar la agravante de género en los tipos penales que incluyan el género en su agravación, Vid.STSJCV 72/2018, 29 de junio, Ponente Carmen Llombart Pérez. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8444336&links=robo%20con%20intimidaci%C3%B3n&optimize=20180709&publicinterface=true> determina que “*La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores*”. con la inclusión de la agravante de discriminación

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Con todo lo anterior, una línea doctrinal aboga por la derogación de los tipos penales específicos de violencia de género en *pro* de la aplicabilidad de la agravante de género (en el supuesto de que concurra) o el establecimiento de la agravante genérica en caso de que la víctima sea mujer con la que el sujeto activo haya tenido una relación de afectividad o conyugal¹⁰²². Los tipos agravados por violencia de género en la legislación penal española presentan la siguiente regulación

DELITO	ARTÍCULO	PENA si es mujer la víctima con quien el autor tenga/haya tenido una relación sentimental	PENA para el resto de víctimas
Lesiones	148.4	prisión de 2 a 5 años	Circunstancias agravatorias también: si es persona especialmente vulnerable, menor de 12 años, discapacitada o con ensañamiento y alevosía.
Maltrato	153.1	prisión de 6 meses a 1 año o de TBC de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años. (=persona especialmente vulnerable que conviva)	Para personas del 173.2 (violencia doméstica) CP: prisión de 3 meses a 1 año o de TBC de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y un 1 a 3 años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 6 meses a 3 años.
Amenazas leves	171.4	prisión de 6 meses a 1 año o de TBC de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial	171.5 Para personas del 173.2 (violencia doméstica) CP: prisión de 3 meses a 1 año o TBC de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 a 3 años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del

por razones de género no se va a ampliar la protección de los derechos de la mujer frente a la criminalidad machista, pues los mismos supuestos agravados que puedan considerarse con la nueva ley, tenían de igual forma cobertura con la antigua. En el Preámbulo de la nueva regulación se explica la introducción de este motivo, ". . . para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito..." (Violencia de género), entendiéndolo, conforme al Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que sexo y género hacen referencia a realidades distintas. Por tanto, lo que resulta es que en los tipos agravados donde ya se tiene en cuenta el género es decir donde este es parte integrante del tipo no puede apreciarse la agravante de género puesto que se infringiría el principio non bis in idem". F.J.3º.

¹⁰²¹ Mencionada en VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, "La generalización del género: reflexiones en torno a la agravante de discriminación por razón de género", *Revista General de Derecho Penal* 2019, n.32, <https://www.iustel.com/>

¹⁰²² Así, por ejemplo, OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, op. cit., esp.pp.274-275.

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

		protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años (<i>=persona especialmente vulnerable que conviva</i>)	menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de 6 meses a 3 años.
Coacciones leves	172.2	prisión de 6 meses a 1 año o de TBC de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y un día a 3 años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años.	172.3 pena será la de localización permanente de 5 a 30 días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o TBC de 5 a 30 días, o multa de 1 a 4 meses

Figura n. 29. Delitos de violencia de género en España: penas y comparativa si la víctima es hombre. Fuente: elaboración propia basada en el CP.

Como podemos observar, la diferencia penológica que impuso la LOMPIVG en el CP no supuso una agravación desproporcionada ni incongruente en caso de que la víctima fuera esposa o novia del autor. De hecho, es significativo el número de artículos destinados por la LO a cada aspecto: 14 artículos referidos a las medidas de sensibilización, 12 artículos a los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, 4 a la tutela institucional, 10 a la tutela penal y 30 a la tutela judicial. En una interpretación sistemática, las medidas de sensibilización, prevención y detección son las primeras que abordó el legislador. En una interpretación cuantitativa, la tutela judicial es el aspecto más detallado en la regulación de la LOMPIVG.

Nos decantamos por el mantenimiento de esta regulación secundando la declaración de constitucionalidad del TC y recordando el reconocimiento legal histórico del derecho del marido a castigar a la esposa y el deber de la esposa de obedecer al marido, y la interiorización que dicha regulación ha causado en el mantenimiento de relaciones conyugales y sentimentales, apelando a la exigencia legal de relaciones basadas en los principios constitucionales y de respeto de los DDHH de la pareja.

1.5 Carácter público, semipúblico o privado

La cuestión de la atribución de un carácter público o privado de los delitos de violencias contras las mujeres tiene una transcendencia procesal de gran calado en cuanto a la personación como acusación, la incidencia del perdón de la víctima o

incluso por el mismo tratamiento de estos delitos como asuntos no privados sino como verdaderas vulneraciones de derechos humanos.

En el mencionado caso *Valiuliene c. Lituania* el asunto llegaba después de que conforme al Ordenamiento Jurídico lituano y tras una reforma legislativa en mayo de 2003, en concreto el artículo 407 del nuevo Código Procesal Penal, los delitos que supongan daños físicos de menor entidad (Loreta Valiulienė, la demandante, alegaba haber sido estrangulada, tirada del pelo y golpeada en cinco ocasiones en diferentes partes de su cuerpo por su novio de entonces) solo son perseguibles a instancia de parte. Su artículo 409 atribuía al Ministerio Fiscal el derecho a iniciar una investigación en el caso de delitos perseguidos a instancia de parte solo en el caso de que el asunto presentara importancia pública o si existen importantes motivos por los que la víctima fuera incapaz de proteger y defender sus derechos. Ninguna de estas previsiones fue apreciada por el Ministerio Fiscal lo que determinó que, aun habiendo sido iniciado el procedimiento bajo las disposiciones anteriores a la reforma del proceso penal en Lituania, el proceso fue archivado ya que no procedía la acusación pública sino la privada por parte de la víctima. La víctima apeló alegando haber iniciado el procedimiento con anterioridad del cambio legislativo y señalando la falta de la oportuna información por parte del Ministerio Fiscal de su decisión de no continuar la acusación. Además, apuntaba los efectos negativos de esta dilación de dos años de la notificación de la decisión del Ministerio Fiscal dada la proximidad del plazo de prescripción para enjuiciar a su presunto agresor. Su recurso fue desestimado.

A este respecto, merece la atención la postura del TEDH en cuanto a la existencia o no a la luz del artículo 8 CEDH de una obligación de los Estados partes de continuar la acción penal de oficio aun cuando la víctima retire su denuncia. El TEDH señalaba en primer lugar, en Sentencias como en el caso *Opuz c. Turquía*¹⁰²³ la falta de consenso en los Estados partes. Sí reconocía el TEDH la necesidad de equilibrar los derechos de las víctimas reconocidos en los artículos 2, 3 y 8 CEDH al tomar una postura procesal u otra (punto 138 de la STEDH en el caso *Opuz c. Turquía*). El TEDH en dicha sentencia señalaba en su punto 38 algunos criterios para valorar la necesidad de actuar de oficio. En este sentido, en la traducción de ANA ROSA ALIJA¹⁰²⁴, el TEDH señalaba los siguientes: *“la gravedad del delito; si el daño causado a la víctima es físico o psíquico; si el agresor usó un arma; si el agresor ha amenazado a la víctima con posterioridad al ataque; si el agresor planificó el ataque; los efectos (incluidos los psíquicos) sobre cualquier menor que viva en el hogar; la probabilidad de que el agresor vuelva a*

¹⁰²³ STEDH de 9 de septiembre de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, demanda 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng/#%7B%22fulltext%22:%5B%22Opuz%20v.%20Turkey%20\(Application%20no.%2033401/02\)%20\(2009\)%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-92945%22%5D%7D](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng/#%7B%22fulltext%22:%5B%22Opuz%20v.%20Turkey%20(Application%20no.%2033401/02)%20(2009)%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-92945%22%5D%7D) (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰²⁴ ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, “La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de Derechos Humanos en el marco del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Europeo* 2011 n.24, esp. p.18, <http://www.iustel.com>

delinquir; la amenaza continuada a la salud y a la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona que haya estado, o pudiera llegar a estar, implicada; el actual estado de la relación entre víctima y agresor; el efecto sobre esa relación de la continuación de la acción penal contra el deseo de la víctima; la historia de la relación, particularmente si ha habido violencia en el pasado; y el historial delictivo del agresor, en particular cualquier antecedente de violencia”. Con todo lo anterior podemos decir que según el TEDH el Estado debe proseguir de oficio la acción penal cuanto mayor es la gravedad del delito o cuanto mayor es el riesgo de reiteración delictiva y victimal.

Así, en la letra C de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la OEP se subraya el carácter público de los delitos basados en el género “*Considerando que la desprotección de un ser humano frente a la violencia de género perjudica a la sociedad en su conjunto*”¹⁰²⁵.

2. La Unión Europea y el Consejo de Europa frente a la violencia contra las mujeres basada en el género

En las Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre el Pacto Europeo para la Igualdad de Género 2011-2020¹⁰²⁶ se señalan las *Medidas para eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres*:

a) *adoptar, aplicar y supervisar estrategias a escala nacional y de la Unión con vistas a eliminar la violencia contra las mujeres*; En esta primera medida se incardinaría, sin duda, la elaboración de una Directiva sobre prevención, tipificación y erradicación de la violencia contra las mujeres;

b) *reforzar la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección de las víctimas y de las potenciales víctimas, entre ellas las mujeres pertenecientes a grupos desfavorecidos*; y

c) *poner de relieve el papel y la responsabilidad esenciales de hombres y muchachos en la erradicación de la violencia contra las mujeres*.

En su Informe de 2018 “*Report on equality between women and men in the EU*”¹⁰²⁷, la Comisión Europea enunciaba las medidas adoptadas en 2017 para erradicar la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación de las mujeres. En su valoración del progreso lento de marco legal, la Comisión Europea señalaba la

¹⁰²⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, P8_TA(2018)0189, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0189+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰²⁶ Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), 2011/C 155/02, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52011XG0525%2801%29> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰²⁷ Comisión Europea, Report on equality between women and men in the EU, Bruselas, 2018, accesible en <https://khrono.no/files/2019/03/08/2018ReportonequalitybetweenwomenandmenintheEU.pdf>, esp.pp.36-41 (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

importancia de la ratificación del Convenio de Estambul para el desarrollo de un marco común para combatir la violencia contra las mujeres. Asimismo, mencionaba la importancia de mejorar la recolección de datos desagregados por sexo y la preocupación por la ciberviolencia. En el informe de 2019 sobre el año 2018, enumeraba las actividades y demás campañas para la concienciación y la erradicación de la violencia de género contra las mujeres, centrándose en concreto en el impacto de género del delito de trata de personas, se menciona la campaña #MeTooEP visibilizando abusos y acoso a mujeres en el Parlamento Europeo¹⁰²⁸. De sumo interés los datos arrojados en el Informe de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) llevado a cabo en 2018 en Albania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, Macedonia del Norte y Serbia, Moldavia y Ucrania, basado en 15.179 entrevistas a mujeres de entre 18 a 74 años¹⁰²⁹.

En cuanto a la adhesión al Convenio de Estambul, aún no ha sido ratificado por Bulgaria¹⁰³⁰, Croacia, República Checa, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Eslovaquia y Reino Unido. Fue firmado el 13 de junio de 2017 por la Comisaria Jourová en Estrasburgo en presencia del Secretario General del Consejo de Europa, M. Thorbjørn Jagland¹⁰³¹.

A pesar de los indudables esfuerzos de la UE para la prevención y erradicación de la violencia de género¹⁰³² sobre todo en lo que tiene que ver con la financiación de programas para la concienciación sobre la existencia de violencia basada en el género, su afectación desproporcionada a las mujeres como forma de discriminación y la necesidad de erradicarla¹⁰³³, apunta ELENA MARTÍNEZ a la falta de previsión en Derecho primario en materia de igualdad de género y, por tanto, de título competencial muestra la falta de protección de las cuestiones relacionadas con el género en el ámbito europeo en contraste con su presencia en la mayoría de agendas nacionales. Y con todo y con ello, indica la autora cómo la cláusula de imprevisión del artículo 353 TFUE posibilita que una medida no prevista, como en este caso la erradicación de la violencia

¹⁰²⁸ Estudio *Sexism, harassment and violence against women in parliaments in Europe*, 2018, accesible en <http://website-pace.net/documents/19879/5288428/20181016-WomenParliamentIssues-EN.pdf/7d59e7c5-4a88-4d23-a6cd-7404449fd45f> (Último acceso: 16 de octubre de 2019).

¹⁰²⁹ “OSCE, *Well-being and safety of women, led survey on violence against women: Main report*, Accessible en <https://www.osce.org/secretariat/413237?download=true> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³⁰ Cuyo Tribunal Constitucional se pronunció en agosto de 2018 acerca de la falta de cumplimiento del Convenio de Estambul de su Constitución tras la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de la Iglesia Ortodoxa, la minoría musulmana y los grupos parlamentarios que apoyan al presidente Boyko Borisov. Entre los motivos que el Tribunal Constitucional búlgaro ha esgrimido, y según ha trascendido en la nota de prensa, destaca que “*si la sociedad ya no diferencia entre hombre y mujer, la lucha contra la violencia contralas mujeres se vuelve imposible de lograr*” o “*la noción inaceptable de género en las guarderías y escuelas*”, abriendo el paso a la equiparación de la unión de personas del mismo sexo al matrimonio o a las leyes referidas a la transexualidad”. Noticia accesible en <https://www.actuall.com/familia/el-tribunal-constitucional-de-bulgaria-rechaza-el-concepto-de-genero/> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019)

¹⁰³¹ Nota de prensa accesible en http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=80397 (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³² Vid. Página oficial de la UE https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/ending-gender-based-violence_en (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³³ Vid. Página oficial de la Comisión Europea sobre la financiación de programas https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-based-violence/eu-funding-raise-awareness-gender-based-violence_en (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

basada en el género, sea, sin embargo, señalada como necesaria para la consecución de los objetivos señalados por el TFUE como la creación de un ELSJ, en garantía de la libertad de circulación ejercida de forma igualitaria por hombres y mujeres¹⁰³⁴. Una cláusula de previsión que junto con la cláusula pasarela que mencionábamos habilitaría a la UE para que acogiera el tema de la violencia contra las mujeres basada en el género (como una forma de manifestación de la desigualdad) como una materia europea y la insertara en el grupo de los denominados “eurocrímenes”.

En este camino hacia la consideración de la violencia contra las mujeres basada en el género como un *eurocrimen* destacan algunas situaciones que pueden parecer anecdóticas pero que, sin embargo, ponen sobre la mesa las grandes reticencias que existen para abordar de forma general, de forma europea, este asunto. Por ejemplo, hay EEMM que ejercitaron su derecho de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1979¹⁰³⁵ y formularon reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979 aprobada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)¹⁰³⁶. Así, por ejemplo, el Estado español declaraba que la ratificación de la Convención no afectaría a las disposiciones constitucionales referidas a la sucesión de la corona. La reserva de Países Bajos se centraba en los párrafos 10 (en relación con un nuevo orden económico basado en la justicia y la igualdad) y 11 (la cuestión de las colonias, el racismo, etc. como asunto interno) de la Convención por considerarlos políticos. Irlanda se reservaba la implementación del artículo 16.1.d y f referido a la extensión a los hombres de los derechos respecto a la guardia y custodia, adopción y permisos de paternidad, así como la implementación de la legislación contra a la discriminación salarial.

La labor del Consejo de Europa en la erradicación de la violencia de género también es muy destacable. Podemos mencionar su Resolución 2290 de 2019¹⁰³⁷ en la que respecto a la violencia contra las mujeres mencionaba las siguientes iniciativas dentro de una “*ambiciosa agenda por la igualdad de género*” centrando la mirada en la mejora de la recolección de datos¹⁰³⁸, la puesta en común de buenas prácticas¹⁰³⁹ y la

¹⁰³⁴ MARTÍNEZ, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea”, op. cit., esp. p.347.

¹⁰³⁵ Naciones Unidas, Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331,

¹⁰³⁶ Vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en#23 (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³⁷ Resolución 2290 (2019) de la Asamblea Parlamentaria, *Towards an ambitious Council of Europe agenda for gender equality*, 25 de junio de 2019, <http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yODAxOCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdc9QZGYvWFJZi1XRc1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=Zm1sZWlkPTI4MDE4> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³⁸ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, *Resolution 2101 (2016) on systematic collection of data on violence against women* accesible en <http://assembly.Consejo.de.Europa.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22555> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰³⁹ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, *Resolution 2084 (2015) on promoting best practices in tackling violence against women*, accesible en <http://assembly.Consejo.de.Europa.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=22288> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

erradicación del sexismo y el acoso sexual en los parlamentos¹⁰⁴⁰. A estas Resoluciones hay que añadir la Recomendación para la prevención y la erradicación del sexismo¹⁰⁴¹, así como la Estrategia para la igualdad de género 2018-2023¹⁰⁴². Respecto a la Estrategia del Consejo de Europa, de los seis objetivos fijados el número dos se refiere en concreto a la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

El tercer objetivo se dedica a asegurar la igualdad en el acceso a la justicia. Este objetivo tiene su causa en la persistencia de la discriminación de las mujeres en el acceso a la justicia y los estereotipos de género en el sistema de justicia¹⁰⁴³.

Ya en 2007, el Consejo de Europa se preguntaba si se había cumplido los siete estándares en la erradicación¹⁰⁴⁴ de la violencia doméstica contra las mujeres conforme a su Resolución 1582 de 2007. En concreto se referían a si se había tipificado la violencia doméstica contra las mujeres, incluyendo la violación marital; si se prevenía como circunstancia agravante la violencia en la pareja (o antigua pareja) sentimental; si se habían creado un número suficiente de casas de acogida, si se tomaban medidas para acordar órdenes de protección y alejamiento; si se garantizaba el acceso efectivo a los tribunales y a las medidas de protección; si se asignaban recursos presupuestarios suficientes y si se supervisaba la aplicación de las leyes sobre la violencia contra las mujeres¹⁰⁴⁵.

En la Estrategia para la Igualdad de Género del Consejo de Europa para los años 2018-2023¹⁰⁴⁶ se señalan seis prioridades. A saber, “*prevenir y combatir los estereotipos de género y el sexismo; prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; garantizar la igualdad de acceso de las mujeres a la justicia; lograr una participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones políticas y públicas; proteger los derechos de las mujeres y niñas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo y lograr la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y medidas*”¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁰ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, *Resolution 2274 (2019) on promoting parliaments free of sexism and sexual harassment*, accesible en <http://assembly.Consejo de Europa.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27614&lang=en> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴¹ Recomendación (2019)1 of the Committee of Ministers to member States on preventing and combating sexism, de 27 de marzo, accesible en https://search.Consejo de Europa.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=090000168093b26a (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴² Consejo de Europa, Estrategia para la igualdad de género 2018-2023, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/strategy-en-2018-2023/16807b58eb> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴³ *Ibidem.* esp. p. 47.

¹⁰⁴⁴ Resolución 1582 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, “*Parliaments united in combating domestic violence against women*”: *mid-term assessment of the Campaign*”, accesible en <http://www.assembly.Consejo de Europa.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17594&lang=en#> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴⁵ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, “*Parliaments united in combating domestic violence against women*”: *mid-term assessment of the Campaign*”, 2007, accesible en <http://www.assembly.Consejo de Europa.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17594&lang=en#> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴⁶ Consejo de Europa, *Implementation of the Council of Europe Gender Equality Strategy 2018-2023*, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/annual-report-2018/1680952132> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴⁷ (Traducción propia).

Sin duda, cada una de las áreas temáticas señaladas como prioritarias nos indican aquellas líneas que son remarcadas por el Consejo de Europa en el camino para lograr la Igualdad de género.

3. Datos estadísticos en materia de violencia contra las mujeres por razón de género

En primer lugar, hay que mencionar la dificultad para conocer los datos estadísticos sobre casos de violencia contra las mujeres por razones de género. A la disparidad tipificadora se le une la falta de desagregación por sexos de las estadísticas o, aún la más problemática ausencia de recolección de datos. Así, por ejemplo, debemos mencionar que “*Países europeos como Grecia, Finlandia o Polonia que no registran información sobre violencia de género ni en las comisarías, ni en los juzgados; y otros como Austria, Bulgaria, Italia o Malta no tienen legislación o planes de acción para abordarla*”¹⁰⁴⁸. El artículo 11 del Convenio de Estambul precisamente exige el compromiso de las Partes de recoger datos estadísticos sobre los tipos de violencia que regula dicho Convenio. A pesar de esta exigencia, podemos decir que tanto el hecho de ser un instrumento jurídico reciente como por la ausencia de un instrumento jurídico vinculante dentro de la UE respecto a la violencia de género contra las mujeres, como hemos venido manteniendo, no se pueden realizar análisis comparativos ni podemos conocer el volumen real de la comisión de estos delitos en la UE. Hay quienes señalan lo llamativo de esta ausencia legislativa en la UE cuando tanto Naciones Unidas¹⁰⁴⁹, como el Consejo de Europa, como la Organización de Estados Americanos¹⁰⁵⁰ o la Unión Africana han adoptado mediante distintos textos jurídicos su compromiso en la lucha contra la violencia contra la mujer¹⁰⁵¹.

Ello no obstante, es indudable el progresivo compromiso de la Unión Europea respecto a la igualdad de género se puede apreciar en diversas disposiciones normativas como los artículos 8,10, 19, 82, 83 o 157 TFUE. Así como en lo que respecta al compromiso por la Igualdad de oportunidades en la UE¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁸ ALCOCEBA GALLEGO, Amparo, “La violencia contra la mujer en el seno del Consejo de Europa. La Sentencia del TEDH en el caso Opuz c. Turquía”, en Fernando Mariño (dir.), Amparo Gallego Alcoceba y Florabel Quispe Remón (coords.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 176-188, esp. pp. 175-176 alude a información obtenida en la web www.es.amnesty.org (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁴⁹ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Nueva York, 18 de diciembre de 1979. Accesible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (último acceso 27 de julio de 2018). Protocolo Facultativo, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999

¹⁰⁵⁰ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como “Convención de Belém do Pará”, adoptada en Brasil por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 9 de junio de 1994.

¹⁰⁵¹ Protocolo sobre los derechos de la Mujer, adoptado en 2003 por la Unión Africana en Maputo, Mozambique, y en vigor desde el 25 de noviembre de 2005.

¹⁰⁵² “Artículo 141 del TUE, en el Tratado de Ámsterdam, recogido en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) C340, 1997, pág. 1-308 y “Directiva 75/117/EC”, recogida en el DOCE n. L 45/19, pp. 19-20. Así como la página web de la UE <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51997IP0333>; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A4-1997-0333+0+DOC+XML+V0//ES#Contentd386727e727>; http://www.europarl.europa.eu/summits/car1_es.htm, <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf> https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM:xy0026>

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

No obstante la firma del Convenio de Estambul, es necesario señalar que según la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa¹⁰⁵³, el Convenio debía servir como marco que permitiera la adopción de directrices y disposiciones definitorias de los objetivos de los Estados signatarios. Lo que nos sugiere la necesidad de un instrumento que armonice legislaciones y políticas estatales dentro de la UE.

A pesar de estas dificultades, podemos referirnos a algunos datos estadísticos de organismos oficiales. Para entender la dimensión, no obstante, es necesario delimitar el contexto¹⁰⁵⁴ territorial y sociopolítico objeto de análisis en este epígrafe. A fecha de 1 de enero de 2017 la población de la Unión Europea ascendía a 511,8 millones de habitantes¹⁰⁵⁵.

Conforme al informe de la Oficina Europea de Estadística (en adelante EUROSTAT) titulado “*Monitoring EU crime policies using the International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*”¹⁰⁵⁶. Teniendo presente la definición de violencia basada en el género como violencia dirigida a una persona en base a su género (incluyendo la identidad o expresión de género) o la violencia que afecta de forma desproporcionada a personas de un género en específico¹⁰⁵⁷, no es una categoría en la ICCS por sí misma dado que no se recoge las motivaciones en las estadísticas¹⁰⁵⁸.

En el Proyecto Europeo¹⁰⁵⁹ ofrece en su “Guía de la UE sobre matrimonio forzado/precoz para profesionales de primera línea” una aproximación a la magnitud en que se presenta el delito de matrimonio forzado en la Unión Europea. En 2015 se registraron en Reino Unido 1.220 casos de matrimonio forzado presuntamente. Un estudio en 2012 determinó que en Francia se registraron 28 casos de matrimonio forzado/precoz siendo las víctimas en todos los casos mujeres, víctimas de violencia

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A160001> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁵³ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1847 (2008), *Combating violence against women: towards a Council of Europe convention*, 3 de octubre de 2008., § 3

¹⁰⁵⁴ Siguiendo a VERD PERICÁS, Joan Miquel y LOZARES, Carlos, *Introducción a la investigación cualitativa*, op. cit. p. 31, “*En el contexto se inserta, inscribe o se realiza el acontecimiento social estudiado. También el contexto puede ser objeto directo de estudio, aunque en este caso es imprescindible tener en cuenta las entidades que subentiende. La validez contextual consiste, pues, en la interpretación del foco investigado, su contexto y sus vinculaciones mutuas. Esta validación permite la generalización de los resultados a otros contextos homólogos o equivalentes al estudiado.*”

¹⁰⁵⁵ Informe *Key figures in Europe*, elaborado por la Comisión Europea, accesible en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ec0bf3c8-bac1-11e7-a7f8-01aa75ed71a1> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁵⁶ EUROSTAT, *Monitoring EU crime policies using the International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*, 2018, esp. p. 25, accesible en <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3859598/8820510/KS-GQ-18-005-EN-N.pdf/b945c6d4-2ba1-4818-9d5b-c3737f4004a1> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁵⁷ Dirección General de Justicia, *Zero tolerance of violence against women*, 2018, accesible en <https://ec.europa.eu/justice/saynostopvaw/materials.html> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁵⁸ A este respecto, y a modo de aspecto a tener en cuenta, hay que mencionar el Informe Jurídico 2018-70 de la Agencia Española de Protección de Datos, N/REF: 131095/2018, accesible en <https://www.aepd.es/media/informes/2018-0070-violencia-de-genero.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019). En este informe se detallan aspectos esenciales respecto al tratamiento de los datos, responsabilidad y secreto estadístico.

¹⁰⁵⁹ Proyecto Europeo JUST/2014/RDAP/AG/HARM/ “*EU FEM Roadmap forced/early marriage*” accesible http://femroadmap.eu/FEM_roadmap_ES.pdf (Último acceso: 14 de marzo de 2019).

física, en su mayoría menores de edad¹⁰⁶⁰. Ese mismo año en Alemania se registraron 56 casos siendo solo uno de ellos objeto de condena, aunque según un estudio se señala que, en 2008, 3.443 personas se presentaron ante organismos de asesoramiento solicitando información sobre matrimonios forzados. En Francia, en ese mismo año se estimaba que respecto a la población inmigrante, el 4% de las mujeres inmigrantes y un 2% de las hijas manifestaban haber contraído matrimonio en contra de su voluntad. No obstante, el equipo investigador pone de relieve la falta de estadísticas para determinar la magnitud de este delito¹⁰⁶¹. De hecho, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF) solo 7 EEMM cuentan con datos¹⁰⁶².

Según el EIGE se estima que cada año 180.000 mujeres y niñas están en riesgo de sufrir mutilación genital en la UE. Así como que 500.000 mujeres en la UE y 200 millones alrededor del mundo ya han sufrido mutilación genital¹⁰⁶³. En el Informe de Naciones Unidas sobre las solicitudes de asilo por riesgo de mutilación genital femenina se recogen las solicitudes desde 2008 hasta 2011 según países de origen. Así, en 2008, 65.125 mujeres solicitaron asilo, siendo 90.095 en 2011. De ellas, en 2008 el 27.81% de las mujeres que solicitaron asilos procedían de países de riesgo de mutilación genital y el 20.31% en 2011¹⁰⁶⁴. Esta situación se agudiza si consideramos que el “género” no suele ser considerado un motivo de persecución a valorar para conceder el asilo y que la definición de “*membership of a particular social group*” no suele encajar con las mujeres consideradas como grupo social¹⁰⁶⁵. Se remarca la necesidad de que la violencia por razones de género sea reconocida “*como una forma de persecución del artículo 1,A(2) del Convenio relativo al estatuto de los refugiados de 1951 y como una*

¹⁰⁶⁰ De acuerdo con UNICEF, aproximadamente el 82% de los menores de edad que contraen matrimonio sin su consentimiento son niñas, siendo el 18% niños. Es necesario atender a la magnitud global de este fenómeno sobre todo por los elevados datos que arroja (aproximadamente 650 millones de niñas y mujeres son obligadas a contraer matrimonio al llegar a los 18 años), y, para lo que interesa en este proyecto de tesis, su presencia en territorio europeo a través de no solo procesos migratorios, sino por los posibles factores que desencadenan su comisión (como la pobreza, la falta de oportunidades educativas, acceso limitado al sistema de salud, etc). En este sentido, el Parlamento Europeo subraya la recomendación del Estudio lituano de Estudios de ética para evitar una estigmatización de determinadas comunidades de abordar el matrimonio forzado a través de representantes de determinadas comunidades, y como señala el Parlamento Europeo, sobre todo, con perspectiva de género. En Informe del Parlamento Europeo “*Forced marriage from a gender perspective*”, 2016, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU\(2016\)556926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU(2016)556926_EN.pdf), esp. p. 51 (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁶¹ *Ibidem.*, esp. p. 6.

¹⁰⁶² UNICEF, *Child Marriage. Latest trends and future prospects*, 2018, esp. p.7, accesible en <https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2018/07/Child-Marriage-Data-Brief.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁶³ EIGE, *Is female genital mutilation a problem for the EU?*, 2017, accesible en <https://eige.europa.eu/news/female-genital-mutilation-problem-eu> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁶⁴ Según el informe de Naciones Unidas, *Female genital mutilation and asylum in the European Union*, 2013, accesible <https://www.unhcr.org/531880249.pdf> (Último acceso: 31 de octubre de 2019). Estos países son Benin, Burkina Faso, Camerún, la República Central Africana, Chad, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Kenia, Liberia, Mali, Mauritania, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Tanzania, Togo, Uganda, Yemen, esp. p.6.

¹⁰⁶⁵ Europe and Central Asia regional office UN Women, *Report on the legal rights of women and girl asylum seekers in the European Union*, 2017, esp. p.50, accesible en <https://www.refworld.org/pdfid/59201c884.pdf> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019) Es interesante el artículo O'BRIEN GREEN, Siobán, “I have a story to tell’: Researching migrant women’s experiences of female genital mutilation and gender-based violence in Ireland and Europe”, *Social Work & Social Sciences Review* 2018, n. 19, pp. 134-151.

forma de daño grave que da lugar a una protección complementaria o subsidiaria” conforme al artículo 60.1 del Convenio de Estambul.

La importancia de aludir al tema del asilo en el ámbito de la UE se debe a los números elevados de solicitudes como así se recoge en el informe¹⁰⁶⁶.

En cuanto a la violencia doméstica, son interesantes los datos estadísticos respecto a “cómo de común es la violencia contra las mujeres” a lo que el 74% de la población encuestada considera es la violencia doméstica es común (nótese la falta de precisión en cuanto quien es la víctima y quién es el agresor), el 23% conoce a una mujer víctima entre sus amistades y familiar, el 17% conoce a una mujer afectada en su barrio y el 9% conoce a una mujer afectada en el trabajo o lugar de estudios. En cuanto a la pregunta de si quienes conocían a alguna víctima habían hablado, el 12% responde haber comunicado a la policía la sospecha de maltrato. Preguntadas/os por el motivo para no denunciar, el 26% respondió “no es mi problema”, el 18% aludía a la falta de pruebas, el 16% no querer molestar o que la situación no estaba clara. El 74% afirmaba conocer que existe un servicio de apoyo a las mujeres víctimas de violencia doméstica, y el 15% piensa que la violencia doméstica es un asunto privado que ha de resolverse en la intimidad familiar¹⁰⁶⁷. Lo que lleva a la Comisión Europea a concluir que la ciudadanía europea reconoce la violencia doméstica que la mayoría no habla sobre ello.

Más en concreto sobre la violencia contra las mujeres, el informe de la FRA respecto a la encuesta que realizó en 2014 a 42.000 mujeres de diferentes EEMM arroja unos datos significativos. Así, el 96% de las personas que participaron considera que la violencia doméstica contra las mujeres es inaceptable, el 22% afirmaba haber sufrido violencia física o sexual o ambas por su compañero sentimental; el 96% consideran que no ha de forzarse a la pareja a mantener relaciones sexuales a lo que el 7% respondió haber experimentado violencia sexual; el 93% considera que no se ha de criticar continuamente a la pareja y hacerle sentir inferior en ningún caso, el 43% de las mujeres afirma haber sufrido violencia psicológica; el 91% considera que en ningún caso se ha de prohibir a la pareja a quedar con amigos/as o familia o tener dinero o tarjetas de crédito, el 12% de las mujeres reconoce haber experimentado violencia económica; el 95% considera que tocar a una compañera inapropiadamente es inapropiado en cualquier caso, el 75% de las mujeres “*senior managers*” afirmaba haber experimentado acoso sexual; el 94% considera incorrecto en cualquier caso enviar mensajes sexuales no solicitados, el 11% de las mujeres afirmaba haber experimentado ciberacoso; el 91% considera que es inapropiado en cualquier caso hacer comentarios (o bromas) sexuales a una mujer en la calle, afirmando el 24% de las mujeres haber experimentado comentarios sexuales ofensivos¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁶ Naciones Unidas, *Female genital mutilation&asylum in the European Union*, op. cit. esp. p. 5.

¹⁰⁶⁷ Eurobarometer on gender-based violence, 2016, accesible en <https://ec.europa.eu/justice/saynostopvaw/materials.html> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019)

¹⁰⁶⁸ FRA, *Violence against women: an EU-wide survey. Main results report*, 2014, accesible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019)

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Respecto a la violación, el 27% de las personas encuestadas consideraban que el sexo no consentido puede estar justificado en determinadas situaciones. Como si la mujer está borracha o drogada (12%), si la mujer se va a casa con alguien (11%), si la mujer no dice claramente que no durante el ataque o lucha (10%), si el violador lamenta la violación después (2%) o si el violador dice no saber qué estaba haciendo (4%). Conforme los datos arrojados por el informe de la FRA, una de cada 20 mujeres afirma haber sido violada desde los 15 años¹⁰⁶⁹.

Los datos que pueden ser recogidos en España respecto a la violencia de género provienen de fuentes oficiales: CGPJ (Informes trimestrales y anuales)¹⁰⁷⁰, Ministerio del Interior (Memoria anual)¹⁰⁷¹, Fiscalía General del Estado (Memoria anual)¹⁰⁷².

4. ¿Cómo lograr la implicación de los 28 Parlamentos nacionales?

A modo de reflexión final nos formulamos esta pregunta dado que se presenta como un verdadero reto conseguir que los EEMM consideren la violencia contra las mujeres como un delito que ha de ser regulado desde la consideración de unas normas mínimas que implique una regulación uniforme en la UE y considerarlo un eurocrimen como los considerados en el artículo 83.1TFUE.

Siguiendo a ROSA ANA ALIJA FERNÁNDEZ, con la campaña bajo el lema “*Stop domestic violence against women*” se pretendía sensibilizar no solo a la ciudadanía europea sino los poderes públicos. Para la consecución este objetivo se dio protagonismo a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y a los entes locales y regionales (Congreso de Poderes Locales y Regionales).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa reconocía la importancia del trabajo en red o *networking* por medio del cual se designaron 40 parlamentarios/as de enlace realizando actividades de sensibilización en sede parlamentaria nacional¹⁰⁷³. Estas/os parlamentarias/os de enlace se reunían periódicamente e intercambiaban buenas prácticas bajo el respaldo de cinco grupos regionales creados para estas reuniones¹⁰⁷⁴.

Los objetivos de la campaña culminaron con la Declaración de Viena, en el marco de la Conferencia Final de la Dimensión Parlamentaria de la Campaña del Consejo de Europa para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008)¹⁰⁷⁵. En esta

¹⁰⁶⁹ <https://ec.europa.eu/justice/saynostopvaw/materials.html> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁷⁰ Página web oficial <http://www.poderjudicial.es> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁷¹ Página web oficial <http://www.interior.gob.es> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁷² Página web oficial <https://www.fiscal.es> (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

¹⁰⁷³ Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 1635 (2008), *Combating violence against women: towards a Council of Europe convention*, 2008, n.3

¹⁰⁷⁴ ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, “La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de Derechos Humanos en el marco del Consejo de Europa”, op. cit., esp.p.31.

¹⁰⁷⁵ Informe final accesible en http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/colecciones/pdf/libro4_consejoeuropa.pdf (Último acceso: 12 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 5. -Violencia contra las mujeres basada en el género en la Unión Europea

Conferencia se invitaba al Consejo de Europa a redactar el que sería el Convenio de Estambul de 2011.

ROSA ANA ALIJA a este respecto resalta la influencia internacional progresiva de consolidación de la teoría de la debida diligencia del Estado en el ámbito de la erradicación de la violencia contra las mujeres¹⁰⁷⁶ o incluso la amplitud con que el TEDH ha venido entendiendo el principio de no discriminación del artículo 14 CEDH en el asunto *Thlimmenos c. Grecia* en el que consideraba que un Estado parte también podía vulnerar este principio cuando ante situaciones diferentes y sin justificación objetiva y razonable no aplica un trato diferente¹⁰⁷⁷. Y aún a pesar de que, como pone de relieve la autora, las actuaciones de los Estados en base al principio de diligencia debida se han dirigido más al acceso a la justicia y a la provisión de servicios, la prevención ha quedado en un plano secundario, los avances en estos últimos 10 años están siendo significativos en cuanto a la toma en consideración de la gravedad de los delitos de violencia contra las mujeres.

Este breve recorrido respecto de la campaña contra la violencia contra las mujeres en sede del Consejo de Europa nos pone sobre la mesa la importancia de que las medidas legislativas tengan legitimidad democrática y las personas, colectivos y entes que puedan aportar su perspectivas y recomendaciones tengan espacio para hacerlo.

¹⁰⁷⁶ Así, desde la jurisprudencia de la CIDH como en los asuntos *Velásquez Rodríguez c. Honduras* de 29 de julio de 1988, o en el asunto *Maria da Penha Maia Fernandes c. Brasil*, de 16 de abril de 2001.

¹⁰⁷⁷ STEDH de 6 de abril de 2000, asunto *Thlimmenos c. Grecia*, demanda 34369/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003436997, párrafo 44, accesible en [https://hudoc.echr.consejo-de-europa.int/eng#{"fulltext":\["Thlimmenos"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58561"\]}](https://hudoc.echr.consejo-de-europa.int/eng#{) (Último acceso: 12 de diciembre de 2019)

CAPÍTULO 6.- LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES BASADA EN EL GÉNERO EN EL PROCESO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Este Capítulo está directamente relacionado con Capítulo Segundo de la Primera Parte y el epígrafe 2 del Capítulo Tercero de la Segunda Parte de este proyecto de tesis con lo que traemos a colación los planteamientos expuestos en ese Capítulo y epígrafe abordado de forma general para analizar la especificidad del estatus de víctima de violencia de género.

Analizaremos la posición procesal de las víctimas (con especial referencia a las víctimas de violencia contra las mujeres por razones de género) en los diferentes EEMM dirigiendo nuestra mirada a su posición en el proceso penal, la exigibilidad de su testimonio/declaración, la valoración de la prueba en situaciones de violencia de género contra las mujeres en la configuración del proceso penal europeo o europeizado, realizaremos una valoración del papel y la función de otros actores procesales y de asociaciones de víctimas y finalizaremos con una breve reflexión sobre la satisfacción de las víctimas con el sistema de Justicia en en la UE.

1. Posición procesal de las víctimas en los Estados Miembros

La doctrina tradicional sobre la justicia penal se ha venido dividiendo entre las teorías consecuencialistas y las teorías no consecuencialistas. La principal diferencia entre ellas se encuentra en el foco y los objetivos que persiguen. Las primeras se centran en las consecuencias futuras que siguen la sentencia condenatoria. Mientras que las segundas dirigen su atención a los actos y estados mentales pasados del criminal¹⁰⁷⁸. Como ejemplo de las primeras se encuentran las teorías utilitaristas¹⁰⁷⁹ y dentro de las segundas el retributivismo. Para las teorías retributivistas la pena es un fin en sí mismo, relacionando la imposición de la pena con el comportamiento delictivo. Es decir, la pena se entiende como “justo merecimiento”¹⁰⁸⁰. Desde esta perspectiva, la política criminal debe provocar en la ciudadanía la toma de decisiones moralmente correctas¹⁰⁸¹. La principal crítica a esta postura desde la perspectiva de otras teorías no consecuencialistas se basa en que la aludida “imparcialidad” (que se subraya como

¹⁰⁷⁸ MCGONIGLE LEYH, Brianne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, op. cit., esp. p. 37.

¹⁰⁷⁹ Vid. BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, At the Clarendon Press, Oxford, Primera edición, 1789.

¹⁰⁸⁰ MCGONIGLE LEYH, Brianne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, op. cit. esp. p.37. En palabras de Michael Moore “*Criminal law exists to punish people because they deserve it, in proportion to their desert, and not because it causes some other good consequence*” y “*Retributive justice is not the same as compensatory or corrective justice; it is distinct. That's why we're retributivists and not corrective justice theorists*” en MOORE, Michael, “*Victims and retribution: a reply to Professor Fletcher*”, *Buffalo Criminal Law Review* 1999-2000, n.65, pp.65-89, esp. p. 66.

¹⁰⁸¹ MCGONIGLE LEYH, Brianne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, op. cit., esp. p. 37.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

baluarte del sistema penal desde una visión consecuencialista) lo que supone es la despersonalización del proceso provocando una Justicia ciega respecto a las características de la víctima y de la persona el grado de violación de la norma infractora. Además, las críticas a esta visión retributiva subrayan que al basarse en motivos morales, dado que los delitos están vinculados con los valores morales imperantes en una sociedad en un momento determinado, sus razonamientos solo son válidos en un determinado contexto histórico determinado¹⁰⁸².

Desde las teorías no consecuencialistas retributivistas la víctima no debería participar en el proceso penal dado que lo importante para el proceso penal son los actos criminales y la persona que los ha cometido¹⁰⁸³. La perspectiva retribucionista se focaliza en la infracción del sistema legal, no en el daño que puede provocar. En este sentido, la importancia de las víctimas solo vendría determinada por la necesidad de conocer el delito que ha sido cometido, y por tanto, dando información referente al mismo como testigos¹⁰⁸⁴. Sin embargo, con JEFFRIE MURPHY, es posible sostener una visión retribucionista orientada hacia la víctima del sistema penal¹⁰⁸⁵. En esta línea GEORGE FLETCHER defiende un papel más activo de las víctimas en el proceso penal compartiendo el daño sufrido ante el tribunal¹⁰⁸⁶. Una posibilidad que es negada de raíz por MICHAEL MOORE quien defiende que se ha de ignorar a la víctima desde una concepción retribucionista del sistema penal¹⁰⁸⁷. Este autor se pregunta cuál es el papel de las víctimas en la justificación del castigo desde una postura retribucionista. Su respuesta, como la de la generalidad de quienes se inclinan por el retribucionismo, es tajante: ninguno. Esta negativa se apoya en la introducción de la arbitrariedad que supondría o por la quiebra de la imparcialidad en la toma de decisión¹⁰⁸⁸. Asimismo, desde esta teoría se entiende que una participación de las víctimas en el proceso penal supondría un menoscabo de los derechos del acusado pues desplazaría la atención del presunto hecho delictivo cometido al daño sufrido por la víctima¹⁰⁸⁹.

Desde la visión utilitarista, la principal de tipo consecuencialista, se entiende el proceso penal como un “*medio adecuado y justificado para la disuasión, la prevención, la reforma y/o el encarcelamiento, principales objetivos del proceso penal*”¹⁰⁹⁰. De esta forma, una de las características del sistema procesal penal es la predictibilidad de las penas como consecuencias jurídicas, lo que disminuiría la comisión de delitos y su gravedad. Así, entre los objetivos de un sistema penal desde una visión utilitaria nos

¹⁰⁸² *Ibidem*, esp. p. 39.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, esp. p. 40.

¹⁰⁸⁴ MOORE, Michael, “Victims and retribution: a reply to Professor Fletcher”, op. cit., esp. pp.72 y ss.

¹⁰⁸⁵ MURPHY, Jeffrie G., “Getting even: the role of the victim”, *Social Philosophy & Policy* 1990, 1990, n.2, vol.7, pp.209-225. El autor defiende el deseo de venganza y de odio que según el autor experimentan las víctimas. Entiende que apelando al principio democrático, esta venganza y odio podrían institucionalizarse si así es deseado por la mayoría de la sociedad. P. 212.

¹⁰⁸⁶ FLETCHER, George P., “The place of victims in the Theory of Retribution”, *Buffalo Criminal Law Review* 1999-2000, n.3, pp.51-64, esp. p. 55.

¹⁰⁸⁷ MOORE, Michael, “Victims and retribution: a reply to Professor Fletcher”, op. cit. esp. p. 66.

¹⁰⁸⁸ MCGONIGLE LEYH, Brienne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, op. cit. esp. p. 41.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*, esp. p. 41.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, esp. p. 41.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

encontraríamos con la disuasión específica, la disuasión general, la rehabilitación y la incapacitación (evitando que quien haya cometido un delito vuelva a cometerlo)¹⁰⁹¹. De entre las críticas que se realizan a esta teoría, centrándonos en el tema que nos toca, la postura utilitarista tampoco daría cabida a la participación de la víctima. Los intereses de la sociedad y de la persona acusada seguirían siendo los principales focos del Derecho Penal. De hecho, desde la visión utilitarista desaparece la imagen de la víctima individualizada, siendo el conjunto de la sociedad la víctima del delito¹⁰⁹².

Pues bien, estas dos concepciones de la justicia penal han dominado la configuración de la legislación penal de forma generalizada. Con los primeros estudios victimológicos y el movimiento a favor de los derechos de las víctimas se comenzaron a realizar las primeras reformas penales influidas por tres movimientos: a favor del Estado del Bienestar, un conservador movimiento a favor de la “Ley y Orden” como respuesta al Estado del Bienestar y el movimiento feminista. Tres grupos de interés que BRIANNE MCGONIGLE entiende contradictorios y en cuya incidencia explica la variedad y el éxito del tratamiento de los derechos de las víctimas alrededor del mundo¹⁰⁹³.

Deteniéndonos en este movimiento heterogéneo en favor de los derechos de las víctimas, la autora recoge la interesante diferenciación en cuatro ideologías que realiza VAN DIJK. A saber, “*la ideología del cuidado que se centra en la asistencia a las víctimas que sufran trauma, estrés o necesidades económicas; la ideología de la rehabilitación que se centra en la restitución, la restauración y la mediación entre víctima y persona; la ideología de la retribución que apela a la imposición de penas más proporcionales, y la ideología abolicionista que apela por un papel menor de las instituciones de justicia penal y un papel más extenso de las víctimas en el proceso*”¹⁰⁹⁴.

Además de la anterior división, BRIANNE MCGONIGLE diferencia tres abordajes tácticos del movimiento a favor de las víctimas:

1. Quienes defienden una mejora de la situación de las víctimas sin menoscabar el actual sistema judicial penal. Esta táctica persigue potenciar y centrarse en mecanismos de apoyo (centros de apoyo psicológico a las víctimas).
2. Quienes apoyan elevar el estatus de las víctimas antes del proceso penal garantizándoles derechos procesales que afectarían el funcionamiento del proceso judicial. Esta táctica es la más controvertida y se subdivide en dos metodologías. Por un lado, la táctica no punitiva que trata de cambiar el sistema penal actual haciéndolo más *victim-friendly* sin que suponga hacerlo menos *defendant-friendly*. La segunda

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, esp. p. 42.

¹⁰⁹² *Ibidem*, esp. p.44. Vid.HEIKKILÄ, Mikaela, *International Criminal Tribunals and Victims of Crime*, Häftad, Engelska, 2004.

¹⁰⁹³ MCGONIGLE LEYH, Brienne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, op. cit., esp. p. 45.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*, esp. p. 45. (Traducción propia)

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

metodología es una táctica punitiva que parte de la premisa de que la persona acusada disfruta de demasiados derechos¹⁰⁹⁵.

3. Quienes abogaban por procesos no penales centrados en las víctimas¹⁰⁹⁶. En esta línea se desarrolla la teoría de la justicia restaurativa donde el proceso (no penal) se centra más en el daño sufrido por la víctima que en el delito cometido.

La postura que se adopte en uno u otro sentido determinará la visión respecto a la participación de la víctima en el proceso penal. Y así, siguiendo el informe de la FRA pueden distinguirse cinco modelos en cuanto a la participación de las víctimas en el proceso penal:

- Víctimas como testigos,
- Víctimas como partes perjudicadas que pueden ejercitar la acción civil reclamando una indemnización y/o restitución en el proceso penal,
- Víctimas como persona ofendida por el delito que necesita simpatía y ayuda,
- Víctimas como persona ofendida cuyos derechos han sido vulnerados y quien tiene derecho a reparación,
- Víctimas como persona ofendida cuyos derechos han sido vulnerados y a quien se reconoce como parte en el proceso penal¹⁰⁹⁷.

La FRA reconoce estos modelos como etapas, fases desde una posición marginal pasando por su consideración de testigo hasta su reconocimiento como parte del proceso penal. Si bien, esta agencia europea reconoce que incluso en algunos EEMM en cuyas legislaciones se reconoce la posibilidad de que las víctimas ejerzan la acción penal, en la práctica puede que los operadores jurídicos no la reconozcan como parte¹⁰⁹⁸.

Siguiendo a SILVIA BARONA, la evolución y transformación del proceso penal señala una de las variables en que mayor ha sido esta transformación: el rol de los sujetos intervinientes¹⁰⁹⁹. Encontramos un momento en la evolución del proceso penal en que la persona acusada no era persona sino “objeto” del proceso”, o el rol de acusador/testigo/juez era ejercido por la misma persona.

Es un tema debatido por la doctrina si en el proceso penal existen partes en el sentido material. Así lo recoge VÍCTOR MORENO CATENA afirmando la existencia de al menos partes formales en tanto que no son titulares del *ius puniendi*. Según este autor, si entendemos por “partes” “*quien pretende y frente a quien se ejercita la acción*”, habría que diferenciar entre las partes acusadoras definidas como quienes

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, esp. p. 46

¹⁰⁹⁶ *Ibidem*, esp. p. 46.

¹⁰⁹⁷ FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime. Part I*, 2019, esp. p. 15, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-1-standards_en.pdf (Último acceso: 26 de octubre de 2019).

¹⁰⁹⁸ *Ibidem*, esp. p. 15.

¹⁰⁹⁹ BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, op. cit., esp. p. 18.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

“postulan en el proceso una resolución de condena (Ministerio Fiscal y el acusador, bien ejerza la acción popular, bien sea ofendido por el delito e intervenga como acusador particular o privado)” y la parte acusada entendida como “las personas frente a quien se pide la actuación del Derecho Penal” incluyendo a la persona responsable civil (sea la persona acusada o una tercera persona, que aparecería como una parte civil en el juicio penal), que de forma unánime se les considera partes materiales¹¹⁰⁰. Esta diferenciación entre partes formales y partes materiales que se realiza en la doctrina española no se extiende al ámbito civil donde quienes intervienen se consideran partes materiales al ser titulares del derecho de restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización de los perjuicios cuando esta pretensión civil se acumula al proceso penal.

Dada la máxima “*nemo iudex sine actore*” en todo proceso penal debe existir una parte acusadora¹¹⁰¹. Si bien, en el proceso penal español el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal con lo que en los delitos públicos (los delitos privados solo son perseguibles a instancia de la/s persona/s ofendida/s) junto al Ministerio Fiscal podrán formular la acusación cualquier persona, ofendida o no por el delito.

1.1 Víctimas como parte: acusación particular

Como expusimos en el Capítulo Tercero, el reconocimiento del ejercicio de la acción civil *ex delicto* por parte de las víctimas tiene un largo recorrido en EEMM como Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Portugal y en Países Bajos desde 2011¹¹⁰². Su participación como parte civil, sin embargo, la reconoce como persona dañada, perjudicada pero no como sujeto pasivo de un delito, lo que remarca la idea de la relación Estado-delincuente como la única relación de carácter penal que puede ser reconocida. Una idea que progresivamente fue cambiando en los años 80 cuando la afectación a la víctima de la faceta penal del delito no podía ser ignorada. Un cambio de mentalidad provocada por los avances de los estudios victimológicos y su plasmación en instrumentos internacionales como los referidos de 1983 y 1985 del Consejo de Europa y de Naciones Unidas en 1985. Un cambio de paradigma desde la concepción basada en las necesidades (y reconocimiento de la vulnerabilidad de las víctimas) a un paradigma basado en los derechos (las víctimas como titulares de derechos)¹¹⁰³.

Siguiendo la comparativa que realiza la FRA en cuanto a la CDDFF y el CEDH en cuanto a los derechos procesales de las víctimas, la FRA encuentra la siguiente asimilación: Derecho a una investigación efectiva y enjuiciamiento de los delincuentes:

¹¹⁰⁰ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, esp. p.118.

¹¹⁰¹ MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, esp. p. 74-89.

¹¹⁰² FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime. Part I*, 2019, esp. p. 16, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-1-standards_en.pdf (Último acceso: 26 de octubre de 2019).

¹¹⁰³ GOODEY, Joanna, “Domestic violence -a rights-based response: Drawing on results from the FRA’s Violence Against Women Survey”, op. cit., pp. 23-41.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

artículo 13 CEDH y 47.1 CDDFF y Derecho a ser parte en el proceso como derecho integrante en el derecho a un proceso equitativo: artículo 47.1 y .3 CDDFF, y, con un alcance más limitado en el artículo 13 CEDH¹¹⁰⁴.

En el artículo 1 de la Directiva 2012/29 se señala que “*La finalidad de la presente Directiva es garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuados y que puedan participar en procesos penales*”.

En el Capítulo Tercero hemos mencionado algunos supuestos de reconocimiento de la victimidad en determinados EEMM. Este reconocimiento de la victimidad no determina en la mayoría de los casos unas facultades procesales de ejercitar la acción penal. Ello, no obstante, podemos encontrar algunas legislaciones procesales que sí confieren facultades procesales acusatorias a las víctimas de los delitos¹¹⁰⁵. Así, por ejemplo, en Alemania, siguiendo a JULIO PÉREZ GIL un ejemplo de *coacusación* lo encontramos en la figura de *Nebenkläge* del Derecho Procesal alemán (artículos 395 a 402 Ley Procesal alemana) que permite que particulares ofendidos por el delito intervengan junto al ministerio público en el *juicio oral con derechos procesales propios*¹¹⁰⁶, la del *assistente* del proceso penal portugués. Así como en Austria (*Privatbeteiligtenanschluss*, la víctima ha de anunciar que presenta una acción civil), Polonia (*oskarżyciel posiłkowy*) y España (acusador particular)¹¹⁰⁷.

Asimismo, en la STJUE en el asunto *Katz c. István Roland Sós*¹¹⁰⁸ “*la acción pública incoada por la acusación particular sustitutoria es un modo especial de impulsar la acción pública previsto por las normas procesales penales húngaras. Además de la acusación que eleva el Ministerio fiscal, el Derecho húngaro permite a la víctima de determinados delitos menores elevar y ejercitar la acusación. Se trata de la «acusación privada» («magánvád»).* La «acusación particular sustitutoria» («pótmagánvád»), de la que se trata en el procedimiento principal, es el tercer modo de acción pública que permite a la víctima de una infracción ejercer la acción penal, especialmente cuando el Ministerio fiscal retira la acusación que ha formulado. La acusación privada y la acusación particular sustitutoria no deben confundirse con el ejercicio de la acción civil.”

¹¹⁰⁴ FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime. Part I*, 2019, esp. p. 21, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-1-standards_en.pdf (Último acceso: 26 de octubre de 2019).

¹¹⁰⁵ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito la posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, op. cit. Llega el autor a la conclusión de que en España “estamos mejor”.

¹¹⁰⁶ PÉREZ GIL Julio, *La acusación popular*, op. cit., esp. p. 689, accesible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/62/TESIS14-090326.pdf;jsessionid=6CBF8CE26C0694172CED2A56E327C761?sequence=1> (Último acceso: 22 de octubre de 2019).

¹¹⁰⁷ FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime. Part I*, 2019, esp. p. 21 y 37 y ss., accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-1-standards_en.pdf (Último acceso: 26 de octubre de 2019).

¹¹⁰⁸ STJUE (Sala tercera) de 9 de octubre de 2008, asunto *Katz c. István Roland Sós*, C-404/707 ECLI:EU:C:2008:553, párrafo 19, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=15C38841D61A6853D1CE409E69896897?text=&docid=69094&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2184053> (Último acceso: 10 de octubre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

Dentro del debate sobre la regulación de facultades acusatorias de las víctimas, una de las preguntas que podríamos formular es si tiene trascendencia práctica en el proceso penal. Siguiendo las conclusiones deL estudio llevado a cabo por HELENA SOLETO y ÁUREA GRANÉ, las investigadoras destacan que *“La participación de la acusación particular no es generalizada en el proceso penal (cerca del 35% en Juzgado de lo Penal y del 63% en AP). Los factores que pueden justificar esta baja participación pueden ser, entre otros, factores emocionales, factores materiales, o factores informativos. Entre los emocionales, pueden encontrarse el estrés, el miedo al agresor, el querer olvidar. Entre los factores informativos, una inadecuada información sobre sus derechos y posibles resultados del proceso. Entre los factores estratégicos, y posiblemente combinado con los anteriores, la cuestión de ser informado de que el Ministerio Fiscal defenderá sus intereses en juicio.”*¹¹⁰⁹ Estas conclusiones, si bien se centran en una tipología penal concreta y en una demarcación judicial concreta, ponen sobre la mesa ideas muy relevantes desde la perspectiva de la participación de la víctima en un Estado, como el español, que reconoce a las víctimas unas facultades de intervención en el proceso penal muy amplias. Una de estas ideas es que la participación de la víctima como acusación particular no suele ser generalizada. Una idea que desmiente la hipótesis de que las víctimas buscan venganza y utilizarán los mecanismos procesales para ello. Las investigadoras señalan posibles causas para esta baja personación de las víctimas en el proceso. A parte de las cuestiones emocionales, se hace mención a la posibilidad de que ser informada de que el Ministerio Fiscal *“defenderá sus intereses”* disuade el interés en la personación de la víctima como acusación particular. Una *“dejación”* en manos de la fiscalía que también se vematerializada en el instituto de la conformidad. Así las autoras señalan que *“La acusación particular no incide en la conformidad por lo que parece que la acusación particular apoya la línea estratégica de la fiscalía o consensua con ésta la conveniencia o no de la conformidad.”*

Y bien, como mantenemos en este Capítulo, entendemos que los intereses de las víctimas no han de confundirse con la finalidad de la intervención de la fiscalía ni ha de considerarse que los intereses de las víctimas guiarán la actuación del Ministerio Público¹¹¹⁰. De hecho, es tal la desvinculación que incluso la disparidad de criterios entre la fiscalía y la acusación particular no es suficiente para entender que existe mala fe o temeridad por parte de la acusación particular siguiendo la jurisprudencia del TS a la que más adelante aludiremos.

Las investigadoras afirman que *“Cuando hay acusación particular la cuantía de la pena es más alta, por lo que la participación activa a través de acusación particular durante el proceso es muy relevante para obtener un mejor resultado para la víctima.”*. Es curioso que se identifique *“penas más elevadas”* con *“mejor resultado para la*

¹¹⁰⁹ SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, op. cit., esp. pp. 91 a 94.

¹¹¹⁰ Esta idea entronca con la dificultad de determinar qué interés/eses tiene la víctima en participar en el proceso penal siguiendo a GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *“Sobre los derechos de las víctimas del crimen y la mejora de su posición jurídica”*, *Crónica Jurídica Hispalense* 2015, n.3, pp.63-104, esp. 65.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

víctima” incidiendo en la idea de que la intervención de las víctimas tiene una finalidad retributiva. Si bien, para refutar esta idea habríamos de analizar las peticiones de condena de la acusación particular y de la acusación pública (e incluso de la popular) y valorar si en términos generales mantienen unas peticiones de condena de mayores.

A este respecto podríamos aludir a la jurisprudencia del TS en cuanto a la interpretación de la mala fe procesal de la acusación particular. En su Sentencia 542/2019, de 6 de noviembre¹¹¹¹, el TS recuerda la necesidad de atender a una interpretación casuística para apreciar la existencia de mala fe o temeridad de la acusación particular. Así, por ejemplo, cuando *“carezca de consistencia la pretensión de la acusación particular en tal medida que puede deducirse que quien ejerció la acción penal no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción. Del mismo modo que se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querrela, a sabiendas de que el querrellado no ha cometido el delito que se le imputa”* (FJ. 2º.3). De esta forma, se entiende que *“la acusación particular -por desconocimiento, descuido o intención-, perturba con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, reflejando el deseo de ponerlo al servicio de fines distintos de aquellos que justifican su existencia; razón por la que la jurisprudencia proclama que la temeridad y la mala fe, han de ser notorias y evidentes”* estableciendo que ha de mantenerse una interpretación restrictiva siendo la regla general la no imposición. Aclarando, además que la animadversión es distinta a la mala fe puesto que ésta *“tiene un contenido subjetivo e intencional, se refiere a un elemento ético cuyo contenido negativo, esto es, la ausencia de buena fe, comporta una actitud personal, consciente y maliciosa, de actuar de manera procesalmente desviada, bien en el sentido de obrar ilícitamente o, incluso, en el de engañar, que no se acredita por la sola animadversión entre las partes en el procedimiento penal”* (FJ. 2º.3).

1.2 Víctimas como testigos: deber de declarar/Privilegio procesal de no declarar

La clásica concepción de que el delito es un asunto que ha de dirimirse entre el Estado, quien posee el *ius puniendi*, y la persona que lo ha cometido ha conllevado que la víctima haya sido considerada como un mero testigo cuyo papel se reduce a aportar su testimonio para el esclarecimiento de los hechos. Ello, no obstante, como reconoce el CGPJ *“Pese a que la condición procesal de la víctima de violencia de género es la de testigo resulta evidente que las víctimas del delito deben recibir un tratamiento propio, específico, y, también, diferenciador del resto de testigos, debido a que su condición de*

¹¹¹¹ STS 542/2019, de 6 de noviembre, ECLI: ES:TS:2019:3554, ponente: Susana Polo García, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/a4666b8d4582d65f/20191119> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019). En este caso se procedió a la revocación en sede casacional de la condena en costas.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

víctima del delito les otorga una serie de derechos que tienen, también, su amparo en la Ley 4/2015 (...) lo que es predicable a la generalidad de víctimas de delitos¹¹¹².

1.2.1 Origen y fundamento del privilegio procesal

Este reconocimiento de la necesidad de dispensar un trato distinto a las víctimas de delitos durante el proceso penal tiene una incidencia práctica de dudosa intensidad. Si nos detenemos en el privilegio procesal de las víctimas de delitos de no declarar contra la persona acusada (reconocido en el artículo 24 *in fine* CE), podemos preguntarnos ¿qué protege el legislador con este privilegio procesal? En la legislación española se ha venido identificando la paz familiar como el bien jurídico protegido siguiendo la prescripción del artículo 39 de la CE. Si nos fijamos en el resto de los Estados europeos, en ninguno de los Estados del Consejo de Europa, excepto en Francia y en Luxemburgo, los/as cónyuges están obligados/as a declarar en procesos penales en los que su cónyuge es sospechoso/a. En Bélgica, Malta y Noruega la exclusión del deber de prestar testimonio es automática. Sin embargo, la generalidad de los ordenamientos regula la posibilidad de que el/la cónyuge opte entre prestar declaración o acogerse a la excepción del deber de declarar.

La excepción del deber de declarar como testigos se extiende no solo a los/as cónyuges sino también a las parejas de hecho en algunos EEMM. Es posible registrar una pareja de hecho en Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Ucrania y Reino Unido. Algunos Estados solo permiten esta forma de unión en parejas del mismo sexo como en Austria, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Hungría, Eslovenia y Suecia y otros Estados permiten el registro de la pareja de hecho como alternativa al matrimonio en parejas de diferente sexo. A fecha de 15 de abril de 2019, el matrimonio entre personas del mismo sexo está permitido y regulado en Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Reino Unido (incluida Irlanda del Norte) y Suecia. No obstante, desde la STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto *Coman and Others*, a raíz de una cuestión prejudicial de un tribunal de Rumanía, el TJUE establece la igualdad de trato de los/as cónyuges con independencia de su sexo en cuanto a los permisos de residencia en todos los EEMM¹¹¹³. Lo que abre el camino para

¹¹¹² CGPJ, *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género*, 2018, esp. p. 27.

¹¹¹³ STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto *Coman and Others*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, accesible en

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=202542&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8069508> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019). Destacamos el apartado 45 “*debe hacerse constar que la obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia derivado a un nacional de un tercer Estado, no afecta negativamente a la institución del matrimonio en el primer Estado miembro, que se define por el Derecho nacional y que entra dentro de la competencia de los Estados miembros*”. En concreto declaraba que “*El artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, el nacional de un*

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

considerar que el concepto de cónyuge es un concepto autónomo referido a cualquier persona con independencia de su sexo unida a otra persona en matrimonio y extender sus efectos más allá del derecho a la libertad de circulación, desplazándose y residiendo de forma efectiva, de conformidad con la Directiva en concreto que en este asunto era el instrumento normativo a interpretar por el TJUE¹¹¹⁴.

De entre los 20 Estados que regulan el registro de las parejas de hecho, en el ámbito del Consejo de Europa se permite a la pareja acogerse al privilegio de no dar testimonio contra su pareja en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Islandia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Checa, Suecia y Suiza donde se asimilan en estos aspectos las parejas de hecho a los matrimonios. En Grecia e Irlanda no se extiende este privilegio a las parejas de hecho. En Francia y Luxemburgo no tienen este privilegio.

En Alemania, Andorra, Austria, Eslovaquia, Finlandia, Georgia, Hungría, Islandia, Liechtenstein, Lituania, Noruega, Polonia, Portugal, Suecia, Turquía y Ucrania eximen a la persona comprometida con el/la sospechoso/a del deber de presentar pruebas. Sin embargo, aparte de Alemania, Finlandia, Hungría, Islandia, Noruega, Suecia y Turquía, estos EEMM endurecen esta exención al exigir pruebas de la existencia de un vínculo similar al matrimonio, como la cohabitación estable o un/a hijo/a nacido/a de la relación. Solo en Albania, Andorra, Lituania y Moldavia quienes cohabitan sin estar casados/as, comprometidos/aso o registrados/as como pareja de hecho pueden acogerse a esta dispensa. Por el contrario, Austria, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Eslovaquia, España, Estonia, República Checa, “Antigua República Yugoslava de Macedonia”, Hungría, Islandia, Italia, Liechtenstein, Montenegro, Noruega, Portugal, Serbia, Suecia y Suiza requiere una prueba de la naturaleza matrimonial de la relación, generalmente en forma de hijos nacidos de ella, cuestiones económicas o duración de la convivencia¹¹¹⁵.

El fundamento de esta figura jurídica procesal lo enunciaba el TEDH en su Sentencia en el asunto *Van der Heijden c. Países Bajos* de 2012. El TEDH señalaba el fundamento de este privilegio de determinados testigos aludiendo a la necesidad de evitar el dilema moral de tener que elegir entre aportar pruebas válidas y, por lo tanto, poner en peligro su relación con el/la sospechoso/a o prestar una declaración falsa, o

tercer Estado, del mismo sexo que el ciudadano de la Unión, que ha contraído matrimonio con este en un Estado miembro de conformidad con el Derecho de ese Estado tiene derecho a residir por más de tres meses en el territorio del Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional”.

¹¹¹⁴ Podríamos preguntarnos si podría extenderse esta consideración en el caso de que un matrimonio homosexual celebrado en un Estado Miembro que lo permita, se encuentre residiendo en otro Estado Miembro que no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, y una de las personas del matrimonio cometa un delito. ¿Se extendería la dispensa del deber declarar al otro/a cónyuge?.

¹¹¹⁵ Información recabada de la STEDH de 3 de abril de 2012, asunto *Van der Heijden c. Países Bajos*, demanda 42857/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004285705, apartados 32-36, accesible en [https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{%22dmdocnumber%22:\[%22905556%22\],%22itemid%22:\[%22001-110188%22\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22905556%22],%22itemid%22:[%22001-110188%22]}) (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

incluso acusarse a sí mismo/as, para proteger esa relación¹¹¹⁶. En iguales términos, el Tribunal Supremo de Países Bajos en su sentencia de 7 de diciembre de 1999 aludía a la exigencia de proteger las relaciones familiares, reconociendo el importante valor social de estas relaciones procurando evitar que los/as testigos se enfrenten al dilema moral de testificar poniendo en peligro su relación con la persona acusada o cometer falso testimonio para proteger su relación¹¹¹⁷. Así, el derecho a no declarar contra un familiar es un privilegio procesal atribuido a quien no es parte en el proceso penal como ha establecido el TS español en su sentencia 134/2007, de 22 de febrero, “*tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado*”, o en palabras de la STS 292/2009, de 26 de marzo, “*la razón de la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado, según las circunstancias del hecho enjuiciado, ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde a la protección de las relaciones familiares dispensada en el artículo 39 de la Constitución, ora en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar, o asimilado, con invocación del artículo 18 de la Constitución*”.

No podemos dejar de hacer mención al origen de la constitución de esta figura procesal en el ámbito angloamericano. MALINDA SEYMORE recupera una Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU en el asunto *Trammel c. United States* de 1980 en la que el Tribunal hacía mención al origen de la descalificación del testimonio de la esposa “*Esta descalificación conyugal surgió de dos cánones de la jurisprudencia medieval: primero, la regla de que a un acusado no se le permitía testificar contra sí mismo debido a su interés en el procedimiento; y segundo, el concepto de que marido y mujer eran uno, y ya que la mujer no tenía reconocida existencia legal separada del marido, él era ese uno. De esas dos doctrinas ahora abandonadas hace mucho tiempo, se deduce que lo que fue inadmisibles de los labios del acusado-marido también fue inadmisibles de su esposa*”¹¹¹⁸.

Y es que como expone DAVID LUSTY¹¹¹⁹ la relación de esta figura procesal con el cristianismo está documentada desde este concepto del ser “uno” del esposo y la esposa pasando por el deber de servir, obedecer y nunca alejarse de su esposo¹¹²⁰.

Asimismo, siguiendo a este autor, esta figura procesal interrelaciona los conceptos de competencia (quién puede dar testimonio), exigibilidad (a quién se le puede exigir que preste testimonio) y privilegio (quién puede eximirse de la exigibilidad de prestar testimonio). El autor documenta preceptos de diferentes legislaciones en el mundo anglosajón que constituían la obligación de la esposa de no declarar contra el marido en

¹¹¹⁶ *Ibidem*, esp. punto 65.

¹¹¹⁷ *Ibidem*, esp. punto 25.

¹¹¹⁸ SEYMORE, Malinda L., “Isn't it a Crime: Feminist Perspectives on Spousal Immunity and Spousal Violence” *Northwestern University Law Review* 1996, Vol. 90, n. 3, pp. 1032-1083, esp. p.1047.

¹¹¹⁹ LUSTY, David, “Is There a Common Law Privilege Against Spouse-Incrimination?”, *University of New South Wales Law Journal* 2004, n.1, vol.27, accesible en <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2004/1.html> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹²⁰ Biblia, Nuevo Testamento, Efesios V 22-3, Colosenses III 18; Tito II 5; 1 Corintios VII 9, 39.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

caso de felonía o robo así como algunos remotos casos en los que en materia de bancarrota (una materia administrativa) la esposa fue eximida de prestar declaración contra su marido lo que lleva al autor a afirmar que el principio de que una esposa no está obligada a descubrir el crimen de su marido es un principio de naturaleza fundamental y general en el sistema del *common law*. No obstante, el autor señala que tras la *Marian Committal Statute* de 1555 “a los testigos no se les concedió ningún privilegio contra la autoincriminación hasta la última parte del siglo XVII, mientras que los acusados no gozaron de este privilegio hasta fines del siglo XIX”¹¹²¹ pero sin embargo, sí seguía reconociendo la exención de la esposa de no declarar contra el esposo. Exención que a partir del siglo XVII se extendió al esposo respecto de la esposa acusada¹¹²². El autor concluye que este principio general y fundamental del *common law* en cualquier caso, depende de la decisión del esposo o esposa respecto a si tras haber recibido la información de que puede no testificar en contra de su esposa/o, decide hacerlo¹¹²³. En esta línea y como evolución de la interpretación jurisprudencial, el Tribunal Supremo de EE.UU. en el asunto civil *Stein c. Bowman* de 1839 concluyó que esta excepción no se aplicaba en el caso de que el delito lo hubiera cometido un/a cónyuge contra el/la otro/a¹¹²⁴.

Esta exención al deber de declarar ha sido fundamentada en “razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir la verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso (...) el artículo 416.1 arbitr(a) una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible. Ése es el significado jurídico de aquel precepto y su aplicación no puede ir más allá de su verdadero fundamento”¹¹²⁵.

Más allá del origen y fundamento de este privilegio procesal, en la práctica, el derecho a no declarar contra un familiar que precisamente ha causado el daño a la víctima-testigo, se convierte en un derecho ejercido contra sí mismo/a, y que, además, se utiliza en contra de quien lo ejerce puesto que se convierte en un “elemento” inanimado sobre el que puede apreciarse los indicios del delito, e impide u obstaculiza

¹¹²¹ LUSTY, David, "Is There a Common Law Privilege Against Spouse-Incrimination?", op. cit. Traducción propia.

¹¹²² David Lusty menciona algunos casos en los que no se permitió al marido dar testimonio contra la esposa. Por ejemplo, el asunto *Mary Riggs* de 1659, en el que el testimonio del primer marido no fue admitido como prueba del delito de poligamia de la esposa siendo declarada no culpable, accesible en <http://www.worldlii.org/int/cases/EngR/1803/20.pdf> (Último acceso: 15 de diciembre de 2019).

¹¹²³ David Lusty menciona el caso *R. c. Pitt* de 1983, QB 25. En línea similar, SINGH, Charanjit y RAMJOHN, Mohamed, *Unlocking Evidence*, Routledge, Londres y Nueva York, 2016, pp. 99 y 100.

¹¹²⁴ SEYMORE, Malinda L. op. cit., esp. p. 1050.

¹¹²⁵ STS 486/2016, de 4 de junio, ECLI: ES:TS:2016:2631, ponente: Manuel Marchena Gómez, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16961bf6023d1de5/20160617> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

la investigación del delito que ha sufrido y su reparación¹¹²⁶. Una consecuencia negativa que, además, deposita en la víctima una doble carga de naturaleza jurídica y moral: ayudar o no al esclarecimiento de los hechos, y haber tenido la posibilidad de no declarar y, sin embargo, elegir declarar contra su (ex)pareja sentimental. Una situación que algún tribunal ha venido calificando como de fraude procesal¹¹²⁷. Así, por ejemplo, en la STAP de Castellón a la que nos hemos referido con anterioridad, en su F.J. 4 se mencionaba que *“Por otro lado, en ámbito en el que impera dominante el agresor de género, sometiendo como auténticas víctimas a posibles denunciante y testigos de sus hechos. Hace falta tener una somera idea del porqué comúnmente se producen las retractaciones o los sobrevenidos silencios de las víctimas cuando han de testificar pasado un tiempo. Es, en no pocos casos, sólo la muestra de la continuación del sometimiento de la víctima.”* (...) *“Si se reconociera la dispensa legal a declarar de un testigo como un derecho que alcanza a revisar y a inutilizar lo declarado antes, también habría de permitirse al denunciante a retirar denuncias que pudo no interponer, convirtiéndose en ambos casos en condición semejante al perdón, o lo que es lo mismo la conversión práctica de delitos públicos o semipúblicos en privados”*¹¹²⁸.

1.2.2 El ejercicio del derecho a no declarar en la práctica

Llegado este punto, para el asunto que nos interesa, debemos dirigir la atención hacia la pregunta de cuántas personas se acogen a este derecho de no declarar contra familiares, así como cuántas de estas personas son mujeres, cuántas de estas mujeres son las esposas y si existe alguna relación entre acogerse a este derecho y la existencia de una sentencia absolutoria. Con ello podríamos valorar algunas cuestiones de interés como el impacto de género que tiene este derecho o privilegio procesal, si influye la autopercepción de la victimidad en la decisión de acogerse a este privilegio (ya sea por no reconocerse como víctima, o no considerar grave el hecho sufrido o por temor a represalias o consecuencias no deseadas).

La dificultad para encontrar el primero de estos datos a nivel general en la UE impide la respuesta al resto de preguntas¹¹²⁹.

¹¹²⁶ Una figura pasiva como la que con anterioridad a la Revolución francesa ocupaba la persona acusada de un delito, *“mero objeto del proceso penal relegado a soportarlo y a prestar la confesión, incluido el tormento”*. MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., esp. 118.

¹¹²⁷ SAP (Sección 2ª) Castellón 150/2006, de 12 de abril de 2006, ECLI: ES:APCS:2006:601, ponente: José Luis Antón Blanco, *“No es posible una interpretación que posibilite la impunidad, por razones de un entendido rigor procesal, que bien mirado entraña en ciertas ocasiones un fraude procesal ex art 11 LOPJ urdido precisamente por el acusado, y que de paso posterga ciertas y auténticas posibilidades procesales (art. 714 , art. 730 LECr) de tener en cuenta el testimonio practicado un día en que la víctima se sintió con fuerzas para tratar de poner fin a su situación.”* (F.J. 2), accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=681634&st atsQueryId=106516062&calledfrom=searchresults&links=&optimize=20061116&publicinterface=true> (Último acceso: 15 de abril de 2019).

¹¹²⁸ MARTINEZ GARCIA, Elena, GÓMEZ VILLORA, José María y BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *Protocolos sobre violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹¹²⁹ Éste es uno de los temas sobre los que se necesitan estudios victimológicos y en el que podemos comprobar la importancia para la Victimología de la aplicación de un método objetivo para el estudio de las víctimas de delitos, un

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

Fijándonos en algunas de las estadísticas que ofrece España, en el año 2018, el 10,94% (17.347) de las víctimas de violencia de género se acogió a su derecho a no declarar del artículo 416 LECrim¹¹³⁰. Es significativo que las mujeres españolas víctimas de violencia de género suelen acogerse a la dispensa en el 10,2%, mientras que es ligeramente superior, 12,5%, cuando son mujeres extranjeras. Esta cifra presenta un ligero aumento, del 5,4%, con respecto al porcentaje de mujeres que se acogieron a la dispensa del deber de declarar en el año 2017. Lo que señala una línea ascendente desde el año 2015 con 15.321 mujeres que no declararon, 16.118 en el año 2016, 16.464 en el año 2017. Si bien, este dato hay que ponerlo en relación con el número de denuncias presentadas y en este sentido, la ratio de acogimiento a la dispensa al deber de declarar desde el año 2015 estaba experimentando un descenso, 12,38% en el año 2015, 11,97% en el año 2016, 10,41% en el año 2017 y 10,94% en el año 2018. Significativo si relacionamos este dato con las denuncias presentadas: 129.193 en el año 2015, 142.893 en el año 2016, 166.260 en el año 2017 y 166.961 en el año 2018, es decir, en aumento cada año. Como pone de relieve el estudio de FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS centrándose en 580 expedientes de la Fiscalía de Área de Santiago de Compostela, relativos a delitos de violencia contra la mujer¹¹³¹, existe una serie de factores y variables de carácter demográfico y criminológico que influyen en determinadas actitudes procesales como son la presentación de una denuncia y testificar en el juicio. En cuanto a los rasgos sociológicos que este estudio encuentra significativos en las mujeres que deciden no denunciar se encuentran la convivencia en pareja con el agresor, la convivencia con familiares, compartir el domicilio con hijas e hijos y la titularidad de la vivienda en la que la víctima convive con el agresor. Si bien, en su estudio no se encuentra correlación entre quién inicia el procedimiento y si la víctima decide declarar o no¹¹³². Tampoco encuentra relación entre sus condiciones socio-económicas o si existe convivencia y la decisión de declarar. Mientras que sí obtienen resultados diferentes y significativos en relación a la incidencia de los años de convivencia señalando que las mujeres que han convivido más años con los agresores deciden acogerse a la dispensa del deber de declarar en mayor proporción. La incidencia de la negativa a declarar en la sentencia muestra asimismo una relación proporcional: en el “44,18% de los casos en que las mujeres hicieron uso de ese derecho el acusado fue exculpado, disminuyendo dicho porcentaje hasta el 29,15% en el caso contrario”¹¹³³.

método empleado en las ciencias sociales para “examinar las dinámicas, patrones, prevalencia, y distribución de la victimización” así en SHICHOR, David y TIBBETTS, Stephen G., *Victims and victimization*, op. cit.

¹¹³⁰ Fuente: CGPJ, Informe sobre Violencia de Género Año 2018, p.7, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019). Unos datos muy similares a los de otros años, por ejemplo, en el año 2017 el 10,41% de las víctimas se acogieron a la dispensa del deber de declarar. El 9,3% de las mujeres españolas que denuncia no declara, siendo el 13% de las mujeres no españolas las que deciden no declarar.

¹¹³¹ VÁZQUEZ- PORTOMENÉ SEIJAS, Fernando, “La colaboración de las víctimas en la persecución penal de la violencia de género en España”, *Revista Derecho Penal y Criminología* 2017, vol. 38, n.105, Bogotá, pp. 101-125.

¹¹³² *Ibidem*, esp. p. 113.

¹¹³³ *Ibidem*, esp. p. 119.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

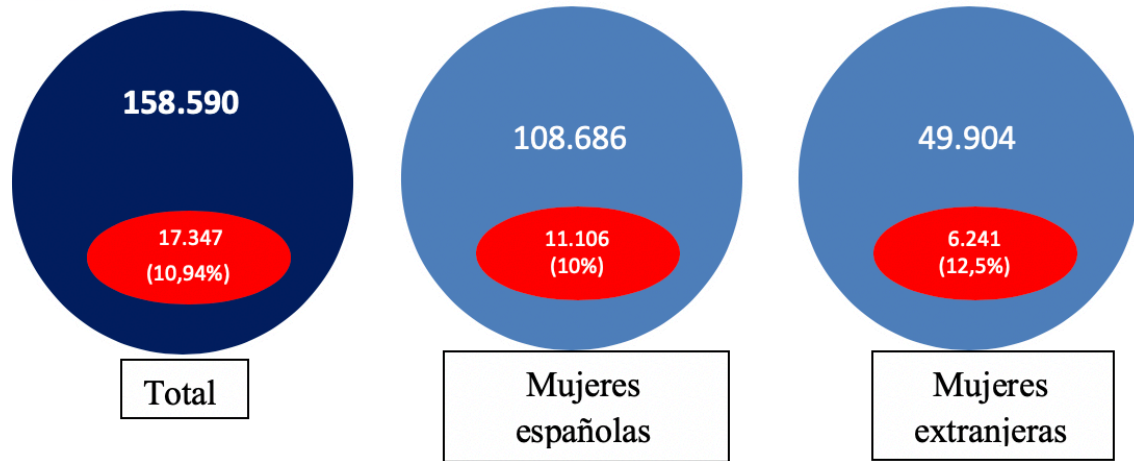


Figura n.30. Acogimiento a la dispensa del deber de declarar en caso de violencia de género, año 2018. En azul, mujeres víctimas (total, españolas y extranjeras) de violencia de género en el año 2018, en rojo mujeres que se acogen a la dispensa del deber de declarar. Fuente: elaboración propia en base a la información del CGPJ.

En el caso español y respecto de menores de edad, la STS 730/2018, de 1 de febrero de 2019¹¹³⁴, recogía las valoraciones del TSJ respecto a la dispensa del deber de declarar "*se trata de una víctima menor de edad, nacida en 2008 y, por tanto, con ocho años cuando se le hizo la exploración, (...) Ha de rechazarse enérgicamente la escena de una menor víctima de corta edad al que se sitúa en la tesitura de decidir si quiere o no declarar, espetándose para que exprese pública y solemnemente si quiere contribuir o no al encarcelamiento de un pariente cercano; aquí su propio padre. Sin la certeza de que el menor reúne las mínimas condiciones de madurez intelectual y emocional para percibir el conflicto, ponderar los intereses enfrentados y tomar una decisión personal, libre y responsable en la medida de sus posibilidades, no puede situarse de manera fría y distante en esa encrucijada, en un trance nada conveniente para su interés y que puede agravar su victimización. No se priva al menor de esa facultad; serán sus representantes legales en la forma prevista en la legislación civil los llamados a decidir sobre su ejercicio*" (F.J. 4)¹¹³⁵.

Remarcamos la repercusión de las distintas interpretaciones y regulación de lo que se entiende por "consentimiento", tanto en personas mayores como en menores de edad, como producto de una voluntad formada y exteriorizada. De hecho, esta disparidad en la precisión del término aparece, por ejemplo, en relación con el matrimonio forzado.

¹¹³⁴ STS 730/2018, de 1 de febrero de 2019, Ponente: Julian Sanchez Melgar, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8651356&statsQueryId=104729315&calledfrom=searchresults&links=dispensa%20art%C3%ADculo%20416%20LEcrim&optimize=20190208&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹³⁵ STS accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8651356&statsQueryId=104729315&calledfrom=searchresults&links=dispensa%20art%C3%ADculo%20416%20LEcrim&optimize=20190208&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

Materia en la que no existe unanimidad respecto a lo que se ha de entender por “consentimiento”¹¹³⁶.

1.2.3 Jurisprudencia respecto de la dispensa del deber de declarar y propuestas de *lege ferenda*

La evolución del tratamiento de la Jurisprudencia del TS respecto al acogimiento de la víctima de violencia de género a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECrim es recogida de forma clara y sintética por VICENTE MAGRO SERVET¹¹³⁷:

1. Pleno no jurisdiccional TS 24 de abril de 2013¹¹³⁸, en el que se examinó la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim: No pueden hacer uso del art. 416 LECrim, en el caso de hechos ocurridos tras la disolución del vínculo matrimonial o ruptura de la situación de hecho, o si está personada como acusación particular. Última situación que en la STS 205/2018, F.J.3, (ponente: Antonio del Moral García) se entendía como una *postura esquizofrénica e incongruente* la de quien personada como acusación particular decide acogerse a la dispensa del deber de declarar en el juicio. STS 400/2015 de 25 de junio¹¹³⁹: “*Si se usa esta dispensa no se le puede interrogar a la víctima, y no haber hecho uso antes de ella no le impide hacerlo el día del juicio oral. Hace desaparecer la prueba de cargo*” (FJ.1).

2. STS 733/2017 de 15 de noviembre¹¹⁴⁰: “*la negativa a declarar en el acto del juicio oral... impide convertir la declaración sumarial de la víctima en prueba de cargo a valorar por el Tribunal y por ello se excluye de esta valoración (FJ1-2); Porque ni el testimonio policial, ni la grabación, ni lo percibido en el escenario ni la realidad fotografiada de las lesiones de la víctima, incluso dado el tiempo y lugar de su constatación, permiten inferir que precedió una amenaza, o retención coactiva de la víctima constituidas por actos que aquellos medios no pueden constatar, ni la autoría de las lesiones. La inferencia adquiriría fuerza de convicción, acorde a lógica y experiencia, si a aquellos datos se une lo que la víctima declaró. Pero ello implica*

¹¹³⁶ Informe del Parlamento Europeo “*Forced marriage from a gender perspective*”, 2016, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU\(2016\)556926_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556926/IPOL_STU(2016)556926_EN.pdf), esp. p. 17 (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹³⁷ MAGRO SERVET Vicente, Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género, *Diario La Ley* 2018 n. 9278, <https://diariolaley.laleynext.es>

¹¹³⁸ Accesible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/_Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdos_del_Pleno_No_Jurisdiccional_de_la_Sala_Segunda_del_Tribunal_Supremo_de_24_04_2013_sobre_la_interpretacion_del_art_416_de_la_LECrim_formato3 (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹³⁹ STS 400/2015 de 25 de junio, ECLI: ES:TS:2015:3166, ponente: Francisco Monterde Ferrer, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7438329&links=%22400%2F2015%22&optimize=20150720&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁴⁰ STS 733/2017 de 15 de noviembre, ECLI: ES:TS:2017:4073, ponente: Luciano Valero Castro, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8217780&links=%22733%2F2017%22&optimize=20171127&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

prescindir de que tal declaración ha sido excluida, y correctamente excluida, del material a tomar en consideración, para justificar la condena” (FJ 2).

3. STS 205/2018 de 25 de abril¹¹⁴¹: 1. El acogimiento, en el momento del juicio oral a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida.

4. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim.) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición.

Algunas de estas excepciones a la dispensa están reguladas en otros ordenamientos jurídicos europeos. Así, por ejemplo, en Irlanda la *Criminal Evidence Act* de 1992 obliga a la/el esposa/o de la persona acusada a testificar si el delito es de violencia o amenaza de violencia contra la/el esposa/o, contra los/as hijos/as, o contra persona menor de 17 años, si se trata de un delito sexual contra el/la hijo/a o conspiración para cometer alguno de los anteriores delitos o incitación para su comisión. Asimismo, la/el excónyuge debe testificar en todo caso si se trata de delitos cometidos con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial o separación.

La incidencia de la exención del deber de declarar de la víctima-testigo en la forma de terminación del proceso en casos de violencia de género (y en general en los delitos en los que la víctima es una mujer) presenta una gran intensidad. Según la Memoria de la FGE para el año 2017, de las 97 retiradas de acusación en juicios por violencia contra la mujer, 46 de los casos (que suponen el 47,42%) fueron originadas por la ausencia de pruebas al acogerse la víctima a la dispensa del artículo 416 LECrim¹¹⁴².

En esta misma línea, la Memoria de la Fiscalía General del Estado recoge una dura crítica a la exención en los siguientes términos *“La dispensa establecida en el artículo 416 LECrim, en realidad, más que proteger la paz familiar, es un instrumento que perjudica notablemente a las víctimas de (violencia de género), es contrario al carácter público de este delito y fomenta la sensación de impunidad que en relación a estas conductas tiene la sociedad”*¹¹⁴³. En esta línea crítica, CRISTINA CUETO y JOSÉ ANTONIO DÍAZ entienden que esta postura del TS en relación con las consecuencias de la exención al deber de declarar es el *“único supuesto en el que resulta vedada la utilización en el juicio de un material que reúne todas las exigencias*

¹¹⁴¹ STS 205/2018, de 25 de abril, ECLI: ES:TS:2018:1629, ponente: Antonio del Moral García, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8386336&links=%22205%2F2018%22&optimize=20180518&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁴² Memoria de la Fiscalía General del Estado, esp. p. 459, accesible en https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado!/ut/p/a1/04_Sj9CPyks sy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszIAKIpEVuPtYuBk4unsGO5l6eBhbBJkQ p98AB3A0IKQ_XD8KVYm_h68R0AWGvqEmli7GBu6G6AqwOBGsAI8bCnJDIwyyPRUByaZ9Ig!!/dl5/d5/L2dB ISEvZ0FBIS9nQSEh/?selAnio=2017 (Último acceso 18 de junio de 2018).

¹¹⁴³ *Ibidem*, esp. p. 456.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

impuestas por los derechos fundamentales procesales al proceso con todas las garantías o la presunción de inocencia, art. 24.2 CE. -Además, y a diferencia de lo que sucede con otro derecho fundamental procesal con el que guarda un parentesco íntimo, el derecho a guardar silencio del acusado, art. 24.2 CE, la dispensa por razón de parentesco otorgaría a su titular un doble contenido procesal: uno negativo, la ausencia del deber de declarar, y otro positivo, la exclusión de un acto previo. (...) supondría otorgar al titular de la dispensa un poder de disposición sobre una actuación válidamente incorporada al proceso que resulta incompatible con la naturaleza de éste”¹¹⁴⁴.

Y es que, siguiendo al magistrado ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, con el reconocimiento de la dispensa del deber de declarar¹¹⁴⁵ en realidad se otorga a la víctima la capacidad de castigar o no. El magistrado del TS propone dispensar del deber de juramento y así evitar que la presunta víctima cometa el delito de falso testimonio. Si bien, esto no evita el delito de acusación y denuncia falsa. A este respecto y relacionándolo con la presunción de victimidad tratada en otros Capítulos, ¿qué incidencia tiene la presunción de victimidad respecto del deber de decir la verdad como testigo? Esta pregunta entronca directamente con los efectos propiamente de la presunción de victimidad. ¿Cómo recibe una presunta víctima la necesidad de prometer o jurar que dirá la verdad? Es en este aspecto donde con mayor nitidez se percibe que la víctima en el proceso penal no recibe un trato diferente al de un mero testigo puesto que esa presunción de victimidad que hemos considerado que produce el adelantamiento del reconocimiento de la mayoría de los derechos procesales no alcanza en ningún caso a una presunción de veracidad¹¹⁴⁶. Como así debe ser puesto que, de lo contrario, si la presunta víctima gozará de la presunción de veracidad se conculcarían los principios esenciales del Derecho Procesal haciendo, de hecho, innecesario la existencia del mismo proceso penal.

Hasta la LEVD, en este tema cobraba especial significancia la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales¹¹⁴⁷. Así, la posibilidad de acordar determinadas medidas de protección de carácter procesal (así como extraprocesal o extrajudicial¹¹⁴⁸) a las presuntas víctimas de violencia de género en su condición de testigos quedaba en el ámbito de aplicación de la

¹¹⁴⁴ CUETO MORENO, Cristina y DIÁZ CABIALE, José Antonio, “La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2017, n.19-22, esp. p.3. Accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-22.pdf> (Último acceso 19 de diciembre de 2019).

¹¹⁴⁵ Ponencia presentada en el *VII Congreso del Observatorio contra la violencia de doméstica y de género*, Madrid, 18 y 19 de octubre de 2018. Antiguo Salón de Sesiones del Senado.

¹¹⁴⁶ Algunas autoras reflexionan sobre la necesidad de que se instituya una presunción de veracidad *iuris tantum* de las víctimas. Así, BORGES BLAZQUEZ, Raquel y SIMÓ SOLER, Elisa, “Capítulo XVI. A propósito del caso de Diana Quer. Por un derecho a la presunción de credibilidad para las víctimas de violencia de género”, en VV.AA., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 463-487.

¹¹⁴⁷ BOE de 24 de diciembre de 1994, n. 307, pp. 38669-38671, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1994/12/23/19> (Último acceso 19 de diciembre de 2019).

¹¹⁴⁸ Utilizando la nomenclatura en ORTELLS RAMOS, Manuel, “Comentario y desarrollo de la ley de protección de testigos y peritos”, en Juan Antonio Robles Garzón (coord.), *La protección de testigos y peritos en causas criminales. Comunicaciones y ponencias*, Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2001, pp.163-178.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

LO 19/1994¹¹⁴⁹ pero tras la publicación de la LOMPIVG, su incidencia se proyectaba sobre todo en aquellas víctimas de delitos de violencia contra las mujeres basada en el género pero no considerada “violencia de género” siguiendo la legislación penal española así como en las personas que intervinieran como testigos en procesos penales en casos de violencia contra las mujeres basada en el género. Tras la publicación de la LEVD parece que el ámbito de aplicación de la LO 13/1994 se limita a éstas últimas personas intervinientes en el proceso penal, habida cuenta de que las medidas de protección previstas se proyectan sobre todo tipo de víctimas. Por ello hemos de subrayar que la diferencia en el tratamiento procesal de las víctimas y los/las testigos se hace patente en la ley aplicable en el caso de requerir protección o bien las víctimas o bien los testigos. Con la única particularidad de que las víctimas indirectas, cuando actúen como testigos, también estarían cubiertas por la LEVD.

Otras de las soluciones que propone ante el problema de prueba que la dispensa o retractación en el juicio oral genera es aplicar el artículo 730 LECrim. Este artículo establece que *“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección.”* Podría valorarse la posibilidad de modificar este artículo eliminando la necesidad de que se deba a causas independientes de la voluntad de las partes. Si bien, *stricto sensu*, siguiendo la literalidad del artículo emplea el pronombre “*aquéllas*” refiriéndose a las partes y, sin embargo, la víctima no personada no es parte procesal.

En cuanto al segundo inciso de este artículo 730 LECrim referido a la lectura de las declaraciones recibidas conforme al 448 LECrim¹¹⁵⁰ a menores o personas con la capacidad judicialmente modificada necesitadas de especial protección, podríamos

¹¹⁴⁹ NAVARRO VILLANUEVA, Carmen, “La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género” en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 475-504, esp. pp. 482-497. Merece especial atención su reflexión acerca de la incidencia en las garantías procesales del acusado de la declaración del testigo protegido en las pp. 498 a 500.

¹¹⁵⁰ “Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

valorar la necesidad de ampliar este supuesto referido a la posibilidad de que la declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada tenga lugar evitando la confrontación visual con la persona inculpada, a otros supuestos de víctimas cuando así lo valore el Tribunal de oficio, o a instancia de cualquiera de las partes o recabando informe a los servicios de asistencia y apoyo facilitados por las Administraciones públicas (reconocidos en el artículo 10 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de las víctimas).

En esta línea señala ANA BELTRÁN que la *“recomendación de que en atestado policial se recomienda que la policía fotografíe y grabe la inspección ocular y la declaración de la víctima contra su cónyuge obtenida en la fase preliminar así como la posibilidad de utilización de videoconferencia (arts. 306 y 731bis LECrim) como medio para tomar declaración a la víctima tanto en fase de investigación, como en juicio oral, siempre con respeto a los derechos del acusado”*¹¹⁵¹. Esta recomendación subraya la importancia del papel de la policía en la investigación. Siguiendo a JULIO PÉREZ, la policía es quien soporta el peso de la investigación en el proceso penal¹¹⁵². Una trascendental importancia que también subraya MONTSERRAT DE HOYOS¹¹⁵³.

Estas reflexiones en torno al derecho a no declarar contra su (ex)pareja sentimental fueron tratadas en la actividad *“Encuentro con familiares y entorno de mujeres víctimas de violencia machista”* organizada por la Asociación para la defensa de la Mujer “La Rueda” y “Fundación Caja Burgos” con motivo del día internacional contra la violencia de género¹¹⁵⁴. La trabajadora social que dirigió la sesión ante la pregunta de cómo valoraba la posibilidad de la derogación de la dispensa del deber de declarar, se mostraba en contra. Mantenía, textualmente, que *“precisamente si algo se les ha quitado a las mujeres que sufren violencia por parte de sus novios o maridos es la capacidad de decisión. Por tanto, sería ahondar en su proceso de alienación decidir por ellas cuándo han de declarar”*. Una mujer presente en la sala que se presentaba como víctima de violencia de género (aunque su caso fue archivado porque ella retiró la denuncia ante las presiones de su exmarido militar y la posibilidad de ser expulsado del ejército y, por tanto, dejar de poder pagar la pensión, según contaba) y violencia doméstica (había denunciado a su hijo y tenía la vista dos días después) comentaba que si ella hubiera estado obligada a declarar, lo declarado no habría sido lo que ella había vivido. Primero por no estar preparada emocionalmente. Y, en segundo lugar, por estar saturada por el desgaste emocional que supone el proceso penal y en tercer lugar, por las presiones de su exmarido.

¹¹⁵¹ BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim”, op. cit., esp.22-23.

¹¹⁵² PÉREZ GIL, Julio, “Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal”, *Revista jurídica de Castilla y León* 2008, n.14, pp. 223- 248, esp.226.

¹¹⁵³ DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género”, en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 413-448.

¹¹⁵⁴ Actividad desarrollada el día 27 de noviembre de 2019, accesible en <http://www.aytoburgos.es/archivos/servicios-sociales/evento/documentos/actividades-25n-1-2-pdf.pdf> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

Con todo lo anterior nos posicionamos a favor de la limitación del privilegio procesal a la dispensa del deber de declarar a la fase de juicio oral. De esta forma se introduciría en el debate público procesal tanto manifestaciones espontáneas en una fase preprocesal ante la policía¹¹⁵⁵ o ante personal sanitario o asistencial, como las declaraciones prestadas en fase de instrucción. Procediendo a la modificación del artículo 730 LECrim admitiendo que se pueda leer o reproducirse también de oficio y no solo a instancia de parte. Lo que limitaría que se pueda solicitar solo en el caso de que la imposibilidad de su práctica obedezca a causas independientes a la voluntad de las partes. Esta modificación implicaría también la reforma del artículo 448 LECrim en el sentido de incluir una referencia al estado psicológico de las víctimas y así tras “*y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral*” habría de incluirse “*o si la presunta víctima manifestare al Letrado de la Administración de Justicia que su estado psicológico de miedo, inseguridad u otro relacionado le impedirá volver a declarar*”. Asimismo, se añadiría al artículo 730 *in fine* “*así como a otras víctimas cuando así lo estime procedente el juez o tribunal*”. Con estas modificaciones limitaríamos los efectos del ejercicio de la dispensa del deber de declarar al ámbito del juicio oral y posibilitaríamos que tanto lo manifestado en una fase de investigación policial como en la fase de instrucción pueda ser objeto de debate contradictorio respetando las garantías procesales de la persona acusada.

Estas declaraciones serán introducidas procediendo a su lectura pública del acta en que se documentó (artículo 714 LECrim) confrontándose de esta forma con las declaraciones del resto de intervinientes en el juicio oral, así como por medio del interrogatorio de los testigos que recibieron tales declaraciones. Y ello aún teniendo presente las críticas respecto a la validez probatoria de las declaraciones testificales en sede de instrucción o incluso en una fase de investigación policial¹¹⁵⁶. En el concreto campo de estudio que constituye el objeto principal de reflexión de esta memoria de tesis, esto es la violencia contra las mujeres por motivos de género, las presuntas víctimas deben tener la posibilidad de aclarar el porqué de la contradicción entre sus manifestaciones y/o declaraciones en fase pre-procesal (o procesal en instrucción) y la postura procesal en fase de juicio oral ejercitando el derecho a no declarar contra quien en otro momento manifestó haber sido su victimario. Aplicar en estos casos una interpretación formalista nos situaría de espaldas a un problema social (las repercusiones de la violencia de género en cuanto a la generación de un estado de indefensión aprendida, miedo y alienación) dándole cobertura en sede procesal¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ Siguiendo la jurisprudencia del TEDH en su STEDH de 3 de diciembre de 2018, asunto *N.K. c. Alemania*, Demanda 59549/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0726JUD005954912, accesible en [https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{"itemid":\["001-185229"\]}](https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#{) (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁵⁶ Puestas de manifiesto en PÉREZ GIL, Julio, “Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal”, *Revista jurídica de Castilla y León* 2008, n.14, pp. 223- 248, esp. 238-239.

¹¹⁵⁷ Será interesante y necesario atender a las conclusiones del informe del Consejo Asesor para la revisión de la LECrim desde una perspectiva de género creado por Acuerdo de Consejo de Ministros en reunión de fecha de 1 de septiembre de 2018, BOE de 1 septiembre 2018, n.212, pp. 86042-86043.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

Además, en cuanto a las manifestaciones espontáneas, el TEDH en su Sentencia en el asunto *N.K. c. Alemania* declaraba que la condena del Tribunal Regional se puede basar en las declaraciones de la víctima porque fueron espontáneas y estaban corroboradas por otros factores significativos e independientes. No obstante, el TEDH entiende que la admisión de la declaración de la víctima prestada en sede de instrucción es un hándicap para la defensa que ha de ser compensado. En este sentido, tanto el Tribunal Regional como el Gobierno admiten que deberían haber nombrado a un abogado al demandante (acusado en instancia nacional) para que pudiera preguntar a la víctima durante la audiencia ante el juzgado de instrucción. Sin embargo, el TEDH considera que el Tribunal Regional analizó a fondo y con cautela la credibilidad y fiabilidad de la declaración de la víctima recogida por el juez de instrucción y que había pruebas amplias y sólidas que la corroboraban. Además, el TEDH entiende que el acusado en sede nacional tuvo la oportunidad de dar su versión de los hechos pero que decidió no hacerlo y tampoco interrogar al juez de instrucción cuando testificó como testigo.

Con todo ello, el TEDH analizando la influencia de la declaración de la víctima en la condena, así como el enfoque del tribunal valorando la prueba, la disponibilidad y fortaleza de las pruebas incriminatorias y las medidas compensatorias del Tribunal Regional, entiende que los factores de contrapeso fueron capaces de compensar el hándicap de la defensa. Declara que la admisión de la declaración de la testigo/víctima no sujeta a contradicción, examinada y recogida por el juzgado de instrucción no ha supuesto la violación del artículo 6.1 ni 6.3 del CEDH.

Dicho lo anterior, conviene precisar que no se trata de otorgar una suerte de presunción de veracidad de las primeras declaraciones de las presuntas víctimas ni a los resultados de las investigaciones policiales ni a los testimonios de testigos de referencia que recibieron estas manifestaciones y/o declaraciones, sino que los mismos sean objeto de debate contradictorio ante la inmediación que supone el juicio oral y que puedan ser analizada su verosimilitud y su carga incriminatoria por el juez sentenciador.

1.3 Valoración de la prueba en casos de violencia contra las mujeres por razones de género

Como derecho fundamental reconocido en los textos internacionales, europeos y nacionales, la presunción de inocencia es un derecho fundamental sobre el que se asienta el sistema procesal penal de los Estados de Derecho y por ello, en respeto y garantía del mismo, se ha de probar la culpabilidad de la persona acusada a través de los medios de prueba legales y pertinentes¹¹⁵⁸. La declaración de la víctima como testigo de su propia victimización cobra especial significancia cuando existe una relación sentimental entre víctima y victimario y cuando el delito se produce en la intimidad. Esta circunstancia unida a la necesidad de que la víctima no actúe por motivos de odio,

¹¹⁵⁸ Vid. AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (eds.), *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

resentimiento, enemistad o venganza, exigen un plus probatorio a las víctimas de violencia contra las mujeres por razones de género en el caso de que el presunto autor de los hechos sea su marido o novio dado que ha de pasar por el filtro probatorio de que su relación sentimental no contamine su motivación para denunciar.

A este respecto en este epígrafe vamos a detenernos en las declaraciones de las víctimas en fase de instrucción y en la repercusión procesal penal de la declaración de la víctima en caso de que se trate de la única prueba de cargo.

1.3.1 Declaraciones en fase de instrucción

Conviene aclarar que el concepto de testigo en el seno del Consejo de Europa es un concepto autónomo como así declaró en el asunto *Damir Sibgatullin c. Rusia*¹¹⁵⁹. Incluye a la persona coacusada¹¹⁶⁰, a las víctimas¹¹⁶¹ y a testigos expertos/as¹¹⁶². De los casos en que se ha pronunciado el TEDH, este derecho del/a testigo estaba relacionado con el derecho a no declarar contra sí misma/o en el asunto *Vidgen c. Países Bajos*¹¹⁶³, en el asunto *Sievert c. Alemania*¹¹⁶⁴ y en el asunto *Cabral c. Países Bajos*¹¹⁶⁵. No obstante, el TEDH se pronunció respecto del ejercicio del derecho del testigo a no declarar contra la persona acusada basado en el miedo a las represalias. Efectivamente en el asunto *Breijer c. Países Bajos*¹¹⁶⁶, siguiendo el artículo 219 del Código Procesal Penal de Países Bajos¹¹⁶⁷, el TEDH no admitió a trámite la demanda siguiendo su jurisprudencia en el asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*¹¹⁶⁸ en relación con la

¹¹⁵⁹ STEDH de 29 de septiembre de 2012, asunto *Damir Sibgatullin c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0424JUD000141305, párrafo 45, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-110445%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶⁰ STEDH de 2 de febrero de 2009, asunto *Trofimov c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD000111102, párrafo 37, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-90026%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶¹ STEDH de 26 de enero de 2009, asunto *Romanov c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD004146102, párrafo 97, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-87836%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶² STEDH de 26 de marzo de 1996, *Doorson c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492, párrafos 81 y 82, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-57972%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶³ STEDH de 10 de octubre de 2012, asunto *Vidgen c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306, párrafo 42, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-112102%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶⁴ STEDH de 19 de octubre de 2012, asunto *Sievert c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2012:0719JUD002988107, párrafos 59-65, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-112283%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶⁵ STEDH de 28 de noviembre de 2018, asunto *Cabral c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD003761710, párrafo 34, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-185308%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶⁶ Decisión de inadmisibilidad en el asunto de 3 de julio de 2018, asunto *Breijer c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2018:0703DEC004159613, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-185990%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁶⁷ “A witness shall be excused the duty to answer a question put to him if in so doing he would expose himself ... to the risk of criminal prosecution”.

¹¹⁶⁸ STEDH de 15 de diciembre de 2011, asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22fulltext%22:%22Al-Khawaja%20and%20Tahery%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-108072%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

ausencia del testigo en el juicio cuyo testimonio constituye la única prueba de cargo siendo decisiva para la condena. En estos casos, el derecho de la defensa conforme al artículo 6.3 CEDH de interrogar al/la testigo exige que el tribunal adopte los necesarios contrapesos. El TEDH mantiene una interpretación flexible del artículo 6.3 CEDH considerando la necesidad de valorar el proceso en su conjunto para determinar si respeta las garantías y principios para considerarlo un proceso justo. De esta forma, la admisión del testimonio del testigo que no presta declaración en el juicio (como consecuencia de su muerte o por miedo a las represalias como el caso concreto) no determina de forma automática la vulneración del artículo 6.3 CEDH. En cuanto a los contrapesos señalados por el TEDH, en su sentencia en el asunto *Schatschaschwili c. Alemania*¹¹⁶⁹, resumía la jurisprudencia al respecto. En concreto hacía referencia a que la valoración de la prueba aportada sin contradicción se hubiera realizado por los tribunales con cautela, exponiendo de forma detallada la motivación de la consideración de la fiabilidad de la prueba teniendo en cuenta otras pruebas, la existencia de un vídeo de la declaración del/la testigo ausente siendo interrogado/a en la fase de instrucción, la disponibilidad del tribunal de elementos corroboradores de la prueba no contradicha como testigos de referencia, prueba forense, informes de expertos/as, similitud de los hechos descritos por otros testigos, la existencia de contrainterrogatorios, la posibilidad de que la defensa realice preguntas al/la testigo de forma indirecta durante el juicio o en la fase preliminar, la posibilidad de que el/la demandante o su abogada/o hayan podido formular preguntas al/la testigo en la fase de investigación, en determinadas circunstancias excepcionales se ha admitido la posibilidad de dar audiencia al/la testigo ante solo la presencia de su abogada/o.

En la STEDH en el caso *Unterperinger c. Austria*¹¹⁷⁰, en su apartado 19 se refería al acogimiento de la esposa y de la hija de ésta al derecho a no declarar contra el demandante entendiendo que el tribunal no pudo examinarlos ni leer el acta de la entrevista de la Sra. Unterperinger con el juez. Sin embargo, a petición de la fiscalía se leyeron los documentos en su escrito de acusación que incluía los informes de la policía. El Tribunal Regional terminó condenando al acusado estableciendo que las declaraciones de la esposa y su hija ante la policía eran suficientemente claras y específicas para fundamentar la condena y que no había dudas sobre la veracidad de sus declaraciones. El demandante recurrió al entender que las declaraciones de su entonces ya exesposa y la hija de ésta en sede policial fueron realizadas sin haber sido previamente informadas de su derecho a no declarar contra su marido y padrastro. El Tribunal de Apelación aludía a la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al hecho de que una negativa legítima a declarar no impidiera que el tribunal hubiera leído

¹¹⁶⁹ STEDH de 15 de diciembre de 2015, asunto *Schatschaschwili c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410, párrafos 126-131, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22itemid%22:%22001-159566%22>; (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁷⁰ STEDH de 24 de noviembre de 1986, asunto *Unterperinger c. Austria*, demanda 9120/80, ECLI:CE:ECHR:1986:1124JUD000912080, accesible en <https://hudoc.echr.Consejo de Europa.int/eng#%22fulltext%22:%22Unterperinger%22,%22documentcollectionid2%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-57588%22>; (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

en voz alta las declaraciones de los testigos que se habían hecho a la policía y no durante el procedimiento judicial correspondiente. Agregó que el Tribunal Supremo había dictaminado que los tribunales estaban efectivamente obligados a que se leyeran tales declaraciones y que las sopesaran como prueba (apartado 23). Sin embargo, el TEDH declaró que se había producido una vulneración del derecho del demandante a un juicio justo (artículo 6 apartados 1 y 3 CEDH) al entender que, si bien las declaraciones de la exesposa e hijastra del demandante no fueron las únicas pruebas practicadas, sin embargo, fueron la prueba determinante de la condena siendo la prueba respecto de la cual los derechos de defensa estaban restringidos.

Una línea jurisprudencial que fue mantenida en el asunto *N.K. c. Alemania* de 2018. En este asunto el TEDH entendía que el tribunal de instancia no solo se basó en las declaraciones de la víctima manifestadas de forma espontánea a los agentes de policía y ante el juzgado de instrucción (como en el caso *Unterpertinger c. Austria*), sino también en el testimonio de la terapeuta de la casa de acogida, el testimonio del hijo de la víctima, el testimonio de los/as vecinos/as, la carta de la víctima de 26 de septiembre de 2009 donde recogía ejemplos de los actos de violencia que sufría por parte del demandante, el borrador de la carta dirigida a la esposa del ex amante, el testimonio de los agentes de policía a quienes la víctima realizó una declaración espontánea. Así, establecía el TEDH que la condena del tribunal de instancia se podía basar en las declaraciones de la víctima porque fueron espontáneas y estaban corroboradas por otros factores significativos e independientes. Asimismo, esta STEDH analizaba cómo se había equilibrado el hándicap que había sufrido la defensa al no haber podido contradecir las declaraciones de la víctima en el juicio oral. A este respecto, el TEDH considera que el Tribunal Regional analizó a fondo y con cautela la credibilidad y fiabilidad de la víctima recogida por el juez de instrucción y que había pruebas amplias y sólidas que la corroboraban. Además, el TEDH entendió que el demandante tuvo la oportunidad de dar su versión de los hechos pero que decidió no hacerlo y tampoco interrogar al juez de instrucción cuando testificó como testigo.

Es interesante cómo recogerán esta jurisprudencia los juzgados españoles. La posición del TS respecto a la repercusión de la dispensa de declarar, su influencia en el proceso penal en casos de violencia de género y la posibilidad de utilizar como prueba de cargo las declaraciones de las víctimas en sede de instrucción ha ido variando a lo largo del tiempo. Desde el posicionamiento en la STS 400/2015 de 25 de junio, la STS 733/2017 de 15 de noviembre, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 24 de abril de 2013 hasta la STS 205/2018 de 25 de abril. En esta última STS encontramos una clara dicotomía en el tratamiento de las declaraciones de las víctimas en fase de instrucción entre el TS español y el TEDH. El TS establece que *“El acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECrim, impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. No queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECrim.) quien, habiendo estado constituido como acusación*

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

particular, ha cesado en esa condición.” El TS se refería en esta sentencia a la STEDH de 24 de noviembre de 1986 en el asunto *Unterpertinger c. Austria* en la que el TEDH aludiendo a la necesidad de evitar una cuestión de conciencia entendía que la prohibición de interrogar a estos testigos no vulneraba el artículo 6.1 y 3 CEDH, al mismo tiempo que declaraba que la vulneración del artículo 6 CEDH al haber sido las principales pruebas de cargo las declaraciones de la exesposa y de la hija de ésta quienes declararon en la fase preliminar pero se acogieron al derecho a no declarar en el resto del proceso al no haber podido la defensa interrogarlas. Y es que, este tema toca uno de los principios rectores del proceso penal, el principio de inmediación en su incidencia para la apreciación de la credibilidad que el TEDH ha declarado que no se puede realizar mediante la mera lectura del contenido de las declaraciones¹¹⁷¹ y que como vemos, ha matizado su postura en el asunto *N.K. c. Alemania*.

Relacionado con lo anterior, debemos mencionar la cuestión prejudicial planteada bajo la pregunta “*¿Deben interpretarse los artículos 16, 18 y 20, letra b), de la Directiva 2012/29/UE en el sentido de que se oponen a que la víctima de un delito deba prestar de nuevo declaración ante el órgano jurisdiccional a raíz de su modificación si, con arreglo a los artículos 511, apartado 2, y 525, apartado 2, del Codice di Procedura Penal (Código de Procedimiento Penal) —tal como han sido interpretados de forma reiterada por la jurisprudencia de casación—, una de las partes procesales deniega el consentimiento para la lectura de las actas de las declaraciones prestadas anteriormente por la víctima, de conformidad con el principio de contradicción, ante un juez distinto en el mismo proceso?*”¹¹⁷². El TJUE ha dado respuesta a dicha cuestión “*Los artículos 16 y 18 de la Directiva 2012/29/UE (...) deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando la víctima de un delito ya ha prestado declaración ante el órgano jurisdiccional penal de primera instancia y la composición de este órgano se ve ulteriormente modificada, dicha víctima debe, en principio, volver a prestar declaración ante dicho órgano judicial, si una de las partes procesales se opone a que este, en su nueva composición, se base en la primera toma de declaración a la víctima*”¹¹⁷³. Una decisión que era analizada de forma más amplia en la Conclusiones del abogado general¹¹⁷⁴ “*Cuando el acusado exige, al amparo de esa legislación nacional, que se vuelva a tomar declaración a la víctima, las autoridades nacionales competentes están obligadas, con*

¹¹⁷¹ STEDH de 29 de junio de 2017, asunto *Lorefice c. Italia*, demanda 63446/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0629JUD006344613, párrafo 43, accesible en [https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{"itemid":\["001-174646"\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{) (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁷² Asunto C-38/18 Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bari (Italia) el 19 de enero de 2018 — Proceso penal contra Massimo Gambino y Shpetim Hyka <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=V%25C3%25ADctimas&docid=201335&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4947703#ctx1> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁷³ STJUE (Sala primera) de 29 de julio de 2019, asunto *Massimo Gambino y Shpetim Hyka*, C-38/2018, ECLI:EU:C:2019:628, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=216548&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7087096> (Último acceso: 23 de octubre de 2019).

¹¹⁷⁴ Conclusiones del abogado general Yves Bot de 14 de marzo de 2019, asunto C-38/2018, ECLI:EU:C:2019:208, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=211714&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7087096> (Último acceso: 23 de octubre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

arreglo al artículo 22 de la Directiva 2012/29, a proceder a una evaluación individual con el fin de determinar las necesidades especiales de esa víctima y, en su caso, en qué medida podrían adoptarse en favor de esta las medidas de protección especiales establecidas en los artículos 23 y 24 de dicha Directiva. En estas circunstancias, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales asegurarse de que tales medidas no menoscaben el carácter equitativo del proceso, en el sentido del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni los derechos de la defensa, en el sentido de su artículo, 48, apartado 2. (...) La Directiva 2012/29 no se opone a que un Estado miembro adopte medidas más protectoras en lo relativo a la toma de declaración de las víctimas durante el proceso penal, siempre que tales medidas no menoscaben los referidos derechos fundamentales.” Se trata, sin duda, de una interpretación de corte formalista más centrada en una visión rigurosa de los principios procesales que del respeto de los derechos de las víctimas.

La posibilidad de introducir en el juicio oral la declaración practicada al amparo del artículo 448 LECrim queda condicionada a que se den las circunstancias del artículo 730 LECrim al que ya hemos aludido. En la STS 205/2018, de 25 de abril, el TS mantiene que *“No existía verdadera imposibilidad, presupuesto necesario para activar la previsión del art. 730 LECrim. No es asimilable a esa imposibilidad la negativa a declarar consentida por la ley. El motivo de no declarar en el juicio dependió de manera exclusiva de la voluntad de la menor. No llegó a producirse el presupuesto, sine qua non en la semántica de la norma - art. 730 LECrim - al que se condiciona en términos imperativos el uso de la alternativa excepcional que en él se contempla. Es jurisprudencia inveterada, (...) la que consigna, como la primera de las condiciones de acceso a la vía del art. 730 LECrim, la de que "el testigo se encuentre imposibilitado para acudir al juicio oral", precisando que la imposibilidad ha de ser del género de la que se sigue de circunstancias como "el fallecimiento" o la consistente en "sufrir extraordinarias dificultades procesales", que en otras sentencias, como la 167/2010, de 24 de febrero, se describe como imposibilidad de localización por desconocimiento del paradero. Se entiende que la exigencia sea tan rigurosa, pues el derecho del imputado al examen del testigo de cargo en el enjuiciamiento con inmediatez, que es inmediatez actual, constituye factor esencial del derecho de defensa del imputado, inherente también al principio de contradicción. (F.J.5)¹¹⁷⁵. Y bien, como venimos manteniendo, la postura del TEDH ha experimentado una evolución desde el asunto en el que mantenía en el asunto *Unterperthinger c. Austria* de 1986¹¹⁷⁶ hasta los asuntos *Schatschaschwili c. Alemania* de 2015 y *N.K. c. Alemania* de 2018. A este respecto, queremos destacar el artículo 8.5 de la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el*

¹¹⁷⁵ STS 205/2018, de 25 de abril, ECLI: ES:TS:2018:1629, ponente: Antonio del Moral García, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8386336&links=%22205%2F2018%22&optimize=20180518&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁷⁶ Apartado 33.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

juicio¹¹⁷⁷ que establece “*El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales que dispongan que el juez o el tribunal competente puede excluir temporalmente del juicio a un sospechoso o acusado cuando sea necesario para asegurar el curso adecuado del proceso penal, siempre que se respete el derecho de defensa. Así como el artículo 8.6 de la mencionada Directiva que dispone que “El presente artículo se entiende sin perjuicio de las normas nacionales con arreglo a las cuales el procedimiento, o ciertas fases del mismo, se desarrolla por escrito, siempre que se respete el derecho a un juicio justo.”* Posibilidades procesales que en la legislación española no están recogidas de forma expresa pero que son mencionadas por el legislador europeo.

Hemos de aludir, por último, a la incidencia de la prueba indiciaria como prueba de cargo para la condena de la persona acusada. La STS 749/2018 declaró que “*tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (...). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.*” (FJ 1º).

1.3.2 Declaración como única prueba de cargo

El contacto de las víctimas con el sistema de justicia tiene una importante incidencia tanto en su victimización, como en la percepción de la misma, así como en el sistema de justicia. La configuración de la justicia procesal penal responde a tradiciones jurídicas nacionales que suponen intensas diferencias en cuanto a la aportación de pruebas, la valoración de las mismas, el papel de los/las profesionales que intervienen y la participación de las víctimas en el proceso penal¹¹⁷⁸.

La mujer víctima de violencia habitual en el ámbito de una relación sentimental presenta la particularidad de ajustar su comportamiento a los anteriores episodios delictivos de los que fue víctima. Así, por ejemplo en el ATS 1430/2014, de 25 de septiembre el TS respondía a una de las alegaciones de la defensa sobre el comportamiento de la víctima tras una agresión sexual “*Indicó también la defensa que*

¹¹⁷⁷ DOUE de 11 de marzo de 2016, n.L 65, pp. 1–11 Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁷⁸ En esta línea LAXMINARAYAN, Malini, HENRICHS, Jens, PEMBERTON, Antony, “Procedural and Interactional Justice: A Comparative Study of Victims in the Netherlands and New South Wales”, op. cit., esp. p.261.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

*la perjudicada no pidió ayuda cuando tuvo oportunidad, cuando llegó la ambulancia, pero ese hecho lo explica igualmente la misma: dice que las amenazas e insultos no son una novedad para ella, que ya las ha soportado otras veces y que por eso no pidió ayuda, pensando que los hechos no iban a llegar a la agresión sexual que sucedió después.*¹¹⁷⁹ Estas consideraciones entroncan directamente con la valoración de la credibilidad de la declaración de la víctima basada en su comportamiento previo, durante o posterior a los hechos delictivos denunciados. En cuanto a la declaración de las víctimas, en la STS 749/2018 el TS recordaba su jurisprudencia en cuanto a los parámetros o criterios lógicos y racionales que facilitan el análisis de la verosimilitud de la declaración evitando “*posicionamientos internos o intuitivos del Juez*” (F.J.2). Y así, se habla del criterio de ausencia de incredibilidad subjetiva (animadversión o existencia de móviles espurios), la persistencia en la incriminación y la concurrencia de elementos corroboradores del testimonio. Ello no obstante, hay que subrayar que sigue rigiendo la regla de libre valoración de la prueba por parte del juez (artículo 741 LECrim). También hay que decir que cada uno de estos tres parámetros son valorados en su conjunto pudiéndose compensar la robustez con que aparece uno, con respecto a la debilidad con que se dé otro.

Este análisis de la verosimilitud del testimonio se centra en que éste esté basado en razonamientos lógicos y se apoye en datos objetivos. Esta última apreciación alude a la necesidad de que existan elementos periféricos objetivos corroboradores. En cuanto a la persistencia en la incriminación, el TS no exige que se exija que el contenido del relato sea mimético pero sí que no entrañe modificaciones esenciales¹¹⁸⁰.

La aplicación de esta jurisprudencia en los delitos de violencia contra la mujer que se producen en la intimidad o en espacios alejados o solitarios, sin presencia de terceras personas y sin otros elementos periféricos corroboradores que el propio testimonio verbal y no verbal de la víctima, éste adquiere una relevancia esencial como única prueba incriminatoria. Cuando se acude a “elementos periféricos” no solo se trata de que se exija que haya testigos directos que puedan declarar lo que sintieron (como información recogida por cualquiera de los sentidos) respecto a la comisión del delito propiamente, sino que por medio de otras fuentes de prueba se pueda apoyar el relato de la presunta víctima en una relación de coincidencia objetiva con lo declarado.

¹¹⁷⁹ ATS 1430/2014, de 25 de Septiembre, ECLI: ES:TS:2014:7531A, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7191305&links=%221430%2F2014%22&optimize=20141016&publicinterface=true>. F.J.1º, (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁸⁰ STS 749/2018, de 20 de febrero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:524, ponente: Pablo Llarena Conde, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8679969&links=valor%20probatorio%20del%20testimonio%20de%20la%20victima&optimize=20190304&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

En el caso de que la declaración haya sido dada por una mujer con discapacidad, esta situación fue valorada en el caso de la STS 815/2013, de 7 de diciembre¹¹⁸¹ mencionado por la STS 653/2016, de 15 de julio¹¹⁸². En estos casos, el análisis de los mencionados parámetros para valorar la credibilidad del testimonio presenta particularidades. Así, en concreto en un caso de presuntos abusos sexuales a una mujer con discapacidad psíquica, la STS de 2013 el TS entendía que en estos casos al no poder prestar juramento y, por tanto, la exigencia de decir verdad, no podemos hablar de “declaración” de la presunta víctima, sino de “exploración”. No obstante, el TS sometía la “exploración” de la víctima a los parámetros para valorar la credibilidad de su relato expresado en varias declaraciones contradictorias entre sí, y entendía que siendo la única prueba de cargo no puede resolverse contra reo. Una interpretación, no obstante, que se basa en la ausencia de credibilidad subjetiva de la testigo/presunta víctima en sede procesal por cuanto que dada su discapacidad psíquica no puede prestar juramento de decir verdad (artículo 433 LECrim), una discapacidad que es valorada como impedimento para prestar juramento (que se proyecta en sede procesal) que, sin embargo, no conlleva inexorablemente a la consideración de su incapacidad para consentir una relación sexual. A esta correlación (una incapacidad en sede procesal -prestar juramento- que puede no estar presente en sede penal -consentir una relación sexual) a la que alude la STS 813/2015, de 7 de diciembre en la que el TS establecía que *“Cuando se trata de personas con disminución en su capacidad de determinarse libremente en materia sexual, si se trata de personas mayores de edad, las condiciones de tal consentimiento han de evaluarse conforme a las exigencias sexuales de cada persona, con sus características especiales, para no condenarlas a cualquier tipo de relación de ese tipo, lo que se produciría al tomarse en consideración que toda relación sexual fuera calificada de delictiva”*¹¹⁸³.

La declaración dada por una mujer menor de edad con discapacidad fue abordada en la STS 813/2015, de 7 de diciembre. Destacaremos que *“Con respecto a este informe pericial, (...) conviene señalar que de su lectura resulta en «relación a la cuestión de si la menor había prestado consentimiento, se observa que no conoce el significado de dicho término (...) no obstante, ante la pregunta directa de si ella quería mantener relaciones sexuales con su hermanastro, la menor responde explícitamente: (...) él me dijo que sí y yo decía que no (...) nunca he querido (...), (...) no, porque no quiero ser su novia (...). De lo que antecede, puede fácilmente deducirse que la menor o no*

¹¹⁸¹ STS 815/2013, de 7 de diciembre, ECLI:ES:TS:2013:5437, ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón, F.J. 6º accesible en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=6888446&inks=%22815%2F2013%22&optimize=20131125&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁸² STS 653/2016, de 15 de julio, ECLI: ES:TS:2016:3664, F.J.5º, párrafo 6º, ponente: Antonio del Moral García, accesible en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7746344&inks=%22653%2F2016%22&optimize=20160729&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁸³ STS 813/2015, de 7 de diciembre, ECLI: ES:TS:2015:5733, F.J. 3º, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, accesible en

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7587667&inks=%22813%2F2015%22&optimize=20160129&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

comprendía desde el plano cognitivo lo que significaba acceder sexualmente, o bien directamente no accedía a las pretensiones de su hermanastro, quien se valía para conseguir el abuso de un ostensible déficit mental, (...) ¹¹⁸⁴.

En el caso de la STS 653/2016 el TS declaraba *“Este ramillete de circunstancias nos lleva a concluir que el testimonio de la víctima in casu carece de solidez suficiente para soportar una convicción de culpabilidad.”*¹¹⁸⁵ Un análisis de la credibilidad de la víctima y de las razones del mantenimiento de versiones diferentes que en la SAP de Burgos 379/2019¹¹⁸⁶ en el conocido caso de la manada del Arandina entra a valorar la incidencia de las redes sociales en el credibilidad subjetiva de la víctima. Así la AP razona que *“Si bien dicha disparidad de versiones podría servir para invalidar su testimonio, sin embargo debemos atender a su grado de madurez, que como se manifestó por la psicóloga, se correspondía con la de una persona de 13 años, la cual se encontraba totalmente influenciada por su las redes sociales, y la imagen que pretendía mostrar de ella, en Instagram y delante de sus conocidos o compañeros de clase. Así deseaba aparentar mayor edad, y ser considerada como una mujer, adulta y con experiencia sexual. Por ello no miente sobre los hechos expuestos, solamente que teniendo un sentimiento de culpabilidad por lo acontecido en el piso de los acusados, el día 24 de noviembre de 2017, no deseaba que aquellos conocidos, con los que tenía menos confianza, supieran la verdad de lo ocurrido, de tal forma que optó por decirles que había realizado los actos sexuales de forma voluntaria, e incluso alardear de ello. Sin embargo ante aquellas personas, familiares o que tenía mayor confianza, mantuvo que los actos sexuales no habían sido consentidos por ella.”* (F.J. 3). Un análisis que desde una perspectiva victimológica destaca por la exteriorización de comprensión de las relaciones sociales y su evolución y modificación en el transcurso del tiempo, así como su consideración sobre cómo las redes sociales interfieren, como cualquier otro medio de comunicación a lo largo de la historia, en la forma de comunicarnos con las demás personas y, en especial, cómo esta injerencia se proyecta en las y los adolescentes. Un análisis de la credibilidad de la víctima que en este caso sirvió para condenar por agresión sexual a tres de los acusados, y que, sin embargo, no se entendió como “corroborada” respecto de la penetración por otro de los acusados contra la voluntad de la víctima y cuya cercanía en cuanto a madurez psicológica originó la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 183quáter C.P. (F.J. 4º).

¹¹⁸⁴ STS 813/2015, de 7 de diciembre, ECLI: ES:TS:2015:5733, ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, F.J. 3º, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7587667&inks=%22813%2F2015%22&optimize=20160129&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁸⁵ Vid. especialmente el F.J. 8 del STS 653/2016 donde el TS recoge una lista de 11 consideraciones para declarar la incredibilidad subjetiva de la víctima como por ejemplo *“h) Uno de los elementos corroboradores utilizados (eritema en la mejilla) es equívoco pues puede ser consecuencia de los golpes que según expresó la menor recibió ese día de su padre y hermano. i) La secuencia posterior a los hechos relatada (cambio de dinero, cabina de teléfonos...) tampoco se ajusta a parámetros de normalidad en quien acaba de sufrir una agresión de ese tipo. k) El estrés diagnosticado puede estar generado por otras causas a la vista de una biografía nada fácil.”*

¹¹⁸⁶ SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre, ponente: Roger Redondo Argüelles, accesible en la web de la empresa Newtral <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2019/12/AP-Burgos-Sentencia-Caso-Arandina.pdf> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

En definitiva, tanto a nivel nacional español como a nivel europeo, la declaración de la víctima puede constituirse como prueba de cargo suficiente incluso aunque aparezca como medio de prueba único y sin otros elementos periféricos corroboradores. Una larga e intensa reivindicación por parte del movimiento feminista, los estudios victimológicos, las escuelas de interpretación jurídicas progresistas y demás organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas, así como la sociedad civil, están detrás de este deseado avance y su positivización e institucionalización.

2. Las acusaciones populares: asociacionismo victimal y otras personas o grupos

Conforme al artículo 125 de la CE la ciudadanía “podrá(n) ejercer la acción popular (...)”. En el artículo 101 de la LECrim se declara que “*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley.*” Y el artículo 270 LECrim establece que “*Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley.*”

Siguiendo a VÍCTOR MORENO CATENA, tras la regulación de la acusación popular en la Constitución Española de 1812 para delitos cometidos por jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones (soborno, cohecho y prevaricación), su reconocimiento se generalizó con la LECrim de 1882 para los delitos públicos “*como reacción frente al oscurantismo de siglos anteriores y frente al peso de la Inquisición y su propia dinámica procesal. Con la LECrim se quiso romper con la imagen caduca y desacreditada de nuestro proceso penal, como se expresa en la Exposición de Motivos. Por eso mismo se «otorga una acción pública y popular para acusar, en vez de limitarla al ofendido y sus herederos», y se mira a Inglaterra como modelo de Administración de Justicia, pues, según se dice, los españoles han sido educados durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, de modo que no tienen confianza en la justicia ni coadyuvan «activamente a su recta administración, haciendo como el ciudadano inglés inútil la institución del Ministerio Público para el descubrimiento y castigo de los delitos»*¹¹⁸⁷. Ello, no obstante, el TS ha venido interpretando restrictivamente la participación activa de la acusación popular en casos en que solo la acción popular sostenga o bien la apertura de juicio oral o bien la condena de las personas acusadas.

La participación en el proceso penal de la acusación popular no está exenta de críticas. Centrándonos en la críticas de carácter técnico que son las que en esta memoria de tesis nos interesan, suelen aducirse la dilación del proceso penal, la persecución de una finalidad espuria ajena al proceso penal *per se*, la falta de necesidad de su participación al sostenerse una posición idéntica a la acusación pública, la negativa de

¹¹⁸⁷ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., esp. p.111.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

su intervención por parte de algunas víctimas de casos particulares o directamente su carácter prescindible al corresponder al Ministerio Público las funciones que se le suelen adjudicar¹¹⁸⁸.

En cuanto la posibilidad de que se haga uso de la acusación popular con una finalidad espuria¹¹⁸⁹, el uso fraudulento, contra la buena fe procesal, y en definitiva con fines distintos a la naturaleza del derecho no debería conllevar la supresión de un derecho sino el establecimiento de mecanismos procesales que corrijan tales desviaciones. Y así se recoge en la página 149 de la Sentencia del asunto del “*procés*” el TS declaraba “*En cualquier caso, la LECrim concede a esta Sala los instrumentos jurídicos precisos para impedir que la acusación popular -o cualquiera de las otras partes- desborden el ámbito funcional que le es propio. Y así ha quedado demostrado durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral.*”¹¹⁹⁰.

Respecto a la falta de necesidad de su participación en caso de sostener una postura idéntica a la acusación pública, no queremos dejar de apuntar que en caso de que éste sea un motivo para denegar la intervención de la acusación popular se podría producir la siguiente situación: si la identidad ha de encontrarse en la fase inicial procesal y se considera que los escritos de calificaciones provisionales son idénticos (lo que motiva que no sea tenida en cuenta la acusación popular), si, una vez practicada la prueba, el Ministerio Público de conformidad con los principios que informan su actuación, modifica su escrito de acusación (por ejemplo, pidiendo en sus calificaciones definitivas la absolución de la persona acusada), el tribunal aun cuando encuentre prueba de cargo para condenar, habrá de absolver en virtud del principio de acusación. Una situación que pone de manifiesto que la variabilidad de las calificaciones que mantengan las distintas acusaciones aún siendo idénticas en una fase inicial del proceso penal, aconseja la admisión de las distintas acusaciones en caso de cumplir con los requisitos procesales para ello.

En este sentido interesa el ATS de 8 de febrero de 2010¹¹⁹¹ en el que inadmite la acusación popular mantenida por el partido político “Falange Española”. Existe una capacidad del instructor de analizar los escritos de acusación que deriva en la posibilidad de conceder un plazo para la subsanación de los errores que el instructor aprecie en los escritos de calificaciones provisionales. Esta posibilidad es negada por el voto particular del magistrado Joaquín Giménez García quien considera que la

¹¹⁸⁸ Muchas de estas ideas se discutieron en el marco del II Seminario del Grupo de Investigación La Cooperación Judicial Civil y Penal en el Ámbito de la Unión Europea: Instrumentos Procesales (CAJI) a cargo del profesor Rodrigo Miguel Barrio y titulado “*La acción popular como instrumento popular. El caso de Vox en el juicio del “Procés”*”, el día 21 de octubre de 2019.

¹¹⁸⁹ Vid. MIGUEL BARRIO, Rodrigo, “La acción popular como instrumento electoral. El caso de Vox en el juicio del “Procés”, *La Ley Penal* 2019, n. 139, accesible en <http://revistas.laley.es/> (Último acceso: 22 de octubre de 2019).

¹¹⁹⁰ STS de 14 de octubre de 2019, causa especial 20907/2017, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-condena-a-nueve-de-los-procesados-en-la-causa-especial-20907-2017-por-delito-de-sedicion> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁹¹ ATS de 8 de octubre de 2010, 20048/2009, ECLI: ES:TS:2010:12357A, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5759068&links=Falange&optimize=20101028&publicinterface=true> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

capacidad del instructor se limita a admitir o denegar el escrito de calificación, pero no a conceder un plazo de subsanación. Mucho más cuando según un amplio sector doctrinal, la jurisprudencia del TS y del TC señalan las conclusiones definitivas como el momento procesal en que queda fijado el objeto del proceso penal¹¹⁹².

En cuanto a la negativa de su intervención por parte de algunas víctimas de casos particulares, el asociacionismo en el ámbito de las victimizaciones es una de las manifestaciones de lo que MYRIAM HERRERA denomina como una posible consecuencia de la fase de toma de conciencia política que ha de experimentar una víctima hasta que así sea reconocida por el sistema¹¹⁹³. Una vez la víctima es consciente de su victimización puede entrar en contacto con otras personas que han sufrido ese mismo tipo de victimización. Es lo que la autora denomina *victimidad colectiva o comunitaria*. El efecto positivo que genera esta exteriorización de la victimización compartida, en palabras de MYRIAM HERRERA “*permea la cultura, comunicación, cohesión social, coordinación de actividades y fijación de metas en el grupo*”. Además de ser “*un elemento ideológicamente cohesivo o dinamizador*”¹¹⁹⁴.

Sin embargo, por otro lado, supone la recurrente rememoración de hechos traumáticos y emociones negativas de gran intensidad. A esta cuestión ha de unirse la asunción de estas asociaciones, ONGs, etc. de las necesidades y exigencias políticas de las víctimas que pueden ocasionar tanto la pérdida de autonomía de las víctimas como el uso político de las mismas en lo que VANESSA BARKER denomina “*Política del dolor*”. Esta autora entiende que el sentido más retributivo o más restaurativo de las exigencias políticas de los grupos de víctimas depende del contexto político en que se desarrollen, o bien con una gran polarización social o bien, una sociedad civil comprometida y que teja redes de confianza y reciprocidad, respectivamente¹¹⁹⁵.

A este respecto podemos mencionar la intensa actividad procesal y extraprocesal de asociaciones como la organización internacional sin ánimo de lucro *Women’s Link Worldwide* y Asociación para la Prevención, Reinserción y Atención a la Mujer Prostituida (APRAMP)¹¹⁹⁶.

JULIO PÉREZ GIL señala que del examen comparado de la legislación procesal inglesa y alemana en cuanto a la representación de intereses colectivos por entes colectivos que participen en el proceso penal, se puede deducir que se garantiza el monopolio acusatorio al Ministerio Fiscal, se asocia la posición procesal de la asociación a la de la víctima y no existe una legitimación abierta¹¹⁹⁷. Estas conclusiones, sin embargo, no obstan para reconocer la importancia, también en sede procesal, de la

¹¹⁹² En GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, “La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica”, *La Ley Penal* 2019, n.137, marzo-abril, accesible en <http://revistas.laley.es/> (Último acceso: 22 de octubre de 2019), quien, sin embargo, señala los escritos de calificaciones provisionales como donde se contiene la esencia del proceso.

¹¹⁹³ HERRERA MORENO Myriam, “¿Quién teme a la victimidad?”, op. cit., esp. p. 351.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, esp. p. 351.

¹¹⁹⁵ Vid.BARKER, Vanessa, “The Politics of Pain: A Political Institutionalist Analysis of Crime Victims’ Moral Protests”, op. cit., esp. p. 619.

¹¹⁹⁶ Vid.Página web oficial <https://apramp.org/quienes-somos/> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁹⁷ PÉREZ GIL Julio, *La acusación popular*, op. cit., pp. 588-589.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

labor de las asociaciones de víctimas. Así, también reconocida por el Parlamento Europeo. En concreto en el Punto 40 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección ¹¹⁹⁸ “*Insta a los Estados miembros a que intensifiquen su trabajo con las ONG que protegen a las víctimas de violencia, con el fin de diseñar estrategias que incluyan medidas tanto proactivas como reactivas en relación con la violencia de género, el funcionamiento del instrumento de la OEP y los cambios necesarios en la legislación y en las medidas de apoyo;*”. Así también reconocido e impulsado en el Convenio de Estambul, cuyo artículo 9 lleva la rúbrica “*organizaciones no gubernamentales y sociedad civil*” y en él se prescribe que “*Las Partes reconocerán, fomentarán y apoyarán, a todos los niveles, el trabajo de las organizaciones no gubernamentales pertinentes y de la sociedad civil que sean activas en la lucha contra la violencia contra las mujeres y establecerán una cooperación efectiva con dichas organizaciones.*”

Ello nos lleva a detenernos brevemente en la participación en el proceso penal de asociaciones, ONGs, fundaciones, etc. que señalan entre sus fines la protección de las víctimas, su asistencia jurídica y la erradicación del delito en particular del que son víctimas. La posibilidad de que los tres tipos (cuatro si incluimos la acusación privada) de acusaciones que regula la LECrim aparezcan en un proceso penal ha sido objeto de numerosas reflexiones centrándose en diferentes aspectos. Desde la posibilidad de la retirada de la acusación, en la STS 8/2010, de 20 de enero, en el conocido “caso Ibarretxe”, se resumía la jurisprudencia del TS respecto a la trascendencia de la acusación popular en caso de retirada del resto de acusaciones “*La doctrina jurisprudencial en interpretación del art. 782 es la siguiente: en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007), doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, no existe posibilidad de personación de un interés particular, y el Ministerio fiscal concurre con una acusación popular que insta la apertura del juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008)*”¹¹⁹⁹. Es difícil valorar la “utilidad” procesal de la participación de la acusación popular en términos estadísticos que representen en qué proporción en los procesos penales sin acusación pública ni particular sino solo popular han conllevado sentencias condenatorias. Disponer de este

¹¹⁹⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, P8_TA(2018)0189, accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0189+0+DOC+XML+V0//ES> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹¹⁹⁹ STS 8/2010, de 20 de enero, F.J.3º, ECLI: ES:TS:2010:99, ponente: Andrés Martínez Arrieta, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5036892&optimize=20100211&publicinterface=true&tab=TS&calledfrom=searchresults&statsQueryId=126269285&start=1&inks=%22%2F2010%22> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

dato nos podría hacer valorar en qué tipo de procesos, qué tipo de personas físicas o jurídicas, respecto a qué cantidad de fianza, etc. se ejercita la acción popular con mayor frecuencia.

Como recuerdan los magistrados PABLO RUZ GUTIÉRREZ y JORGE JIMÉNEZ MARTÍ “*la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno*”¹²⁰⁰. En este sentido en la legislación española en el artículo 281.3 LECrim se privilegia la participación de las asociaciones de víctimas y demás “*personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas*” del deber de prestar fianza al presentar querrela conforme al artículo 280 LECrim “*siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima*”. Lo que, *sensu contrario*, en este caso de que no cuente con la autorización de la víctima, deberá prestar fianza, pero su derecho a participar en el proceso permanece vigente siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello. Ello, no obstante, en el conocido caso del asesinato del niño Gabriel Cruz, en un primer momento se personaron como acusación popular la Asociación Andaluza de Estudios Penales (retirándose en un momento inicial) y la asociación Clara Campoamor. En un Auto de la AP de Almería de 30 de octubre de 2018 se inadmitió la personación de la asociación Clara Campoamor en el proceso penal.

En referencia a la necesidad de contar con datos, en el Informe titulado “análisis de las sentencias dictadas en el año 2016, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores”¹²⁰¹, el informe se divide en cuatro partes referentes al homicidio o asesinato por violencia de género (38 sentencias), homicidio o asesinato por violencia doméstica (10 sentencias), homicidio o asesinato de menores a manos de sus progenitores y el homicidio o asesinato por violencia de género en el marco del Convenio de Estambul (es decir, sin relación sentimental entre víctima y victimario).

En la primera parte se analizaron 38 sentencias del Tribunal del Jurado y de Audiencias Provinciales en casos de violencia de género y violencia doméstica se arrojan datos interesantes respecto a la participación de la acusación popular en estos casos. Así se señala que en el 86% de los casos en que se impuso pena por resolución del tribunal del Jurado se había personado la acusación particular (también se personó como acusación particular el Consejo del Menor de Álava, que ejerce la tutela de los menores en dicha localidad). En todos los casos de sentencia condenatoria se formuló acusación pública. En 26 casos de los 48 analizados se personaron la *Abogacía del Estado en representación de la Delegación del Gobierno para la violencia, Institutos de*

¹²⁰⁰ RUZ GUTIÉRREZ, Pablo y JIMÉNEZ MARTÍ, Jorge, “La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer: análisis legal y jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 2010, n. 23, pp.223-254.

¹²⁰¹ Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica-y-de-genero/Analisis-de-las-sentencias-dictadas-en-el-ano-2016--relativas-a-homicidios-y-o-asesinatos-entre-los-miembros-de-la-pareja-o-ex-pareja-y-de-menores-a-manos-de-sus-progenitores> (Último acceso: 28 de febrero de 2020).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

la Mujer, Gobiernos de las CCAA y en otros casos se ha presentado una organización de mujeres como acusación popular, Asociación Clara Campoamor y en otro caso la Asociación Pro-Derechos Humanos de Melilla. (p.56)

En el apartado referido a homicidios o asesinatos por violencia doméstica (10 sentencias), no se personó en ningún caso acusación popular y en 6 de 10 casos se personó la acusación particular. (p. 95). En el apartado referido a homicidios o asesinatos de menores por sus progenitores (5 sentencias), en los 5 casos en que se impuso pena o medida de seguridad por resolución del Tribunal del Jurado o Audiencia Provincial, en 3 de ellos (80%) se personó la acusación particular y en un caso se personó el Ayuntamiento de Ubrique y en otro la Junta de Andalucía como acusación popular (p.137). En la parte referida a homicidios o asesinatos de mujeres por violencia de género en el marco del Convenio de Estambul, es decir, sin relación sentimental (se detalla que en dos casos eran compañeros de trabajo, en dos habían tenido una *relación clientelar* –en un caso de servicios sexuales a cambio de precio y en otro un representante de una agencia que mostró el piso a la futura arrendataria, en un caso mantenían una relación familiar lejana, en otro amistad, en otro caso relación de vecindad, en el resto no consta el tipo de relación) se analizaron 9 casos (incluyen otras infracciones como atentado, incendio, agresión sexual y robo con violencia en casa habitada. P. 151), todos condenando a los acusados hombres. En 8 de los 9 casos se personó la acusación particular, en el caso en que no fue así se personó como acusación popular la Fundación tutelar de la Rioja (los familiares de la víctima habían sido declarados incapaces).

No podemos dejar de mencionar el trabajo que desde los estudios victimológicos se centra en la valoración y análisis de la satisfacción de las víctimas con el sistema de justicia. En este sentido, ANTONY PEMBERTON, PAULINE AARTEN y EVA MUDLER analizaron cómo a través del sistema de justicia se repara tanto aspectos relativos a las dos señaladas dimensiones humanas “agencia” (o individualidad de la persona) como a la “comunidad” (o sentimiento de integración y conexión con un grupo) y cómo se interrelaciona esta reparación con la satisfacción con la Justicia¹²⁰². En este sentido, las autoras señalan que entendiendo la dicotomía agencia-comunidad, su afectación por el delito sufrido y la posible reparación de ambos conceptos a través del proceso, determina entender por qué el proceso es importante para las víctimas. Dicho esto, podría ser analizado, aquí lo dejamos apuntado, si la participación de la acusación popular repara la dimensión “comunidad” de toda existencia humana a través de la exteriorización de las redes de conexión entre el delito sufrido por una víctima particular, y la reacción que genera en el grupo social en que se integra.

¹²⁰² PEMBERTON, Antony, AARTEN, Pauline y MUDLER, Eva, “Beyond retribution, restoration and procedural justice: the Big Two of communion and agency in victims’ perspectives on justice”, op. cit., n. 7, vol.23.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

3. Actores procesales públicos y privados. Protección de los derechos de las víctimas, defensa de las garantías de las personas acusadas/condenadas y respeto a los intereses que representan.

En este epígrafe aparecen dos ideas separadas, pero íntimamente relacionadas. Por un lado, abordamos si los intereses de las víctimas aparecen protegidos por la actuación de la acusación pública y, por otro lado, cómo la teoría del Mundo Justo a la que hemos hecho referencia en el Capítulo Tercero de la presente tesis, influye en los operadores jurídicos contaminando tanto el trato como la valoración de las declaraciones de las víctimas.

Respecto a la primera cuestión, como hemos precisado con anterioridad, y siguiendo a BRIENNE MCGONIGLE¹²⁰³, la fiscalía no tendrá siempre los mismos intereses que las víctimas individuales ya que el Estado representa intereses más amplios que los individuales. Siguiendo tanto su reconocimiento constitucional vía artículo 124 CE como su regulación específica a través de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la actuación de la fiscalía se rige por los principios de legalidad y de imparcialidad¹²⁰⁴ especificando el precepto constitucional que procurará ante los tribunales “*la satisfacción del interés social*”. Un aspecto que tampoco nos acerca a la satisfacción de las necesidades de las víctimas puesto que aun pudiendo ser entendidas como incluidas en el término “social”, los intereses de las víctimas, o bien pueden que no sean legales, o bien pueden que no sean proporcionales, o incluso puede que no estén exteriorizados y se basen en una presunción de lo que puede reparar a la víctima, o, por último, puede que no haya sido exigida su satisfacción. En definitiva, los intereses de las víctimas por legales, ilegales o insuficientemente protegidos por ellas mismas, puede que no se identifiquen con “*el interés social*”.

En este momento, es interesante valorar hasta qué punto los intereses de las víctimas coinciden con la interpretación que de la “defensa de la legalidad” que realiza el/la fiscal en términos particulares casuísticos¹²⁰⁵. Así, podemos referirnos a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.1 de Pamplona en la que se condena al creador de la web de un “tour de la manada” en el que “*se publicitaba el recorrido por las calles de la capital navarra seguido por los condenados por la violación grupal perpetrada en los Sanfermines de 2016*”¹²⁰⁶. Siguiendo la información que proporciona la nota de prensa del CGPJ¹²⁰⁷ “*A raíz del visionado de la web, los síntomas de la perjudicada se*

¹²⁰³ MCGONIGLE LEYH, Brienne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, op. cit., esp. p. 34.

¹²⁰⁴ BOE de 13 de enero de 1982, n.11, pp. 708-714, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/1981/12/30/50> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²⁰⁵ Vid. ZAPATERO, Justino, *El buen fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

¹²⁰⁶ Nota de prensa del CGPJ accesible en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/La-juez-condena-a-ano-y-medio-de-prision-al-autor-del--Tour-de-la-Manada--por-atentar-contra-la-integridad-moral-de-la-victima-de-la-violacion-grupal](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/La-juez-condena-a-ano-y-medio-de-prision-al-autor-del-Tour-de-la-Manada--por-atentar-contra-la-integridad-moral-de-la-victima-de-la-violacion-grupal) (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²⁰⁷ La sentencia completa no ha sido publicada a 16 de diciembre de 2019.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

exacerbaron, por lo que la mujer requirió de nuevo de la ingesta de medicamentos, de modo que hasta aproximadamente el mes de mayo de este año no ha podido recuperar “una cierta normalidad, que había alcanzado previamente a la apertura de la página”. Según la jueza, la web “sin duda cosificaba la figura de la víctima de un grave delito contra la libertad sexual”. (...) “No se trata, como pretendió el letrado de la defensa, de buscar en la web expresiones concretas de carácter vejatorio, o referencias individualizadas a la víctima, se trata de una página web en su conjunto que recoge como tour turístico (no informativo) lo que fue un drama para la víctima”, asegura la magistrada, que reitera que la denunciante “vio expuesto su sufrimiento, minimizado, banalizado y utilizado, en aras de una presunta crítica, en un claro desprecio a su dignidad”. La víctima en el juicio oral declaró “que el contenido de la web no le pareció una broma en general, sino que pensó que se reían de ella. Manifestó que le avergonzó el planteamiento, la idea en sí misma, que hubiera personas que pudieran pasearse por el lugar en el que fue objeto de la agresión.”

La postura de la acusación particular fue la de petición de condena por un delito contra la integridad moral y otro delito de odio. La postura de la defensa y del Ministerio Fiscal fue la de la petición de absolución, y subsidiariamente, para el caso de ser condenado que se estimara la atenuante de reparación.

Una parte de las críticas a esta sentencia ponen el foco en la libertad de expresión aludiendo a que la creación de una web donde se recogen los lugares donde una chica fue víctima de violación (si bien, fue creada en diciembre de 2018, 9 meses después de la sentencia por la que condenaba a los acusados por abuso sexual), entra dentro de los contornos de este derecho en su dimensión humorística. Más allá del sentido del fallo, en este momento nos interesa remarcar la divergencia entre la postura del Ministerio Fiscal y de la acusación particular. Una divergencia legal dados los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal que en ningún caso pueden quedar supeditada a orientaciones, requerimientos o exigencias de ningún ente público o privado¹²⁰⁸. ¿La postura procesal del Ministerio Fiscal satisfacía los intereses de la víctima de este caso en particular? Como podemos comprobar, en absoluto. Lo que el Ministerio Fiscal interpretó como manifestación de la libertad de expresión y carente de tipicidad, fue interpretado por la víctima (y por la jueza) como un delito contra la integridad moral. Del mismo modo que en este caso el fallo no asumió la tesis del Ministerio Fiscal y sí de forma parcial la de la acusación particular, el fallo podría haber tenido un sentido absolutorio y al menos, la víctima hubiera tenido la posibilidad de comunicar qué consecuencias ha tenido para ella la creación de una *web* donde se recoge los lugares por donde estuvo la noche en que fue violada, así como la posibilidad de mantener una postura acusatoria durante el proceso. Defendemos que esta posibilidad de justicia procesal es una faceta muy positiva de nuestro sistema procesal penal que ha de ser protegida, mantenida y potenciada.

¹²⁰⁸ GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago, *El ministerio fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, esp. pp.113-118.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

Otro caso que queremos subrayar como ejemplo de la falta de correspondencia entre los intereses de las víctimas y la postura procesal del Ministerio Fiscal lo encontramos en el caso *Ángela González*. En la STS 1263/2018¹²⁰⁹, en el Antecedente de Hecho 6º, apartado 2, se señala la posición de la fiscalía respecto a la admisión del recurso de casación presentado por la representación procesal de *Ángela González*, analizado en el Dictamen adoptado por el Comité en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014) por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹²¹⁰. En concreto, “*el Ministerio Fiscal, escrito de oposición el 6 de noviembre de 2017, solicitando «declare no haber lugar al recurso casación interpuesto.»*” La recurrente en casación estuvo durante todo su peregrinaje judicial representada, defendida y apoyada por la organización internacional sin ánimo de lucro *Women’s Link Worldwide*¹²¹¹. El TS admitió el recurso de la recurrente e impuso una condena a la Administración de 600.000 euros en concepto de daños morales ante la dejación de la Administración pública que no impidió, por la falta de la diligencia debida, el asesinato de su hija a manos de su padre y marido respectivamente¹²¹².

A este respecto, podríamos valorar tanto cualitativa como cuantitativamente la intervención concurrente de las distintas acusaciones en el proceso penal para analizar si mantienen posturas procesales distintas o similares, qué incidencia tienen en el fallo, el grado de adhesión del órgano judicial a la interpretación y petición de cada acusación, etc. Se trata, sin duda, de un estudio interesante que abordar en el futuro. En este momento podemos referirnos al Informe sobre la aplicación de la agravante de razones de Género del Grupo de Expertos y Expertas del CGPJ. Señala que “*Del total de los 36 sentencias seleccionadas por haberse solicitado la apreciación de la agravante de género, tenemos que en 32 (89%) se ha personado la acusación particular, que, procesalmente, corresponde a los/as perjudicados/as por el delito. Concurriendo o no con la acusación particular, en todos los casos de sentencia condenatoria se formuló la acusación pública. En 11 se ha personado la Abogacía del Estado en representación de la Delegación del Gobierno para la Violencia, Institutos de la Mujer, Gobiernos de las CCAA, etc. en garantía de las funciones que les encomienda la Ley Integral y en otros casos se ha presentado una organización de mujeres como acusación popular. En cuanto a la iniciativa por solicitar la aplicación de la agravante de género tenemos que la acusación particular ha solicitado su aplicación en el 90% de los casos en que se ha*

¹²⁰⁹ STS 1263/2018, de 17 de julio, ECLI: ES:TS:2018:2747, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14eef2e1ad3680ea/20180723> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²¹⁰ CEDAW/C/58/D/47/2012, Comunicación n. 47/2012.

¹²¹¹ Página Web <https://www.womenslinkworldwide.org/> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²¹² Aún puesto de manifiesto algunos casos en que la acusación particular y la acusación pública mantuvieron posturas procesales divergentes, no significa que desdeñemos el papel de la fiscalía en los casos de violencia de género ni que entendamos que siempre y en todo caso, la actuación de la fiscalía no satisface los intereses de las víctimas. También abordé someramente el papel del Ministerio Fiscal en cuanto a asuntos de violencia de género en RUIZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas”, en Helena Soletto (dir.), *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 75-101.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

personado (29 de los 32 casos) y la acusación pública en el 73% de los casos (8 de los 11 casos en los que se ha personado). En 33 de las sentencias el Ministerio Fiscal solicitó la apreciación de la circunstancia agravante, en 3 casos sólo la acusación particular solicitó su apreciación."¹²¹³ De los datos referidos podemos extraer una conclusión: no hay ninguna valoración concluyente. No hay ningún patrón de postura procesal, ni línea regular de participación activa o no, ni variable que de presentarse suponga la seguridad de una determinada postura procesal. Lo que entendemos que, sin duda, escenifica la complejidad de la materia que analizamos dados los múltiples agentes que intervienen, múltiples intereses que concurren, múltiples limitaciones de recursos que se contraponen, etc.

Puede ser interesante examinar aquellos Estados Parte del Consejo de Europa en los que el proceso continúa aún cuando la víctima retire la denuncia. Atendiendo a los apartados 87 a 90 de la STEDH en el asunto *Opuz. Turquía* de 2009, en 11 Estados parte (Albania, Austria, Bosnia y Herzegovina, Estonia, España, Grecia, Italia, Polonia, Portugal, San Marino y Suiza) las autoridades deben continuar con el proceso penal a pesar de la renuncia de la víctima en casos de violencia doméstica. En la mayoría de los Estados parte las autoridades tienen un margen de apreciación para decidir si continuar acusando o no. En Inglaterra y Gales se señalan qué circunstancias habrán de ser tenidas en cuenta para tomar esta decisión (apartado 89) y en Rumanía es el único Estado en el que la decisión de la autoridad de continuar con la acusación o no se fundamenta únicamente en los deseos de la víctima (apartado 90).

Una situación procesal que, en cualquier caso, queda desdibujada por la diversidad del reconocimiento de la participación de la víctima en el proceso penal y las diferentes regulaciones penales nacionales tanto en la tipificando delitos como su consideración como públicos o privados.

Para terminar este epígrafe y como anunciábamos al principio, la incidencia de la conocida como Teoría de la Creencia en un Mundo Justo¹²¹⁴ tienen una especial presencia en los operadores jurídicos. La problemática reside en que esta "Creencia en un Mundo Justo" aparezca en operadores jurídicos¹²¹⁵.

Hasta ahora los estudios sobre las reacciones orientadas a la víctima por los operadores jurídicos han estado focalizados en la culpabilización de la víctima y en la credibilidad de la víctima. Señala ALICE BOSMA que no ha sido analizado ni estudiado cómo los profesionales de la justicia penal reaccionan a las víctimas, qué estrategias utilizan y bajo qué circunstancias usan estrategias particulares¹²¹⁶. En su estudio analiza cómo los y las operadores/as jurídicos/as están motivados por la creencia

¹²¹³ Informe sobre la aplicación de la agravante de razones de Género del Grupo de Expertos y Expertas del CGPJ, octubre de 2018, accesible en <http://www.poderjudicial.es> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²¹⁴ Nos referimos a lo analizado en el Capítulo III de esta memoria de tesis doctoral.

¹²¹⁵ Vid. BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, op. cit.

¹²¹⁶ *Ibidem*, esp.p. 15.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

en un mundo justo. Esta relación entre operadores/as jurídicos/as y la creencia en un mundo justo afecta a la victimización secundaria¹²¹⁷. La autora trae a colación algunos estudios referidos a la satisfacción de las víctimas con el proceso y con los/as profesionales legales¹²¹⁸. No obstante, hay que apuntar que la investigadora extrae sus conclusiones en base a un estudio empírico realizado a jueces y fiscales neerlandeses y, por tanto, podríamos reducir la generalidad de sus proposiciones. Sin embargo, tanto por la generalidad con que se entiende que se manifiesta los efectos de la teoría del mundo justo, como por la proximidad cultural de la judicatura y fiscalía de Países Bajos, entendemos de interés su exposición. De hecho, la autora defiende que sus proposiciones generales se extienden a lo Estados que denomina WEIRD (*Western, Educated, Industrialized, Rich and Democratic*)¹²¹⁹.

Es interesante el concepto de justicia interpersonal: el grado de satisfacción relacionado con haber sido tratada de forma educada, con dignidad y respeto por las autoridades y terceras personas en la ejecución de procedimientos o consecuencias de los mismos.

ALICE BOSMA señala que la teoría del mundo justo fue desarrollada en un marco temporal basado en la cosmovisión del *homo economicus*¹²²⁰. En esta cosmovisión, la autora menciona los estudios de SKITKA relacionando una perspectiva de la justicia *homo economicus* cuando las necesidades básicas y los objetivos no están cubiertos o están bajo amenaza o cuando las pérdidas o ganancias materiales esta mencionadas explícitamente. Mientras que la perspectiva *homo sociales* es adoptada “cuando las necesidades materiales y sociales están satisfechas mínimamente, se presencia un daño intencionado y no merecido o cuando las emociones afloran”¹²²¹. A lo anterior, la autora añade la existencia de una mayor importancia de las cuestiones negativas que de las positivas. En este sentido, con BAUMEISTER y otros, indica que los malos resultados con una magnitud objetiva equivalente a los buenos resultados no son percibidos de la misma manera. Los resultados negativos tienen más impacto que la información positiva. ALICE BOSMA relaciona esta afirmación con la estrategia de la creencia en un mundo justo y entiende que las personas adoptarán esta creencia de forma más acusada cuando el principio del merecimiento se vea afectado por una pérdida más que por una ganancia¹²²².

La expresión de emociones por parte de las víctimas ha sido criticada desde el sector jurídico por suponer una *re-emocionalización* del proceso penal y además, se ha relacionado este nivel de expresión de emoción de las víctimas con el reconocimiento de derecho de participación en el proceso¹²²³. La autora trata de responder a la pregunta “en qué manera y extensión las expresiones de la victimización desencadenan

¹²¹⁷ Son numerosos los estudios victimológicos que muestran cómo la interacción con el proceso penal y con los/as profesionales legales suelen aumentar el sufrimiento de las víctimas en lugar de aliviarlo. *Ibidem*, esp.p. 15.

¹²¹⁸ *Ibidem*, esp. p. 16.

¹²¹⁹ *Ibidem*, esp. p.23, remitiendo a Henrich, Heine and Norenzayan, 2010

¹²²⁰ *Ibidem*, esp. p.17.

¹²²¹ *Ibidem*, esp. p. 31. (Traducción propia).

¹²²² *Ibidem*, esp. p.33.

¹²²³ *Ibidem*, esp. p.18.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

*estrategias orientadas a las víctimas en personas lego y en profesionales legales*¹²²⁴. Su hipótesis de partida es que tanto unas como otras, legos y operadores/as jurídicos, tienen la tendencia de desarrollar estrategias orientadas a las víctimas insertadas en la “Creencia de un Mundo Justo”. Siendo, sin embargo, esperado que, dada la formación y experiencia de profesionales de la justicia y su deber de evitar una victimización secundaria, esta estrategia no sea tan negativa como cuando es utilizada por personas lego.

Es necesario subrayar que para la autora la expresión de las emociones por la víctima aporta una información social muy valiosa y sirve, además, como “*diagnosis de la evaluación de la situación por parte de la víctima*”. Es decir, aporta información sobre “*el alcance del daño, lo injusto de la victimización y la forma en que la víctima gestiona su victimización*”¹²²⁵.

En opinión de BOSMA, incluso el papel de la judicatura, fiscalía y abogacía y el propio contexto profesional incentivan la generación de una respuesta emocional de quienes desarrollan estas profesiones¹²²⁶. Define “el argumento de la emocionalidad” (“*emotionality argument*”) como la idea de que las víctimas llevan al contexto de la justicia penal emociones innecesarias¹²²⁷. En este sentido, aparece durante un proceso penal la necesidad de aplicar habilidades como empatía¹²²⁸, o gestionar emociones como la simpatía, compasión, ira, dolor y tristeza como consecuencia del relato de las víctimas.

Señala BOSMA que el ideal de juez/a ha sido retratado como “desapasionado/a”. La autora recupera la teoría de SUSAN BLANDES acerca de las causas de este “desapasionamiento”: “*el rechazo a aprender de otras disciplinas, la idea de que las emociones amenazan la intención de dictar decisiones inequívocas y la tendencia a definir emoción como lo que es diferente o aquello que la ley desea marginar*”¹²²⁹. Estas ideas se ejemplifican en la imagen de la Justicia como una mujer con una venda en los ojos. Sin embargo, como subraya SUSAN A. BANDES, lo importante no es preguntarse si jueces/zas han de mostrar empatía, porque *de facto* lo hacen, sino hacia quién, “*si lo hacen con exactitud, si son conscientes de sus limitaciones y de sus puntos ciegos, y qué hacen para corregir estos puntos ciegos*”¹²³⁰. En este sentido la empatía es una habilidad, una herramienta, que permite a la judicatura entender la perspectiva de quienes litigan.

¹²²⁴ *Ibidem*, esp. p. 19. (Traducción propia).

¹²²⁵ *Ibidem*, esp. p. 44. (Traducción propia).

¹²²⁶ *Ibidem*, esp. p. 53.

¹²²⁷ *Ibidem*, esp. p.53.

¹²²⁸ Definida como “el intento por una/o misma/o de comprender sin juzgar la experiencia negativa o positiva de otra persona”. Mientras que la simpatía puede ser definida como “la intensa preocupación por el sufrimiento de otra persona como algo que ha de ser aliviado”. Y compasión como “la intrínseca motivación de hacer el bien”, en WISPÉ, Lauren, The distinction between sympathy and empathy: To call forth a concept, a Word is needed, *Journal of personality and social psychology* 1986, n.50, vol.2, pp. 314-321.

¹²²⁹ (Traducción propia). BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons'and legal professionals'evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, op. cit., esp. p. 57. Vid. BANDES, Susan A., “Empathetic judging and the rule of law”, *Cardozo Law Review* 2009, pp. 133-148.

¹²³⁰ BANDES, Susan A., “Empathetic judging and the rule of law”, op. cit. esp. p. 135. (Traducción propia).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

BOSMA se refiere a los estudios de NEAL FEIGENSON y JAIHYUN PARK¹²³¹ quienes han identificado tres vías “*a través de las cuales las emociones pueden interferir al juzgar la responsabilidad legal y la culpa*”: estrategias preferidas para procesar la información, interpretación sesgada de la información, pistas de información cuando la emoción es usada como fuente de información más allá del tema que ha de ser juzgado.

Quienes se oponen a una participación activa de la víctima en el proceso a través de, sobre todo, su declaración con alto contenido emotivo, mantienen que podrían afectar a la imparcialidad que ha de dirigir el ejercicio de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” al poner en peligro el proceso mismo de toma de decisión si el/la juez/a se deja influenciar por la declaración y las emociones de la víctima imponiendo sentencias más severas o desproporcionadas¹²³². Sin embargo, quienes se muestran a favor de la aportación de la declaración de la víctima (oral o escrita) al juicio niegan este efecto obnubilador de la expresión de las emociones por parte de la víctima. Subrayan la importancia de las instrucciones que se le dan a quienes componen el jurado¹²³³ y la preparación y entrenamiento de jueces/zas. Además de mencionar la importancia de la valiosa información que traslada la víctima para emitir una resolución¹²³⁴. A este respecto, ALICE BOSMA señala, no obstante, las novedades que ha supuesto la incorporación de la víctima como una parte más en el proceso. Esta situación hace que jueces/zas hayan de gestionar la expresión de unas emociones por parte de quienes hasta hace poco tiempo no tenían intervención en el juicio. En este concreto aspecto, un estudio realizado a 28 jueces de Estados Unidos con experiencia en casos de violencia doméstica y agresiones sexuales destacaba cómo la mayoría de estos jueces consideraban razonables las expresiones de pena o dolor, y tolerables en un juicio mientras no fueran excesivas. Sin embargo, las muestras de ira fueron descritas como “*no bienvenidas, incómodas e ineficaces en un juicio*”. Es más, en caso de violencia doméstica cuando las víctimas eran mujeres los jueces valoraban positivamente que sobrellevaran o estuvieran por encima de la ira y se mostraran compasivas al ser una muestra de que aceptaban la sentencia y la inevitabilidad de las negociaciones. Sin embargo, esta compasión era vista con desconfianza cuando existía una relación entre el

¹²³¹ Vid. FEIGENSON, Neal y PARK, Jaihyun, “Emotions And attributions of legal responsibility and blame: a research review”, *Law and Human Behavior* 2006, n.30, vol.2, pp.143-161. Merece interés la diferencia que realizan los autores en la página 157 entre fuentes legales (“*legal*” or “*evidential*”) y fuentes extralegales de las emociones. Estas fuentes legales de las emociones estarían limitadas a la naturaleza del comportamiento de las personas que sean relevantes para el caso así como los resultados de tales comportamientos en el caso concreto. Mientras que las fuentes extralegales de emociones se refieren a cuestiones tales como el uso de la raza o el sexo de una de las partes, información de un caso previo o publicada por otros canales de información. Siendo las fuentes legales de las emociones las únicas que según estos autores son justificables en la toma de decisiones.

¹²³² Vid. BOOTH, Tracey, BOSMA, Alice K., y LENS, Kim M. E., “Accommodating the expressive function of victim impact statements: The scope for victims’ voices in Dutch courtrooms”, *The British Journal of Criminology* 2018, n. 6, vol. 58, pp. 1480–1498.

¹²³³ Es necesario dejar apuntada las diferencias que pueden analizarse entre un juicio ante jueces/zas profesionales y un juicio con jurado. Vid. PÉREZ CEBADERA, María-Ángeles, *Las instrucciones al jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, así como FLETCHER, George. P., *Las víctimas ante el Jurado*, (trad. Molina y Muñoz, bajo la revisión de Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

¹²³⁴ BOSMA, Alice, *Emotive Justice*, op. cit. esp. p. 67.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

agresor y la víctima ¹²³⁵. En definitiva, ALICE BOSMA entiende que existe un ideal de víctima en el sistema penal: “*razonablemente triste, no enfadada, mostrando empatía con la otra parte. Si se ajusta más a o menos a este marco, experimentará una justicia interpersonal o una victimización secundaria*”¹²³⁶.

Con todo ello, remarcamos la incidencia de la formación en derechos de las víctimas y en perspectiva de género en los operadores jurídicos. Una buena formación jurídica por sí sola no elimina la infundamentada idea de que el “Mundo es Justo” y con ello, las distorsiones en la interpretación de la realidad que genera¹²³⁷. En esta línea tanto el Consejo de Europa como la UE como el Estado español¹²³⁸, dirigen sus orientaciones estratégicas¹²³⁹ para la igualdad de género y la erradicación de la violencia contra las mujeres.

4. Satisfacción de las víctimas con la Justicia

Si hemos llegado a este momento histórico en el ámbito procesal internacional, europeo y nacional de institucionalización y positivización de los derechos de las víctimas con el cambio de enfoque de uno basado en sus necesidades a otro basado en sus derechos, ha sido en gran medida por la insatisfacción que el sistema de Justicia había generado en la sociedad en general y la población usuaria de la Administración de Justicia en particular. Han sido numerosos los trabajos de campo focalizados en recoger este grado de satisfacción de las víctimas con la Administración de Justicia, materializada en el proceso penal. Siguiendo a MALINI LAXMINARAYAN¹²⁴⁰ hay que partir de que la diversidad de las víctimas desaconseja la formulación de generalizaciones. Teniendo esto presente, sin embargo, sí podemos extraer algunas conclusiones de los estudios empíricos realizados. Así, la autora señala, por ejemplo, cómo las víctimas de robos muestran una valoración más positiva con el trabajo de la policía cuando han recogido la declaración de la víctima de forma apropiada y han realizado esfuerzos serios por detener al infractor. En el caso de víctimas de violación las víctimas suelen experimentar el sentimiento de no ser creídas y de ser

¹²³⁵ *Ibidem*, esp. p. 67 y 68 en referencia a los estudios de SCHUSTER, Mary Kay, PROPEN, Amy, “Degrees of emotion: judicial responses to victim impact statements, *Law, Culture and the Humanities* 2010, n.6, vol.1, pp.75-104, esp. p.92.

¹²³⁶ *Ibidem*, p.71. (Traducción propia).

¹²³⁷ En las palabras que dan título a la columna en el periódico “The Guardian”, BURKEMAN, Oliver, *Believing that life is fair might make you a terrible person*, 2015, <https://www.theguardian.com/>

¹²³⁸ Vid. los planes de formación de la judicatura española en la página oficial del Consejo General del Poder Judicial entre los que se incluye “formación en igualdad” accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Continua/Formacion-centralizada/Plan-Estatal/Programa-de-actividades-del-Plan-Estatal/> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²³⁹ Vid. <https://www.Consejo.de.Europa.int/en/web/genderequality/-/new-tool-for-training-judges-and-prosecutors-on-gender-equality-and-women-s-access-to-justice> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

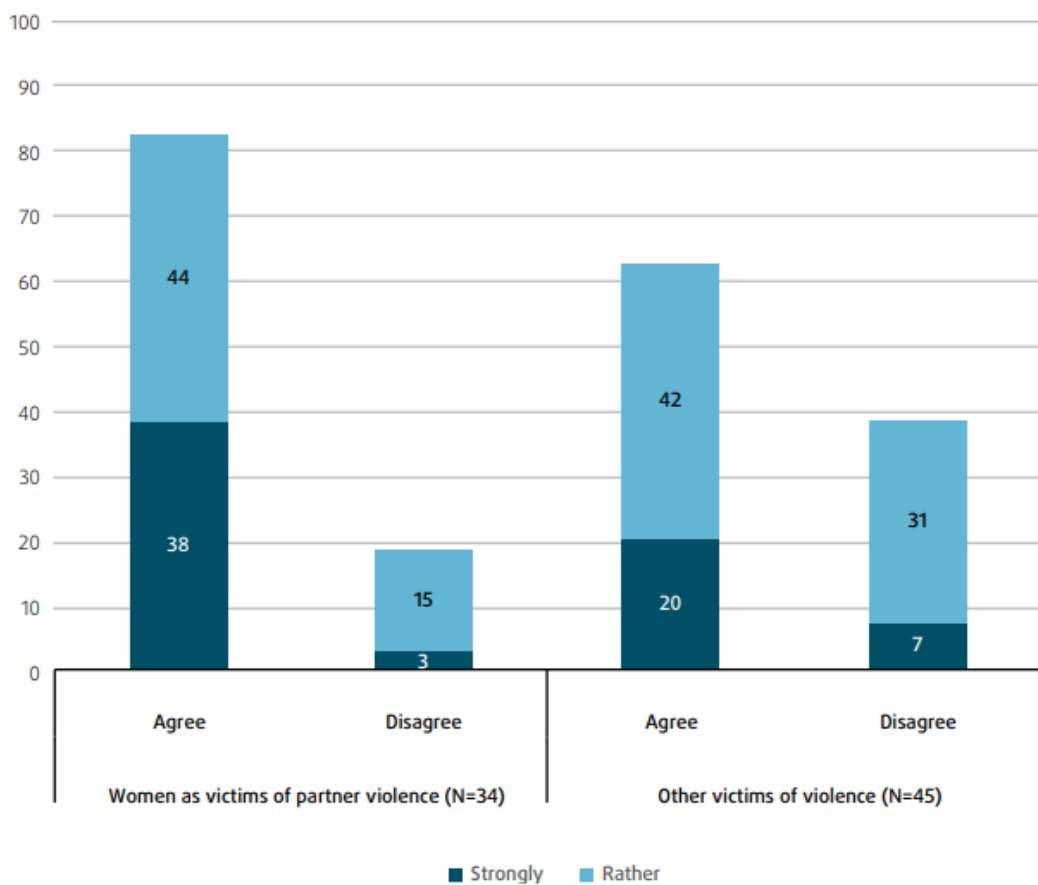
¹²⁴⁰ LAXMINARAYAN, Malini S., “Measuring crime victims' pathways to justice: Developing indicators for costs and quality of access to justice”, *Acta Criminologica - Southern African Journal of Criminology* 2010, n. 23, vol.1, pp. 61-83.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

culpabilizadas¹²⁴¹. Asimismo, hay una conclusión general en los estudios empíricos respecto a la mayor satisfacción “*cuando las víctimas son tratadas con respeto, cuando no se mantienen actitudes culpabilizadoras hacia las víctimas y cuando realmente son escuchadas*”¹²⁴². Una combinación entre participar y estar informada. Aunque respecto a la participación, las conclusiones de los diferentes estudios que menciona la autora llegan a diferentes resultados puesto que en algunos casos las víctimas manifestaron un deseo de tener mayor participación y en otros casos, las víctimas deseaban tener un papel más pasivo¹²⁴³. Es interesante apuntar en este momento los resultados de las entrevistas realizadas por la FRA. En cuanto a la pregunta a las víctimas sobre si desearían tener mayor involucración en el proceso. En el primer gráfico nos muestra las respuestas a esta pregunta desagregado por tipo de delito entre víctimas de violencia en la pareja y otras víctimas de violencia, especificando en las primeras respuestas que se trata de mujeres víctimas.

; victims of partner violence – Justice for victims of violent crime – Part IV

Figure 13: Victims agreeing/disagreeing with the statement that they would have liked to be more involved in the proceedings, by category of victims (%)



Source: FRA, 2019

¹²⁴¹ *Ibidem*, esp. p. 64.

¹²⁴² *Ibidem*, esp. p. 64, traducción propia.

¹²⁴³ *Ibidem*, esp. p. 65.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

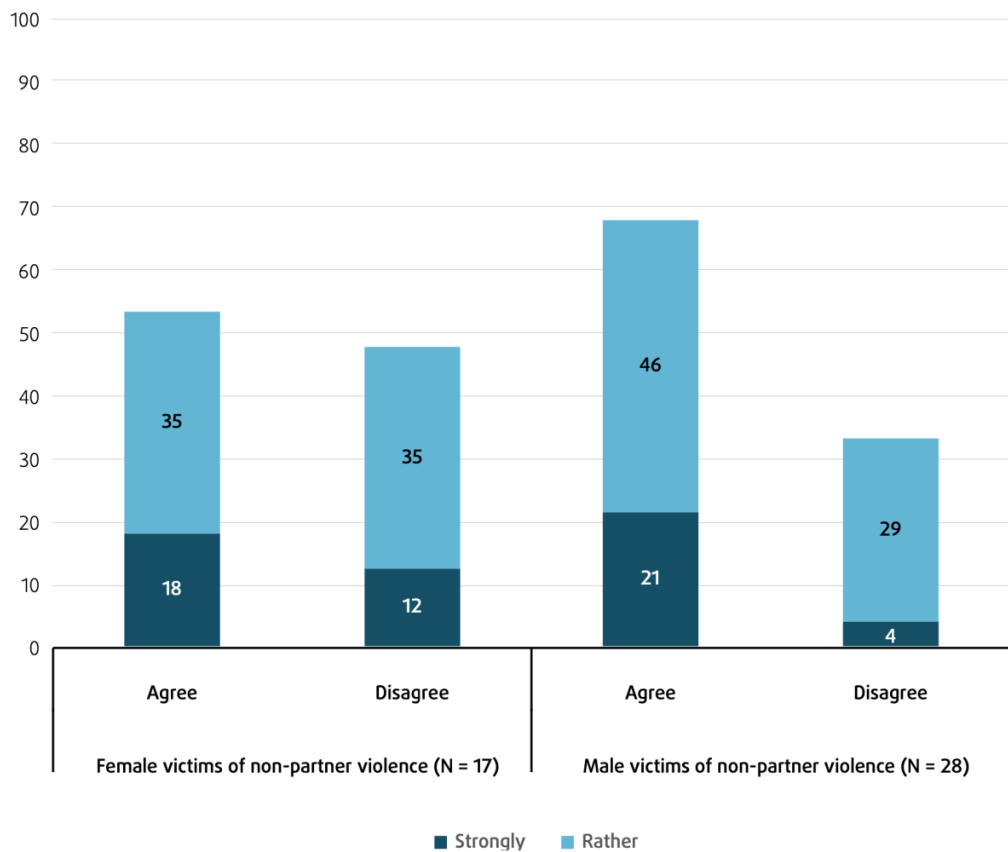
Figura n.31. Interés en mayor participación en víctimas de violencia en la pareja. Fuente: FRA.

Los resultados parecen indicarnos que las mujeres víctimas de violencia en la pareja manifiestan un deseo de tener mayor involucración en el desarrollo del proceso penal.

En este segundo gráfico nos muestra las respuestas excluyendo un tipo de delito (violencia fuera de la pareja) y desagregando por sexos.

Women as victims of partner violence – Justice for victims of violent crime – Part IV

Figure 15: Victims of other forms of violence ('non-partner violence') agreeing/disagreeing with the statement that they would have liked to be more involved in the proceedings, by sex (%)



Source: FRA, 2019

Figura n.32. Interés de mayor participación en víctimas de violencia fuera de la pareja. Fuente: FRA.

Si bien los números no son muy diferentes, el gráfico muestra una mayor manifestación del deseo de mayor intervención en el proceso en los hombres víctimas de violencia fuera de la pareja que fueron entrevistados. Un llamativo impacto de género en el deseo de mayor participación en el proceso.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

5. Otros derechos con transcendencia procesal para las víctimas

Otras disposiciones en la legislación procesal presentan una gran incidencia en los derechos de las víctimas de violencia de género en España.

En este sentido hemos de mencionar la determinación de la competencia territorial de los tribunales de acuerdo con el artículo 15bis de la LECrim. Este precepto dispone “*En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.*”

Dos consideraciones hemos de realizar respecto al referido artículo.

En primer lugar, la consagración de un fuero especial para determinar la competencia territorial de los tribunales en el caso de delitos del artículo 87ter LOPJ¹²⁴⁴.

Este artículo fue introducido por el art. 59 LOMPIVG, y supuso la derogación del *fórum delicti commisi* en caso de violencia de género.

En segundo lugar, el establecimiento del domicilio de la víctima como fuero especial presenta una indeterminación en el artículo 15bis LECrim en cuanto a la posibilidad de la variación del domicilio de la víctima en el *iter victima e iter procesal*. El artículo 15bis LECrim dejaba sin determinar qué domicilio era el referido, si el que la víctima tenía cuando se produjeron los hechos punibles o el que tenía cuando presentaba la denuncia en su caso. El criterio seguido por la Tribunal Supremo apuntaba que el domicilio a tener en cuenta a efectos procesales es el que tenía la víctima en el momento en que se producen los hechos. Así, los estableció el TS en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006¹²⁴⁵. Referido en numerosas resoluciones del TS, por todas, ATS de 25 de mayo de 2018¹²⁴⁶, ponente el magistrado del TS Luciano Varela Castro, en cuyo Fundamento Jurídico 3 señala que este criterio “*responde mejor al principio de juez predeterminado por la ley, no dependiendo de posibles cambios de domicilio*”. Este criterio es asimismo el mantenido en la Circular 4/05 de la Fiscalía

¹²⁴⁴ SÁNCHEZ BARRIOS, M^aInmaculada, “Los Juzgados de violencia sobre la mujer. Algunos aspectos problemáticos sobre su atribución de competencias penales”, en Pablo Ramos Hernández, Ángela Figueruelo Burrieza, Marta del Pozo Pérez (dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.279-296. Así como JIMENO BULNES, Mar, “Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales”, en Montserrat de Hoyos Sancho (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, 2009, pp.299-336, y JIMENO BULNES, Mar, “Jurisdicción y competencia en materia de violencia de género: los juzgados de violencia sobre la mujer. Problemática a la luz de su experiencia”, *Justicia: revista de derecho procesal* 2009, n.1-2, pp. 157-206. Así como, LAGUNA PONTANILLA, Gonzalo, *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, op. cit., esp. 157 a 264, y GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, esp. pp.119-157 y en referencia a la Fiscalía delegada esp. pp. 158-160.

¹²⁴⁵ Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, accesible en [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-31-de-enero-de-2006--sobre--1--Prueba-de-ADN---2--Unificacion-de-doctrina-en-materia-de-Vigilancia-Penitenciaria---3--Cuestiones-de-competencia-negativa-en-relacion-con-el-Art--15-bis-de-la-LECRim-\(Último acceso: 18 de junio de 2018\).](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-31-de-enero-de-2006--sobre--1--Prueba-de-ADN---2--Unificacion-de-doctrina-en-materia-de-Vigilancia-Penitenciaria---3--Cuestiones-de-competencia-negativa-en-relacion-con-el-Art--15-bis-de-la-LECRim-(Último acceso: 18 de junio de 2018).)

¹²⁴⁶ ATS de 25 de mayo de 2018, ECLI: ES:TS:2018:5507A, ponente: Luciano Varela Castro, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8403790&links=domicilio&optimize=20180601&publicinterface=true> (Último acceso: 13 de diciembre de 2018).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

General del Estado de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG¹²⁴⁷ como pone de relieve este Auto que recoge la doctrina jurisprudencial del TS (entre otros, autos de 8 de febrero de 2018, de 20 de septiembre de 2017, de 28 de febrero de 2018 o de 20 de abril de 2018).

A este respecto, otro de los problemas que plantea la falta de precisión del artículo 15bis LECrim se presenta en aquellos casos en los que la víctima se desplazaba temporalmente a otro lugar donde instalaba con carácter transitorio su residencia¹²⁴⁸. En estos casos la doctrina jurisprudencial señala que *“no tienen la consideración de domicilio los llamados domicilios puramente transitorios o temporales que no integran la idea de domicilio reservado por el artículo 40 del CC al lugar de residencia habitual”* (ATS 21 de junio de 2017).

En este sentido presenta interés el ATS de 26 de abril de 2018 en el que *“los hechos denunciados, quebrantamiento condena¹²⁴⁹ y nuevos episodios de violencia física y psíquica, se han producido durante la estancia vacacional de la denunciante en Marruecos”*¹²⁵⁰. En este caso, el TS razonaba *“esta Sala ha resuelto que cuando la víctima tenga un domicilio real en nuestro país que no haya sido definitivamente abandonado debe prevalecer la norma específica del art. 15 bis LECrim por razones victimológicas (...). La opción legal por el domicilio de la víctima en materia de violencia de género, que obedece a que la norma (LOMPIVG) trata de favorecer la situación procesal de la misma y su relación con el órgano jurisdiccional. Esta ratio legis no deja de existir en los casos en que el lugar de comisión de los hechos se encuentra fuera del territorio nacional, es más, en tales casos la justificación de la norma resulta más clara. Carecería de sentido que cuando los hechos se producen en una provincia o comunidad autónoma distinta de la del domicilio de la víctima, se acuda a este fuero para favorecer la situación procesal de la víctima, y sin embargo si los hechos ocurren en el extranjero se obligara a ésta a acudir a la Audiencia Nacional donde no existe "Juzgado Central de Violencia sobre la Mujer". Teniendo la*

¹²⁴⁷ Circular 4/05 de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la LOMPIVG. Accesible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2005-30106501133_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Circulares (Último acceso 18 de junio de 2018).

¹²⁴⁸ Supuestos como los de la STS 785/2010, de 30 de junio, ECLI: ES:TS:2010:4832, ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolívar, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5749649&links=&optimize=20101014&publicinterface=true> - Último acceso 13 de diciembre de 2019) en el que la víctima se trasladó para trabajar durante el verano momento en el que ocurrieron los hechos típicos o en el supuesto del ATS 4 de octubre de 2017 (Ponente el magistrado Pablo Llanera Conde, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8165292&links=&optimize=20171013&publicinterface=true>, Último acceso: el 18 de junio de 2018) en el que la víctima residente y empadronada en Tolosa, se encontraba internada en el Instituto de Trastornos Alimentarios en Barcelona en el momento en que el denunciado la amenazó vía telefónica.

¹²⁴⁹ Hemos de recordar que este delito fue añadido al artículo 87ter1 LOPJ y, por tanto, atribuida la competencia para el conocimiento de la instrucción al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por medio de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE n. 174, de 22 de julio de 2015, pp. 61593-61660 accesible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8167#aunico> (último acceso 18 de junio de 2018).

¹²⁵⁰ ATS 26 de abril de 2018, ECLI: ES:TS:2018:4879A, FJ 2º, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8386393&links=&optimize=20180518&publicinterface=true>, (Último acceso: 16 de diciembre de 2018).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

denunciante en el momento de los hechos su domicilio habitual en el partido judicial de Almería, conforme al art. 15 bis LECrim. Es a este a quien corresponde la competencia (FJ 2º).”

Si la víctima tiene domicilio en España en el momento de la comisión de los hechos típicos, los tribunales españoles serán competentes para conocer de conformidad con el artículo 23 LOPJ. Y más concretamente, siguiendo el artículo 15bis de la LECrim si se trata de los delitos del artículo 87ter, el fuero será el del domicilio de la víctima en el momento de la comisión de los hechos típicos aun cuando estos hayan tenido lugar fuera del territorio donde se extiende la jurisdicción derivada del domicilio.

Respecto de la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer podríamos preguntarnos, si a la luz del Convenio de Estambul y de las recomendaciones que se han realizado a España en cuanto a no limitar el concepto de violencia contra la mujer a la existencia de una relación personal, ha de ampliarse para conocer de los delitos recogidos en el Convenio de Estambul y entendidos como delitos de violencia contra las mujeres. Para ello deberíamos prestar atención al número de juzgados con competencia exclusiva en violencia sobre la mujer, 106, y los otros 355 con competencia en violencia sobre la mujer, pero no de forma exclusiva¹²⁵¹. Pudiendo hacer uso del artículo 15bis.2 letra a de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial y “*crearse Juzgados de Violencia Sobre la Mujer en aquellos partidos judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje*”¹²⁵² o la facultad de la letra c) y determinar qué Juzgado de Primera Instancia e Instrucción asumen competencias en materia de violencia sobre la mujer¹²⁵³.

6. Consecuencias en caso de vulneración de los derechos procesales de las víctimas

Terminamos este Capítulo con una reflexión acerca de la posibilidad de que se produzca una vulneración de los derechos reconocidos a las víctimas.

Unos de los objetivos marcados por la FRA es mantener y reforzar la independencia judicial¹²⁵⁴.

En el apartado h) del artículo 4.1 de la Directiva de 2012 se señala como tipo de información que debe ser dada a la víctima “*los procedimientos de reclamación*

¹²⁵¹Vid.<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-expone-ante-la-comision-de-seguimiento-del-Convenio-de-Estambul-las-medidas-desarrolladas-en-la-lucha-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁵² BOE de 30 de diciembre de 1988, n.313, pp. 36580-36635, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/12/28/38> (Último acceso: 5 de diciembre de 2019).

¹²⁵³ Favorable a esta ampliación de competencias de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer a los delitos que regula el Convenio de Estambul las magistradas Auxiliadora Díaz y Gloria Poyatos en el Programa de radio de Onda Cero Canaria el día 5 de diciembre de 2019, accesible en https://www.ondacero.es/emisoras/canarias/las-palmas/audios-podcast/mas-de-uno/no-aplicar-la-perspectiva-de-genero-en-justicia-puede-comprometer-la-responsabilidad-del-estado_201912055de8f7aa0cf2460ec89cae17.html (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁵⁴Informe de la FRA sobre el acceso a la justicia, 2019, esp. p. 210, Accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-ftr-chapter-9-justice_en.pdf (Último acceso: 5 de noviembre de 2019). Interesa desde una perspectiva de la independencia judicial española en GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Sobre el nombramiento del presidente y de los vocales del consejo general del poder judicial. una reflexión desde el sentido común”, *Teoría y realidad constitucional* 2019, n.44, pp. 209-236, especialmente sus propuestas a en las pp.233-234.

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

existentes en caso de que la autoridad competente actuante en el marco de un proceso penal no respete sus derechos”.

Pone de relieve JULIO PÉREZ GIL la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) que se produciría en el caso de que no se produjera el “ofrecimiento de acciones” al ofendido. El autor recoge la jurisprudencia constitucional que consagra esta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva “*cuando no se pone en su conocimiento la existencia de un proceso en que tan directamente se encuentran implicados sus intereses*” y *no toma parte en él por simple ignorancia y no por propia decisión o como resultado de su negligencia “se cercena su derecho a la efectividad de la tutela judicial” en tanto se menoscaba el derecho de defensa en un proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto.*”¹²⁵⁵ Siendo posible que la víctima interponga un recurso de amparo ante el TC por la vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 CE.

En esta línea en la STEDH en el asunto *E.B. c. Rumanía*¹²⁵⁶, en un caso de violación a una mujer con ligera discapacidad intelectual, una de las reclamaciones de la demandante era que las autoridades no le habían informado sobre sus derechos procesales y no le habían atribuido representación y asistencia legal gratuita en una clara violación de la ley que regula los derechos de las víctimas en su Estado. Asimismo, señalaba que su especial vulnerabilidad como mujer víctima de violación no había sido tomada en cuenta. En suma, su demanda se basaba en que le había sido imposible participar en la investigación lo que, además, le había ocasionado mayor sufrimiento (apartado 47). En cuanto a su discapacidad intelectual, el TEDH declaraba que la situaba en un mayor estado de vulnerabilidad exigiéndose a las autoridades de instrucción y a los tribunales incrementar la diligencia en el análisis de sus declaraciones (apartado 60). Respecto a la cuestión referida por la demandante en el párrafo 47 al que hemos aludido, el TEDH expresamente entendía que no habiendo sido un detrimento para la investigación efectiva (apartado 64), sin embargo, suponía una falta de cumplimiento del Convenio de Estambul (apartados 65 y 66). El TEDH declara que el Estado rumano había fallado en la respuesta a la denuncia de violación y en el respeto de los derechos de la víctima lo que provoca la duda sobre la efectividad del sistema ordenado por el Estado en cumplimiento de sus obligaciones internacionales dejando al sistema procesal penal falto de significado (apartado 67). Concluye declarando la vulneración de los artículos 3 y 8 del CEDH (apartado 68) otorgando a la víctima un total de 12.000€ en concepto de daños e imponiendo las costas al Estado rumano que ascendían a 1.400€ (aunque la víctima reclamaba 6.300 € más).

Esta sentencia pone de relieve la exigencia legal del cumplimiento de los tratados internacionales (como el Convenio de Estambul) y de las consecuencias legales de su

¹²⁵⁵ PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, op. cit., p.334, nota 888.

¹²⁵⁶ STEDH de 19 de marzo de 2019, asunto *E.B. c. Rumanía*, demanda 49089/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0319JUD004908910, accesible en [https://hudoc.echr.consejo de Europa.int/eng#{"itemid":\["001-191749"\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{) (Último acceso: 14 de mayo de 2019).

Capítulo 6.- Las víctimas de violencia contra las mujeres basada en el género en el proceso penal en la Unión Europea

incumplimiento. A este respecto no podemos olvidarnos de mencionar la importancia de la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 1263/2018¹²⁵⁷ por el que, en cumplimiento del Dictamen 47/2012 del Comité CEDAW que declaraba el incumplimiento del Estado español *por incumplimiento de las obligaciones de los artículos 2 a), b), c), d) y f), 5 a), y 16, párrafo 1 d) de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España por Instrumento de 18 de diciembre de 1983* e imponiendo una condena de 600.000 € en concepto de daño moral (FJ.8).

¹²⁵⁷ STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018, ECLI: ES:TS:2018:2747, ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero, accesible también en web de la organización que asumió la defensa de la víctima, Ángela González, <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/14eef2e1ad3680ea/20180723> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 7.- ANÁLISIS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LOS DERECHOS EXTRAPROCESALES Y PROCESALES DE LAS VÍCTIMAS EN CASOS DE VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO EN LA UNIÓN EUROPEA

A lo largo de todo este proyecto de tesis hemos abordado cada Parte, Capítulo y Apartado aplicando un enfoque metodológico y hermenéutico de género¹²⁵⁸. En este concreto Capítulo el enfoque de género presenta una incidencia particular dado que trata de responder a la pregunta ¿qué impacto tiene la Directiva 2012/29/UE en las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres? Esta Directiva a lo largo de sus capítulos 2, 3, 4 y 5 contiene los derechos de las víctimas desde un enfoque victimológico general. Es decir, a pesar de que en sus Considerandos 5 y 6 hace expresa referencia a la violencia sobre las mujeres, en su Considerando 17 se refiere a los delitos por motivos de género, mencione expresamente en su Considerando 57 a la victimización secundaria de las víctimas de violencia de género, en el Considerando 61 se refiera al enfoque de género en la formación del funcionariado que puedan tener contacto con las víctimas precisando “*en su caso*”, su enfoque y su redacción obedece a un criterio supuestamente “neutro” pretendiendo tener un alcance general al tratar de ampliar su esfera de aplicación a la generalidad de víctimas de delitos con independencia de características victimológicas y criminológicas.

Y, sin embargo, el ejercicio práctico de los derechos depende de determinadas variables entre las que podemos incluir el sexo de la persona que ha sufrido un delito y quiere ejercitar los derechos que la Directiva (y la norma nacional que la haya transpuesto) le reconozca. Incluimos el sexo como variable como consecuencia del impacto de género que hemos considerado que aparece producto de la socialización basada en estereotipos de género que hemos advertido en el Capítulo Tercero y, con ella, su traslación a la vida jurídica, pues el Ordenamiento Jurídico no es más, ni menos, que el producto cultural de la sociedad en cada momento histórico. Al analizar con perspectiva de género el estatuto de la víctima del delito pretendemos poner de relieve el predominio de la visión androcéntrica de la redacción del Derecho, el diferente impacto de género que su consecución conlleva en la práctica (para evitar el denominado “*gender blind approach*”) y señalar los obstáculos que se encuentran las mujeres que sufren alguna victimización como recogemos en el siguiente gráfico.

¹²⁵⁸ Ver en la Introducción la explicación de su definición como enfoque metodológico y como criterio interpretativo y su necesidad como exigencia legal.

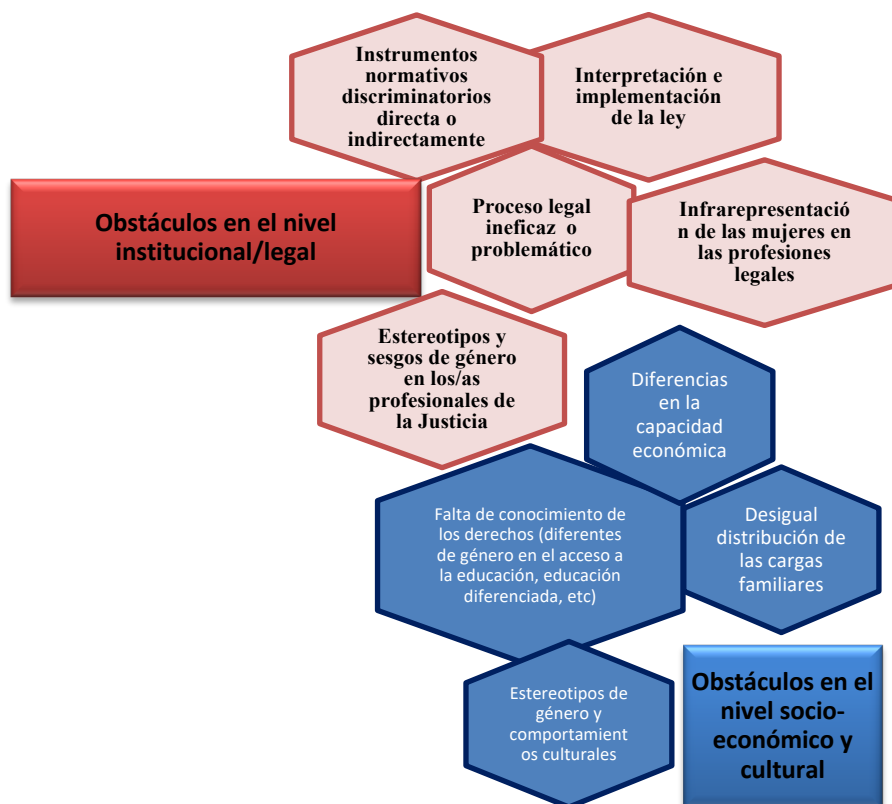


Figura n. 33. Obstáculos de las mujeres como víctimas. <https://rm.Consejo de Europa.int/training-manual-women-access-to-justice/16808d78c5> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019). Fuente: elaboración y traducción propia en base a la información del Consejo de Europa.

Para el análisis de la Directiva 2012/29/UE hemos seguido la estructura de su división sistemática en la propia Directiva. Ello nos permite detenernos en su articulado y los derechos que reconoce de forma acorde con su reconocimiento legislativo. No obstante, hemos de subrayar una de las clasificaciones con que comúnmente suelen catalogarse los diferentes derechos que se reconocen en la Directiva 2012/29/UE y en la LEVD: derechos procesales (penales o no penales) y derechos extraprocesales. Con ello, aun a pesar de haber analizado la Directiva 2012/29/UE de forma sistemática, conviene presentar los diferentes derechos de las víctimas de acuerdo con la siguiente figura (n.34)

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Derechos fundamentales no procesales de la víctima	Dignidad (art. 10.1 CE)	Honor (art. 18.1 CE)	Integridad física o moral (art. 15 CE)	Intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)	Propia imagen (art.18.1 CE)				
Derechos fundamentales procesales de la víctima	Derecho a ser parte procesal (art. 24.1 y 125 CE)	Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)	Derecho a la igualdad (art. 14 CE)	Derecho a ser informada de sus derechos (art. 24.1 CE)	Derecho a la asistencia gratuita de abogado y procurador (arts. 24.2 y 119 CE)	Derecho a ser oída (arts. 24.1 y 24.2 CE)	Derecho a la prueba (art. 24.2 CE)	Derecho a la reparación, mediante indemnización, restitución o instituciones de la Justicia Restaurativa (24.1 CE)	Derecho a la protección de datos (art.18.4 CE)
Derechos ordinarios no procesales de la víctima (cuando se prevea expresamente)	Trabajo	Vivienda	Subsidio por desempleo	Protección	Asistencia médica, social y jurídica,	Ayudas educativas,	Respeto	Reconocimiento	
Derechos ordinarios procesales de la víctima	Derecho de información	Derecho de asistencia	Derecho a la protección	Derecho a la participación	Derecho a la reparación				
Derechos no procesales	Derecho a no ser molestada por abogados y procuradores en casos de catástrofe, calamidad pública	Derecho de acceso a los servicios de asistencia y apoyo.							
Derechos procesales penales	Derecho a entender y ser entendida en las actuaciones procesales penales desde la interposición de la denuncia.	Derecho a la información desde el primer contacto con las autoridades competentes desde el momento previo de la denuncia.	Derechos específicos de la víctima como denunciante a obtener un resguardo validado y a la asistencia lingüística gratuita y a la traducción escrita.	Derecho a recibir información sobre la causa penal.	Derecho a la traducción e interpretación.	Derecho de la víctima a participar en el proceso penal como parte ejerciendo la acción civil e interponiendo la pretensión penal			
Derechos procesales no penales	Devolución de bienes, en razón de título de propietario, (ya sea parte o no).								

Figura n.34. Clasificación general de los derechos de las víctimas. Fuente: elaboración propia.

Respecto a los derechos procesales penales hay que añadir determinados derechos cuando sea parte procesal (derecho a una participación activa en el proceso penal como parte penal y civil; derecho al reembolso de gastos; derecho a la Justicia restaurativa y derecho a la Justicia gratuita), así como derechos reconocidos sin necesidad de ser parte procesal (así, derecho a que se le comunique el auto de sobreseimiento y a impugnarlos; derecho a recurrir resoluciones dictadas durante la ejecución de la pena y el derecho a presentar denuncias en España siendo extranjero por delito cometido en el extranjero) y derechos que no dependen de la posición procesal de la víctima para poder ser ejercitados (derecho a la protección física, derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor, derecho a protecciones específicas durante la fase de investigación del crimen y derecho a la protección de la intimidad)¹²⁵⁹.

Con todo ello, procuramos fomentar una cultura jurídica europea (y por ende, española) en la que el cambio desde el paradigma de las necesidades de las víctimas al paradigma de los derechos de las víctimas incluya la formación en perspectiva de género de los y las profesionales en contacto con las víctimas. Una formación que abarque, además, tanto de el *iter victima* como la superposición de éste en el proceso penal con el reconocimiento procesal de la victimidad. Asimismo, realizamos recomendaciones de *lege ferenda* y de carácter práctico para evitar la perpetuación de los estereotipos de género en sede procesal tanto en la constatación de la victimización como de la victimidad¹²⁶⁰.

Para la aplicación de la perspectiva de género al estatuto de la víctima del delito, entre otros documentos, tomaremos como referencia el informe del Parlamento Europeo titulado “*European Implementation Assessment*”¹²⁶¹, el informe del Instituto Europeo para la Igualdad de género (EIGE)¹²⁶², los informes de la Agencia de los Derechos Fundamentales (FRA)¹²⁶³ y el informe del Proyecto Ivor, “*Implementing Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union*”¹²⁶⁴.

¹²⁵⁹ Siguiendo la estructura del tratamiento de los derechos de las víctimas en GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Sobre los derechos de las víctimas del crimen y la mejora de su posición jurídica”, op. cit. esp. pp.68 y ss.

¹²⁶⁰ Vid. RUIZ LÓPEZ, Cristina, “Derechos procesales de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea”, *Revista de estudios europeos* 2018, n71, (Ejemplar dedicado a: Congreso internacional de Jóvenes investigadores sobre la Union Europea), pp. 234-249.

¹²⁶¹ Parlamento Europeo, *The Victims' Rights Directive 2012/29/EU, European Implementation Assessment*, 2017, accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU\(2017\)611022_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU(2017)611022_EN.pdf) (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁶² <https://eige.europa.eu/> Informe por European Institute for Gender Equality (EIGE) (prepared by Sylwia Spurek), “An analysis of the Victims’ Rights Directive from a gender perspective”, MH-01-16-101-EN-N, 2016, DOI 10.2839/374598, accesible en <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/analysis-victims-rights-directive-gender-perspective> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹²⁶³ <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/justice-victim-crime-standards> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁶⁴ Informe titulado, “*Implementing Victim-Oriented Reform of the justice system in the European Union*”, en el marco del Proyecto Ivor Project IVOR – Implementing victim-oriented reform of the criminal justice system in the European Union (2014-2016), accesible en <https://www.apav.pt/ivor/images/ivor/PDFs/IVOR-Report-WebVersion.pdf> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

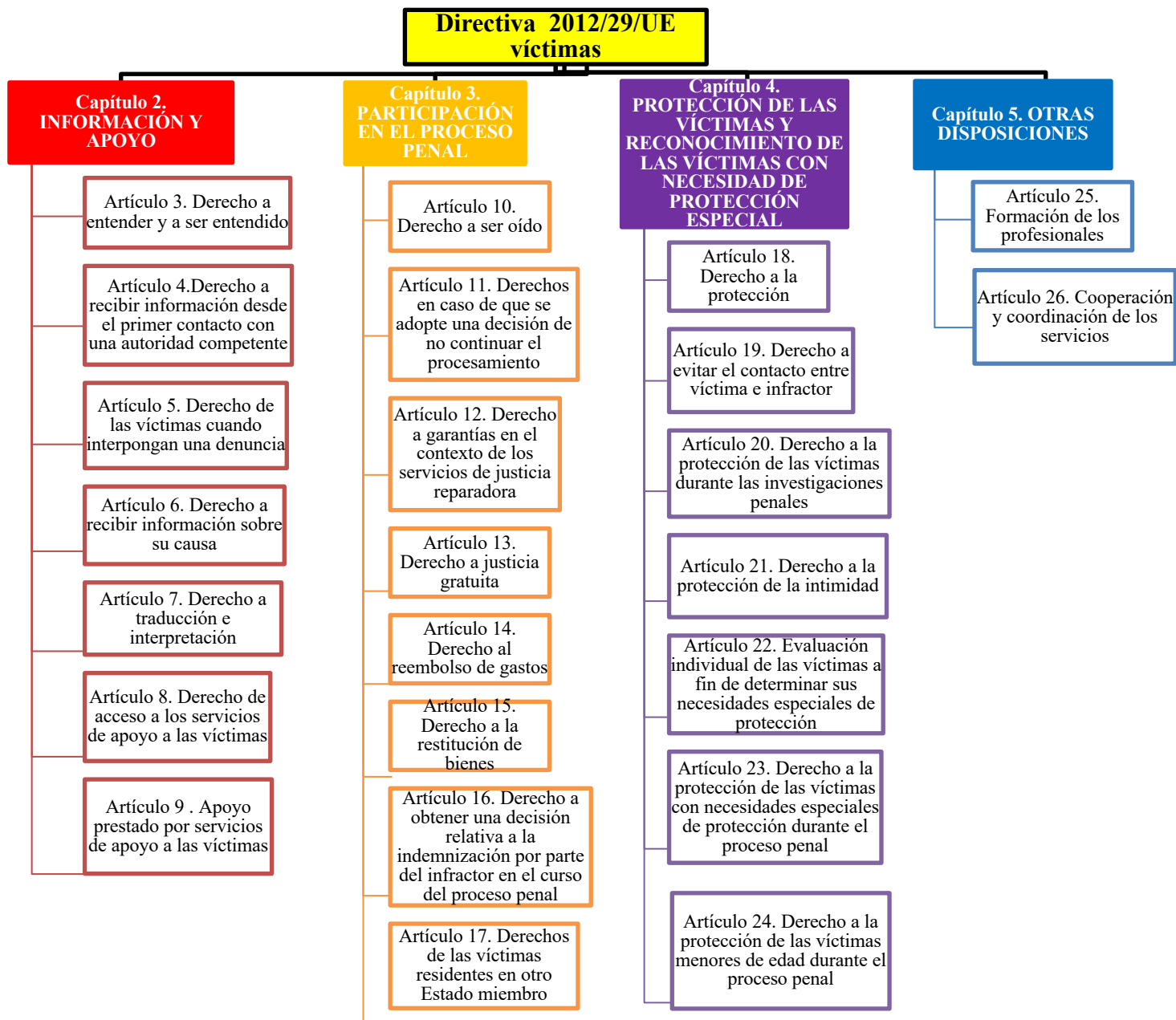


Figura n. 35. Articulado Directiva 2012/29/UE. Fuente: elaboración propia

1. Considerandos y disposiciones generales

En general hemos de decir que la transposición española de la Directiva 2012/29/UE merece una valoración general positiva¹²⁶⁵. Es una opinión generalizada que la LEVD va más allá que la Directiva en la línea destacada con la que el legislador español trata los derechos de las víctimas. Ello no obstante y como veremos, la vaguedad con la que se han reconocido determinados derechos y con que se utilizan conceptos en el articulado tanto de la Directiva 2012/29/UE como de la LEVD obliga a un análisis pormenorizado de cada derecho y sugiere la pregunta de si necesitará desarrollo reglamentario. Cuestión a la que alude JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER alertando de la posibilidad de incurrir en inconstitucionalidad en el caso de que afecten al contenido esencial de los derechos fundamentales procesales. No hay que olvidar que hay un reconocimiento constitucional de algunos de los derechos procesales incluidos en el estatuto procesal de las víctimas como el derecho a ser parte procesal (artículos 24.1 y 125 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), el derecho a ser informada de sus derechos (artículo 24.1 CE), el derecho a la asistencia gratuita de abogado/a y procurador/a (artículos 24.2 y 119 CE), el derecho a ser oída (artículo 24.1 y 2 CE), el derecho a la prueba (24.2 CE), el derecho a la reparación (artículo 24.1 CE) o el derecho a la protección (artículo 18.4 CE)¹²⁶⁶.

Tomando el informe del EIGE¹²⁶⁷ como base para analizar con perspectiva de género el estatuto de la víctima de la Directiva 2012/29/UE, en primer lugar, realizaremos algunas consideraciones respecto al Preámbulo de la Directiva.

Aplicando el método DAFO (Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades)¹²⁶⁸, como oportunidades podemos señalar el hecho de incluir a la Directiva en un contexto más amplio del sistema legal internacional antiviolencia. En este sentido, el EIGE señala las referencias que al inicio de la Directiva se realizan a instrumentos europeos como la Orden Europea de Protección, la Directiva sobre trata de personas, la Directiva para combatir el abuso sexual, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil y la Decisión marco sobre terrorismo, la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2006 para la eliminación de la violencia contra las mujeres, la Resolución de abril de 2011 sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres¹²⁶⁹, a nivel internacional la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW).

¹²⁶⁵ TINOCO PASTRANA, Ángel, “El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección”, *Processo penale e giustizia* 2015 n. 6, esp. p. 2.

¹²⁶⁶ GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Sobre los derechos de las víctimas del crimen y la mejora de su posición jurídica”, op. cit. esp. p. 67.

¹²⁶⁷ Informe del EIGE (elaborado por Sylwia Spurek), “An analysis of the Victims’ Rights Directive from a gender perspective”, MH-01-16-101-EN-N, 2016, accesible en <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/analysis-victims-rights-directive-gender-perspective> (Último acceso: 30 de octubre de 2018).

¹²⁶⁸ Vid. NAVAJO, Pablo, *Planificación estratégica en organizaciones no lucrativas: guía participativa basada en valores*, Narcea Ediciones, Madrid, 2011.

¹²⁶⁹ Vid. Web oficial www.europarl.europa.eu (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Una de las Debilidades que pueden señalarse en el Preámbulo es que se utilice uno de los Considerandos (el número 2) para proporcionar una definición de “ofendido” cuando en el Preámbulo se suelen recoger las razones y propósitos de la Directiva y no a establecer normas propiamente.

Los Considerandos que se refieren en concreto a las víctimas de violencia de género son los números 17, 18, 38 y 57. Pueden señalarse como Fortalezas que se subraye la necesidad protección y apoyo que precisan las víctimas de violencia contra las mujeres y sus hijos e hijas ante la posibilidad de victimización secundaria y la inserción de la Directiva en un contexto de protección de los Derechos Humanos (Considerando17), así como que se resalte la especial vulnerabilidad de las víctimas de violencia en el seno de relaciones personas con habitualidad (Considerando 38) así como la lista de víctimas que se señala en el Considerando 57, que se incluya de trato discriminatorio basado en el género, entre otros motivos (Considerando 9), así como la formación específica de los operadores jurídicos en cuanto al género de las personas (Considerando 61). No obstante, este Considerando también presenta la Debilidad de no precisar qué tipo de formación ni la establece con un carácter obligatorio para los EEMM. A este respecto, destaca el artículo 25 de la Directiva en cuanto se refiere a la formación tanto de la policía y personal al servicio de la administración de justicia (apartado 1) como a judicatura y fiscalía (apartado 2), abogacía (apartado3) y profesionales de organizaciones de apoyo a las víctimas (apartado 4).¹²⁷⁰

Lo mismo ocurre en cuanto al Considerando 63 cuando en términos de sugerencia habla de la importancia de los servicios de apoyo. Como Oportunidad podemos señalar el hecho de subrayar la desproporción e impacto de género de la violencia en el seno de la pareja (Considerando 18), así como adjudicar a la Directiva la intención de promocionar el principio de no discriminación y de igualdad entre hombres y mujeres (Considerando 66). Otros Considerandos importantes para las víctimas de violencia de género según el informe del EIGE son los números 55 (Fortaleza al señalar la importancia de una evaluación individual), 56 (Fortaleza al señalar algunas características de la víctima en particular), 58 (Fortaleza al asociar la necesidad de medidas especiales a la vulnerabilidad de determinadas víctimas) y 61 (Fortaleza al referirse a la formación especializada del personal). En general respecto del Preámbulo, toda referencia al género es una Fortaleza y una Oportunidad siguiendo un método DAFO, mientras que tanto la falta de definición y los problemas de interpretación que genera como la neutralidad, omitiendo la dimensión de género, con que están redactados los Considerandos son Debilidades que han de ser apuntadas. Como Amenazas hemos de señalar la falta de estandarización del papel de la víctima en los distintos procesos penales de los Estados Miembros (por ejemplo como se apunta en el Considerando 20) lo que en general conlleva otras Amenazas como la necesidad de que los hechos

¹²⁷⁰ A este respecto también destaca el manual del Consejo de Europa titulado “*Improving the effectiveness of law-enforcement and justice officers in combating violence against women and domestic violence*”, 2016, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/16807016f3> (Último acceso: 5 de diciembre de 2019).

constituyan delito conforme a la legislación nacional (cuando hay formas de violencias de género no reconocidas como tales en todos los Estados Miembros de la UE), la falta de determinación respecto a la residencia de las víctimas (lo que debilita el ejercicio de los derechos de víctimas cuya residencia dependa del agresor, la referencia indeterminada y general de la expresión “sin perjuicio de los derechos de los infractores” (Considerando 12) una indeterminación y alcance general que provoca que pueda ser aducido en cualquier momento para limitar los derechos de las víctimas sin necesidad de precisar de qué forma, con qué alcance o el grado de injerencia o vulneración de los derechos y garantías de los procesados.

2. Información y apoyo

2.1 Derecho a entender y a ser entendida

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 3 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 4 LEVD.

Como ideas previas generales, la principal Fortaleza y a su vez Oportunidad (debido al amplio margen de maniobra que supone) de este artículo es la referencia a las circunstancias particulares de las víctimas, incluida la discapacidad (con o sin modificación judicial de la capacidad de obrar), a la hora de comunicarse con ellas. La Debilidad es la indeterminación tanto de qué medidas se adoptarán por los EEMM como de qué formación específica han de contar los/las profesionales, así como qué se entiende por “*Salvo que fuera contrario a los intereses de la víctima o perjudicara al curso del proceso*”, que, a su vez, presenta la gran Amenaza del mismo. Una indeterminación y falta de concreción que parece incardinarse en el paraguas del respeto a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros. Lo que en la práctica supone la existencia de distintas situaciones de las víctimas de violencia contra las mujeres en los distintos Estados Miembros cuando pretenden desarrollar este derecho a entender y ser entendida.

El primero de los derechos contenidos en el artículo 3 de la Directiva 2012 es el derecho a entender. No precisa su definición ni cuándo se entiende realizado este derecho. Respecto a su definición ¿cómo puede definirse el concepto “entender”? De las 18 acepciones que la Real Academia de la Lengua Española ofrece de este término podemos quedarnos con la primera: *Tener idea clara de las cosas*, la segunda: *Saber con perfección algo* y la cuarta: *Conocer el ánimo o la intención de alguien*. Que una víctima entienda queda configurado, por lo tanto, por la comprensión con claridad de la información que reciben por parte de quienes se dirigen a ella. En España, la “Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género” elaborada por el Grupo de expertas y expertos del CGPJ en materia de violencia

doméstica y de género, publicada en noviembre de 2018¹²⁷¹ se señala la especial trascendencia de, en primer lugar, la información que reciben las víctimas y, en segundo lugar, la necesidad de que entiendan esta información. En cuanto al contenido de esta información nos remitimos al siguiente artículo de la Directiva.

Las víctimas también tienen derecho, no solo a entender esta información sino a conocer las repercusiones de sus decisiones, lo que, por tanto, ha de formar parte de la información que se le facilite. “Entender” qué consecuencias jurídicas (procesales en su mayor parte y para los fines que nos interesan), laborales y sociales desplegarán sus decisiones les ayudará a ejercer o no sus derechos de forma consciente y responsable. Si bien, en este punto podríamos diferenciar entre entender que se reconoce un derecho y valorar su ejercicio. Lo que nos traslada a los aspectos psicológicos y psicosociales de las víctimas de violencia contra las mujeres por razón de género. A este respecto, no debemos desligar los elementos psicosociales de las víctimas de los aspectos legales. Una redacción de la ley aparentemente neutra puede conllevar importantes consecuencias negativas como consecuencia de la discriminación indirecta que genera derivada de la socialización de los roles y estereotipos de género¹²⁷². Por este motivo, establecer un “derecho a entender” sin atender al estado psicológico que causa la situación de violencia experimentada supone reconocer un derecho que no será ejercitado por una persona que sufra tal delito. Siguiendo esta línea conviene remitirnos a algunos estudios nacionales y europeos sobre la dimensión psicológica y social de algunos de estos delitos de violencia contra las mujeres mencionados en el Capítulo Tercero de esta memoria de tesis.

Un entorno social que hemos de tener presente para poder afirmar que las víctimas entienden. “Entender” a las víctimas tras el recogimiento de forma aséptica de sus declaraciones.

La razón de señalar estas notas de orden psicológico y social se encuentra en la necesidad de subrayar el contexto y circunstancias en las que se da esta relación entre víctimas y autoridades: personas que reciben y dan un mensaje (comunicación verbal y no verbal) de otras personas, todas ellas insertadas en la determinada cultura, orden social y contexto sociopolítico concreto.

Lo que nos lleva al otro derecho que se le reconoce a la víctima “ser entendida”. En este punto el EIGE señala como una Debilidad de este artículo 3 la falta de referencia a la formación de los/as profesionales que han de dirigirse a las víctimas en su primera toma de contacto. Esta falta de formación provocaría que los derechos reconocidos no sean efectivos.¹²⁷³ Con ello, subrayamos que, en una primera fase de contacto, “ser entendida” habría de significar a su vez el conocimiento por parte del/la profesional que tenga el primer contacto de las peculiaridades victimológicas que

¹²⁷¹ Accesible en www.poderjudicial.es, esp. p.7, (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁷² Vid.FRIEDAN, Betty, *The Feminine Mystique*, W. W. Norton and Co, Nueva York, 1963.

¹²⁷³ *Ibidem.* p.23. VID.STANKO OBE, Elizabeth A., HOHL, Katrin, “Why Training Is Not Improving the Police Response to Sexual Violence Against Women: A Glimpse into the ‘Black Box’ of Police Training”, en Emma Milne; Karen Brennan; Nigel South; Jackie Turton (eds.), *Women and the Criminal Justice System*; Palgraven Macmillan, Suiza, 2018, pp.167- 186.

presentan las víctimas de violencia contra las mujeres y con ello recabar con las propias palabras de la víctima lo que relate y anotar los mensajes que arroja su comunicación no verbal. Sin realizar ningún tipo de aportación por parte del profesional que modifique el contenido, la significancia, la intensidad o cualquier otro aspecto de su mensaje. En este sentido presenta gran interés el trabajo de RAQUEL TARANILLA¹²⁷⁴ respecto a la aportación de la policía a la hora de recibir y transcribir el relato de los hechos que se le participan. En relación con esta aportación de la policía, resulta de interés lo apuntado en la STS 813/2015, de 7 de diciembre¹²⁷⁵, *“cuando acude a la Comisaría de Policía de Almería, siendo las 16:01 del día 27 de junio de 2012, la apreciación de la funcionaria que la atiende (instructora NUM004) es que se ha producido una relación consentida, no toma en consideración el déficit mental que presenta la menor, y que ha sido objeto de los informes periciales practicados en autos, de manera que considera la inspectora que se ha prestado un consentimiento libre y voluntario, aunque ya debería haber sospechado ciertas dificultades cognitivas, como cuando le pregunta si antes había mantenido relaciones sexuales, y responde la menor que sí, “aunque nunca le había[n] introducido un pene en su vagina””. La inspección cierra en falso el atestado, que se ve obligada a reabrir, en el momento en que se produce una nueva declaración de la menor, pasadas solamente unas horas”*. Una importante consideración puesto que remarca la falta de la debida diligencia de la funcionaria que toma la recoge la declaración de la víctima. A este respecto podemos preguntarnos si los y las profesionales que están en contacto con las víctimas reciben formación en, entre otros aspectos, comunicación. Hay que responder afirmativamente en el caso de jueces/zas en aspectos como así muestra la Comunicación de la Comisión en el apartado titulado *“Availability of training for judges on communication with parties and the press”*¹²⁷⁶

Una de las observaciones que hace la Comisión *“En cuanto a la formación de los jueces, mientras que la mayoría de los Estados miembros ofrecen formación continua sobre el derecho de la UE, el derecho de otro Estado miembro y sobre la judicatura son menos los que ofrecen formación sobre conocimientos informáticos, gestión de los tribunales y ética judicial (...). En la mayoría de los Estados miembros se ofrece formación sobre la comunicación con las partes (...). Sin embargo, es necesario intensificar los esfuerzos para capacitar a los jueces en la comunicación con grupos específicos de partes (incluidas las personas con discapacidad visual o auditiva) en el tratamiento de prácticas que tengan en cuenta las cuestiones de género en los*

¹²⁷⁴ TARANILLA GARCÍA, Raquel, “Análisis lingüístico de la transcripción del relato de los hechos en el interrogatorio policial”, *Estudios de Lingüística UA* 2011, n.25, pp. 101-134, accesible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/21642/1/ELUA_25_04.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁷⁵ STS 813/2015, de 7 de diciembre, ECLI: ES:TS:2015:5733, F.J. 3º, ponente: Julian Artemio Sánchez Melgar, accesible

en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7587667&links=%22813%2F2015%22&optimize=20160129&publicinterface=true> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁷⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM(2018) 364 final, p. 34, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf (Último acceso: 13 de noviembre de 2019).

procedimientos judiciales, y en la función de los intérpretes”¹²⁷⁷. A esta formación en “comunicación” es de notar la formación de la judicatura y fiscalía desde el Consejo de Europa para asegurar el acceso a la Justicia de las mujeres¹²⁷⁸ en línea con la Estrategia para la Igualdad de Género multianual del Consejo de Europa a la que aludimos en el Capítulo Quinto. Así, por ejemplo, la Asociación de Apoyo a Víctimas de Delitos (ANVDV) señala en su página web algunas ideas interesantes, como, por ejemplo, el efecto positivo que genera en las víctimas directas ser llamadas por su nombre durante su declaración o en caso de ser víctimas indirectas, recibir las condolencias por la muerte de su familiar¹²⁷⁹. Y es que una de las cuestiones que merecen ser considerada es los indicadores que han de ser atendidos por el personal de la administración de justicia (así como otras autoridades, agentes de la autoridad, entes, etc.) en cuanto a la posibilidad de que una mujer esté siendo víctima de un delito en base a su género. Así, por ejemplo, respecto del delito de matrimonio forzado disponemos de los resultados de un interesante proyecto al que hemos aludido con anterioridad¹²⁸⁰ en el que respecto al personal encargado de la persecución penal se les imponía la obligación de atender a una serie de reglas¹²⁸¹. La repercusión de tanto estas reglas como de los indicadores ponen de relieve su repercusión procesal cuando la víctima pueda ver vulnerados sus derechos procesales, por ejemplo, si durante su declaración están acompañadas por algún familiar que esté siendo quien le esté obligando a contraer matrimonio de forma forzada (en sus distintos grados de participación) o si este familiar se presenta como “traductor/a” o/y “intérprete” de la víctima¹²⁸². En concreto, recomienda seis medidas de las cuales en este epígrafe

¹²⁷⁷ (Traducción propia). Cita textual “*On the training of judges, while most Member States provide continuous training in EU law, the law of another Member State and on judgecraft fewer offer training on IT skills, court management and judicial ethics (Figures 45 and 46). Training on communicating with parties is offered in most Member States (Figure 46). Efforts need to be intensified, however, to train judges in communicating with specific groups of parties (including visually or hearing impaired people) in dealing with gender-sensitive practices in judicial proceedings, and on the role of interpreters*”, *Ibidem*, esp. p.40.

¹²⁷⁸ Consejo de Europa, *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women’s Access to Justice*, 2017, en el marco del Proyecto “Improving Women’s Access to Justice in the Eastern Partnership Countries”, accessible en <https://rm.Consejo.de.Europa.int/training-manual-women-access-to-justice/16808d78c5> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁷⁹ Vid. <https://www.victimas.org/blog/> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁸⁰ Proyecto Europeo (JUST/2014/RDAP/AG/HARM/) “EU FEM Roadmap forced/early marriage” y en concreto su “*Guía de la UE sobre matrimonio forzado/precoz para profesionales de primera línea*”, 2017, http://femroadmap.eu/FEM_roadmap_ES.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁸¹ En concreto, “-*Si la víctima de matrimonio forzado/precoz ha sido derivada a la policía por otros organismos, es de suma importancia evitar una revictimización. - No se manifieste de manera arrogante u ofensiva sobre la familia o la cultura de la víctima, de lo contrario los conflictos de lealtad existentes se agudizarán aún más. - Evite cualquier tipo de discriminación a causa de origen étnico, religión, género, orientación sexual, familia, discapacidad, etc. - Verifique si la víctima u otros miembros de la familia alguna vez ya han sido dados por desaparecidos. - Verifique la existencia de informes sobre violencia doméstica, violación de domicilio u otros indicadores de maltrato. - Documente todos los datos de contacto (nombre, dirección, teléfono, correo electrónico, número de pasaporte, segundo pasaporte) y, en caso de que exista peligro de secuestro, también direcciones y números de teléfono en el país de origen; trate esta información de manera confidencial. - Verifique si existe información sobre los antecedentes de otros miembros de la familia, inclusive hermanos (violencia doméstica, amenazas, etc.). -Si la víctima es mayor de 18 años y está de acuerdo, ofrezcale presentar el caso de matrimonio forzado/precoz ante la fiscalía; si la víctima tiene menos de 18 años, debe contactarse con la Oficina de Protección a Menores. - En casos de secuestro en el extranjero relacionados con el matrimonio forzado, se debe contactar al Ministerio de Asuntos Exteriores.*” esp. p. 27.

¹²⁸² Como subraya la FRA en su informe “*Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*”, 2014, p.14, miembros de la familia son en su mayoría los/as perpetradores/as de este delito, accesible en

merecen ser destacadas: “- *Realizar interrogatorios sin la presencia de miembros de la familia ni de personas del entorno, para evitar toda posible presión sobre la víctima; En el caso de víctimas menores de edad, realizar los interrogatorios solamente en presencia de un profesional de la Oficina de Protección a Menores; Si la víctima es mujer, definitivamente deben involucrarse policías e intérpretes mujeres, porque muchas víctimas, al ser interrogadas por hombres o incluso en presencia de policías e intérpretes hombres, no cuentan toda su historia.*”

El Consejo de Europa en su informe acerca del derecho de acceso a la justicia de las mujeres ha identificado como principales obstáculos socio-económicos para el acceso a los tribunales por parte de mujeres el miedo y vergüenza, falta de conocimiento de los procesos oficiales y asistencia disponible, restricciones de la disponibilidad de la asistencia legal, dependencia económica y preocupación por los/as hijos/as e impacto de género de las medidas de austeridad¹²⁸³. Como obstáculos legales la persistencia *de jure* de discriminación de mujeres, brecha en la legislación de los derechos de las mujeres, limitación del uso de la legislación antidiscriminación por motivos de sexo, legislación neutra o ciega respecto al género lo que permite desigualdades sistemáticas, a veces no intencionadas, uso limitado de estándar internacionales sobre decisiones judiciales, recursos limitados para discriminaciones indirectas de mujeres, énfasis depositado en el uso de procedimientos de acuerdos extrajudiciales de solución de conflictos que sitúan a veces en situación de desventaja a las mujeres, lentitud de los procesos criminales, corrupción y bajos índices de confianza, prácticas discriminatorias, estereotipos de género negativos en sede judicial y en la policía.

El Consejo de Europa en este mismo informe señala algunas buenas prácticas en algunos EEMM como tribunales especializados y procedimientos rápidos, fiscalía especializada, unidades de policía específicas, acceso a la justicia gratuita para mujeres víctimas de violencia y discriminación, acceso a la justicia y compensación para mujeres víctimas de violencia en conflictos armados, reconocimiento de la capacidad legal de las ONG para incoar un procedimiento en casos de violencia contra las mujeres, órganos institucionales de igualdad, formación en igualdad de género para profesionales del ámbito legales, órdenes de protección, órdenes de emergencia, órdenes de desalojo, prohibición de comunicación y acercamiento.

Esta consideración hay que ponerla de relieve con la titularidad de las víctimas de ciertos derechos y garantías relacionados con el acceso a la justicia. Según el Consejo de Europa los derechos procesales de las víctimas están protegidos bajo el artículo 13 CEDH. Las víctimas de delitos no pueden reclamar los derechos a un juicio justo conforme al artículo 6 TEDH a menos que participen en el proceso penal reclamando

<https://fra.europa.eu/en/publication/2014/addressing-forced-marriage-eu-legal-provisions-and-promising-practices>
(Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁸³ Consejo de Europa, *Guaranteeing Equal Access of Women to Justice*, 2016, Accesible <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1034ed26-1f53-11e7-84e2-01aa75ed71a1/language-en> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

aspectos civiles. El artículo 47 de la Carta protege todos los derechos nacidos de las leyes europeas. Las víctimas de delitos tienen reconocidas recursos efectivos en procesos penales. De conformidad con la Carta, las víctimas son titulares del derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) y del derecho a un juicio justo (artículo 6.1 CEDH). Así el artículo 47 de la CDDFF reconoce el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva, derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, a hacerse aconsejar, defender y representar, y a la asistencia jurídica gratuita.

La Directiva 2012/29/UE incluye importantes aspectos del derecho a un juicio de las víctimas como el derecho al apoyo emocional o consejo.

Los Estados deben adoptar medidas positivas para prevenir violaciones de derechos humanos tanto por agentes estatales como por actores individuales. Esta obligación implica tipificar abusos graves de derechos humanos y tomar medidas para prevenir e investigar violaciones de los artículos 2 y 3 del CEDH y artículo 2 y 4 Carta¹²⁸⁴.

Ahora bien, este “derecho a ser entendida” ha de desplegar sus efectos en el *iter* procesal. Hemos de diferenciar entre las y los profesionales que entablan contacto con las víctimas para proteger y asistir y quienes entablan contacto, además, para declarar su condición de víctima en el sentido material. Para las profesiones del primer grupo (policía, atención social, orientación jurídica y psicológica, sanitaria), el derecho a ser entendida implica una segunda fase inmediata al recogimiento aséptico de la información que dé la víctima. Esta segunda fase ha de estar destinada a interpretar y entender puesto que la mera recepción de sus palabras convertiría su derecho a ser entendida en un derecho a que quede constancia de forma automática de su declaración. Ha de quedar constancia de todas aquellas cuestiones actitudinales y del comportamiento de quien declara haber sido víctima de algún delito¹²⁸⁵. Así, y teniendo presente que la declaración que preste la víctima en sede policial puede formar parte de las diligencias probatorias tras su lectura en sede judicial y que es una práctica común en algunos delitos, como contra la libertad sexual, la continua referencia a qué hizo, no hizo, dijo o no dijo la víctima instantes posteriores al hecho delictivo como indicador de veracidad (así como, por ejemplo, la personación inmediata en un hospital), se deben recoger de forma expresa lo que la persona profesional y formada que entable contacto con la víctima aprecia, ve y escucha durante la declaración de la víctima. La pregunta que nos podemos formular es qué consecuencias legales ha de conllevar esta información que arroja la que podríamos denominar *metadeclaración* (lo que la declaración dice de quien declara). Hemos de partir del reconocimiento de que la recogida de estos aspectos *metadeclaratorios* no persigue profundizar en la

¹²⁸⁴ Interesa mencionar respecto a este derecho a recibir información su especial incidencia atendiendo a la tipología delictiva. Por ejemplo, víctimas de delitos de violencia corporativa a la que aludiremos con posterioridad. Vid. El interesante informe final titulado *Victims and Corporations. Implementation of Directive 2012/29/EU for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence*, en el marco del Proyecto (JUST/2014/JACC/AG/VICT/7417), accesible en https://www.avvocatorobertaribon.it/wp-content/uploads/2018/01/2Vict-and-Corp_First-Findings.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁸⁵ Para lo cual habría que estar a lo que establezcan los Protocolos que regulan cada profesión.

credibilidad de la víctima o la verosimilitud de su declaración o carácter delictivo de lo manifestado. Esto será objeto del proceso penal que se incoe como consecuencia del carácter delictual de lo declarado. Por ello, la finalidad de la recogida de esta información por parte de profesionales de la policía y ámbito sanitario en su mayor parte ha de quedar sujeta a la necesidad de entender a la víctima por medio de su comunicación verbal y no verbal¹²⁸⁶ y a coadyuvar en la administración de la Justicia que más tarde se materializará en sede judicial. En este momento, dando vigencia al principio de inmediación será el/la juez/a quien interprete la comunicación verbal y no verbal de la víctima. Nos podríamos preguntar si el/la juez/a podría valorar o dar una interpretación a la comunicación verbal y no verbal de la víctima y *de facto* ocurre a través del análisis de la concurrencia del triple criterio para valorar la declaración de la víctima. Y es que la relación entre el derecho a ser entendida (artículo 3) y el derecho a ser oída (artículo 10) no parece muy nítida dado que a simple vista podemos considerar que ni siquiera ser entendida es un requisito previo a ser oída ni ser entendida implica ningún grado de comprensión puesto que una víctima puede ser entendida y, sin embargo, ni cumplir con el requisito de verosimilitud ni ausencia de móviles espurios ni de persistencia en la incriminación¹²⁸⁷. En este sentido podemos afirmar que “ser entendida” no ha de ser interpretado como “ser creída”. Pero incluso, puede darse el caso de que ser creída no implique la existencia de un acto delictivo¹²⁸⁸. En esta línea, en la STS 653/2016 se refería a la declaración de la víctima como única prueba de cargo y afirmaba “(...) *Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible apoyar una condena sobre la base de la mera “creencia” en la palabra del testigo, a modo de un acto ciego de fe. No basta creérselo, es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba*”¹²⁸⁹.

¹²⁸⁶ Esta interpretación de la comunicación verbal y no verbal de la víctima en todo caso ha de estar presidida por el criterio de tratamiento individualizado de las víctimas, evitando la correlación de determinadas formas de actuar con un perfil victimológico, negando, como consecuencia, el carácter de víctima a quienes no reproduzcan determinados patrones de comportamiento. En definitiva, ayudará a entender, no a descartar o enjuiciar/prejuizar. Jan Van Dijk menciona cómo los cursos y entrenamientos a policía no han sido satisfactorios al no eliminar la base en la que se sustenta la victimización secundaria: la función latente de la policía incapacitando a las víctimas para que no tomen actitudes revanchistas. De esta forma, las preguntas no respetuosas por parte de la policía deben ser analizadas como intentos semi-inconscientes de disuadir a las víctimas de ejercer sus derechos. En VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit., esp. p. 16. (Traducción propia).

¹²⁸⁷ ATS 1430/2014, de 25 de septiembre, ECLI: ES:TS:2014:7531^a, F.J.1^o *in fine*, ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c72c8e7d1716d3d6/20141016> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019), criterios jurisprudenciales para valorar el testimonio de la víctima como prueba de cargo.

¹²⁸⁸ Interesante la entrevista a la jueza de violencia de género de la localidad madrileña de Móstoles, Esperanza Fernández. En ella la jueza manifiesta que “*si se desvinculara la concesión de una orden de protección de los indicios fundados de delito y se vinculara al riesgo que corre la víctima*” se mejoraría la protección de las mujeres maltratadas. “*Te creo pero no tienes pruebas y con solo tu declaración no es suficiente*”, es una de las afirmaciones de la jueza, accesible en <https://www.20minutos.es/noticia/3500167/0/proteccion-victimas-vg-jueza-esperanza-fernandez/> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁸⁹ STS 653/2016, de 15 de julio, ECLI: ES:TS:2016:3664, F.J.5^o, parr.6^o, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7746344&links=%22653%2F2016%22&optimize=20160729&publicinterface=true> (Último acceso: 13 de diciembre de 2018).

Sería interesante analizar que el derecho a guardar silencio, como derecho de toda persona acusada, sea uno de los derechos ejercidos por las víctimas de violencia de género. Una especie de ejercicio del hipotético derecho a no ser entendida respetando la voluntad de la víctima de un delito que por muy “público” que sea no podrá ser obligada a declarar. La dispensa de declarar asemeja a la víctima más al acusado que a un testigo. Si bien, el silencio del acusado no puede determinar su culpabilidad –el ejercicio de un derecho no puede conllevar un perjuicio para su titular-, el silencio de la víctima no puede determinar su credibilidad- lo que nos haría preguntarnos si realmente el ejercicio de un derecho no puede conllevar un perjuicio para su titular-).

En el artículo 4.c) de la Ley 4/2015 se faculta a la víctima a “*estar acompañada por una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios*”. Esta prescripción en caso de que la víctima desee ser acompañada por la persona que está victimizándola puede contaminar la declaración de la víctima tanto verbal como no verbal. Así, por ejemplo, sucede en un alto porcentaje de casos relacionados con el delito de mutilación genital femenina o de matrimonio forzado en que son las personas cercanas a las víctimas quienes están vulnerando sus derechos. Por este motivo, hubiera sido deseable que en este artículo 4.c) Ley 4/2015 constara la excepción que figura en el artículo 3.3 de la Directiva 2012/29 “*Salvo que fuera contrario a los intereses de la víctima o perjudicara al curso del proceso, (...)*”. Como así figura en la Exposición de motivos de la Ley (parte VII) “*salvo resolución motivada*” y en el artículo 21 letra c) Ley 4/2015 “*salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma*”.

Asimismo, en cuanto a este derecho, en la medida 140 del Pacto de Estado contra la violencia de género de España se determina “*Diseñar un Plan de acompañamiento y asesoramiento de la víctima (acompañamiento judicial personalizado), implicando a las diferentes Administraciones, que contemple la asistencia de la víctima y sus hijos e hijas con carácter previo a la interposición de la denuncia y durante el procedimiento, y que irá acompañado de medidas de formación obligatoria especializada a todos los y las agentes implicados. Para ello se revisará el Protocolo en el ámbito de los Juzgados competentes en violencia de género para hacer accesible la información a las mujeres víctimas de violencia de género, sobre el itinerario y procedimiento, asegurando el conocimiento efectivo del recorrido judicial, desde el momento en el que se interpone la denuncia hasta el final del proceso.*”

Por otro lado, hemos de manifestar la relación entre los derechos del artículo 3, entender y ser entendida y los del artículo 7 de la Directiva (derecho a traducción e interpretación). Sin embargo, este artículo puede carecer de efectividad si lo relacionamos con disposiciones como la de la Disposición Adicional Segunda de la ley

española que transpone la directiva, la Ley 4/2015¹²⁹⁰ que imposibilitan una Justicia con medios¹²⁹¹.

Respecto al respeto y garantía de este derecho por parte de la judicatura, la pregunta aparece respecto a dos cuestiones: si el/la juez/a ha de mostrarse con empatía (habilidad para entender la perspectiva de otra persona) y si mostrar empatía por la declaración de la víctima ataca a principios como el de imparcialidad, neutralidad y presunción de inocencia¹²⁹². Cuestión, esta última que respondemos negativamente pues “tratar” con respeto, “entender”, “mostrar empatía”, en ningún caso supone que lo declarado por la víctima goce de presunción de veracidad ni que sea creída de forma automática ni que su declaración conlleve directamente una sentencia condenatoria¹²⁹³. Se trata de separar la persona de su declaración, que conlleve respecto de la persona, tratarla con respeto, acorde a su dignidad, mostrando empatía por el hecho dañoso relatado, informándole de sus derechos y de la información que preceptivamente le haya de ser dada, y respecto de su declaración, asegurando que por medio de ella se exterioriza el relato de los hechos tal y como los percibió y sintió quien emite la declaración, así como aquello que de forma no verbal exterioriza quien declara.

Concluimos el análisis de ambos derechos, entender y ser entendida, preguntándonos por la trascendencia de su falta de cumplimiento. ¿Qué ocurre si la víctima manifiesta no haber sido informada de sus derechos o de haber sido informada pero no haberlos entendido? El artículo 4.1 letra h) incluye la información referente a “*Los procedimientos de reclamación existentes en caso de que la autoridad competente actuante en el marco de un proceso penal no respete sus derechos*”. Por lo que serán los derechos nacionales los que determinen las consecuencias de la falta de cumplimiento de los derechos de las víctimas y las vías para su reclamación.

La primera situación es más difícil que se dé dado que las víctimas han de firmar un documento donde consta haber sido informadas.

¹²⁹⁰ “*Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.*” Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. BOE de 28 de abril de 2015, n.º. 101, pp. 36569-36598.

¹²⁹¹ Vid. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions COM (2018) 364 final, *Criteria for determining financial resources for the judiciary* en The 2018 EU Justice Scoreboard, esp. p. 31, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹²⁹² Vid. BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, op. cit. esp. p.60.

¹²⁹³ La presunción de victimidad no implica una alteración de la carga de la prueba en el ámbito penal. Respecto a la carga de la prueba de conformidad con el artículo 13.2 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Al respecto Vid. ARMENTA DEU, Teresa, “Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 2014, n.40, así como PÉREZ GIL, Julio, “La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en Esther Gómez Campelo y Félix Valbuena González (coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o ficción*. Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp.251-262.

Por su parte, ¿qué consecuencias se derivan de la falta de entendimiento de la víctima? Para responder a esta pregunta lo principal sería determinar cómo constatar tal falta de entendimiento. Quizás la atribución de una determinada interpretación de una específica conducta podría ser considerada falta de entendimiento. Ahora bien, ha de aclararse que los fundamentos jurídicos que siguen el relato de “hechos probados” que constan en las sentencias integran valoraciones e interpretaciones de la judicatura relacionadas con esos hechos declarados probados. La probabilidad de revisión de esa interpretación a través del ejercicio de los medios de impugnación solo aparece con la sustanciación del recurso de apelación en el ámbito del Derecho Procesal penal español.

Si la víctima no fue correctamente informada y/o si no entendió la información recibida la consecuencia inmediata es la vulneración de su derecho a entender y todos aquellos que se deriven del mismo. Como a entablar la acción penal, a solicitar las medidas de protección, sociales, económicas, educativas, etc. a que tenga derecho tanto ella como sus hijos e hijas menores de edad con quienes conviva, a obtener una reparación, si también han sido vulnerados en el caso de que la víctima no ejerciera la acción penal por desconocimiento de su derecho (teniendo presente que en la legislación española para la efectividad de estos derechos no es necesario un acto de parte y pueden ser declarados de oficio). La posibilidad del ejercicio de las actuaciones procesales cualquiera que sea el estado de las mismas ha de constar expresamente dentro de las consecuencias de la vulneración de los derechos de las víctimas¹²⁹⁴.

2.2 Derecho a recibir información desde el primer contacto con una autoridad competente

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 4 Directiva 2012/29/UE y el artículo 5 LEVD. La forma en que se transmite esta información es determinante para que se cumpla el objetivo de informar. De esta forma, como pone de manifiesto el Parlamento Europeo en su Resolución de 30 de mayo de 2018 sobre la implementación de la Directiva 2012/29/UE¹²⁹⁵, punto 45, el lenguaje que debe emplearse debe no ser complejo y adaptado a menores y personas con discapacidad. Una interesante aproximación a la necesidad de informar y formar (sensibilizar) en culturas con un alto índice de analfabetismo puede detenerse en el uso de imágenes. En este sentido podemos mencionar el proyecto de la investigadora del INTERVICT, Alina Balta,

¹²⁹⁴ En España, con el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, se modificó el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género incorporando un apartado 7 que establece “*Las víctimas de violencia de género podrán personarse como acusación particular en cualquier momento del procedimiento si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación, ni podrá suponer una merma del derecho de defensa del acusado*”. Una reforma legal que sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en la STS 459/2005, de 12 de abril aplicando una interpretación no formalista en favor del principio *pro actione* del artículo 110 LECrim.

¹²⁹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2016/2328(INI)), accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0229&language=ES&ring=A8-2018-0168> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

respecto al uso del arte para despertar la preocupación sobre matrimonio forzado y violencia de género y sexual en Camboya¹²⁹⁶. Así por ejemplo son utilizadas las imágenes en el Proyecto *Infovictims* para informar sobre los derechos de las víctimas en Alemania, Austria, Escocia, Polonia, Portugal y República Checa¹²⁹⁷.

Señala el EIGE este artículo como una de las principales Fortalezas de la Directiva (en su análisis DAFO que mencionábamos anteriormente) al subrayar la importancia del trato serio de las víctimas desde el primer contacto facilitándole la información necesaria.

Asimismo, señala el EIGE la importancia de este artículo para determinadas víctimas de violencia contra las mujeres como mujeres analfabetas, mujeres con discapacidad, mujeres de edad avanzada, mujeres migrantes, mujeres víctimas de trata o de tráfico de personas¹²⁹⁸.

En cuanto a la forma escrita u oral de esta información, señala el EIGE en su informe que puede ser ofrecida de ambas formas. Si bien, señala que, para aquellas víctimas, como las de violencia contra las mujeres en el seno de relaciones sentimentales, dada capacidad limitada para retener información detallada o numerosos datos en el lugar donde se ha producido los hechos delictivos es conveniente que la información sea ofrecida por escrito y de ser oral se produzca de forma reiterada.

Asimismo, señala el EIGE que no será suficiente con remitir a una página web donde conste la información. Víctimas como mujeres con discapacidad, mujeres del mundo rural o de edad avanzada pueden que o no tengan acceso a internet o no tenga habilidades informáticas. Se trata de una de las debilidades del artículo, focalizado en la lengua y no en las herramientas (forma y medios). Esto presenta una amenaza al poder ser implementado de múltiples formas, muchas de las cuales no respetarían ni garantizarían el ejercicio de los derechos reconocidos.

Otras de las fortalezas del artículo según el EIGE es la lista de derechos que contiene el artículo. En este sentido mencionan el informe del EIGE el ejemplo austriaco de comunicación entre la policía y las organizaciones sociales de protección a las víctimas por la relación directa de cooperación y transferencia de datos lo que posibilita la puesta en contacto con las víctimas por parte de estas organizaciones sin necesitar un acto potestativo por parte de aquellas.

Otras de las cuestiones importantes referente a este ofrecimiento de información es la conveniencia de que la víctima sea informada de la persona profesional que será su contacto directo. Ello supone evitar la victimización secundaria que implica tener que contar, y con ello recordar, cada detalle del delito sufrido a distintas personas cada vez que la víctima entable contacto con un profesional. Esta ausencia de referencia en la

¹²⁹⁶ Vid. <https://www.tilburguniversity.edu/research/institutes-and-research-groups/intervict/item-forced-marriage-alina-balta/> (Último acceso: 13 diciembre de 2019).

¹²⁹⁷ Vid. <http://www.infovictims.com/com/> (Último acceso: 13 diciembre de 2019).

¹²⁹⁸ FRA, *Violence against women*, op. cit., esp. p.23.

Directiva es una Debilidad dado que ni establece que deba ser la misma persona profesional ni limita el número de personas a las que se les ha de contar de nuevo lo experimentado por la víctima.

Otro de los aspectos a los que prestar especial atención desde una perspectiva de género es a la información referida en la letra j) (servicios de justicia reparadora). Teniendo en cuenta los riesgos de ofrecer estos servicios a víctimas de violencia de género contra las mujeres, la falta de una especificación en caso de este tipo de víctimas y habida cuenta del papel que juega la voluntad y el consentimiento en este tipo de mecanismos de justicia reparadora, las víctimas pueden recibir una información no del todo cierta (para aquellos Estados que limiten o prohíban mecanismo como la mediación en casos de violencia de género en el seno de relaciones íntimas) o de cuyo ejercicio se pueden derivar consecuencias muy negativas si no se tienen en cuenta aspectos psicológicos y sociales de las víctimas y de los victimarios. Es por ello por lo que el EIGE señala este artículo como uno de los que mantener un monitoreo constante. Y es que, además siguiendo el artículo 48 del Convenio de Estambul prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en caso de los delitos a los que se refiere.

Relaciona el EIGE este artículo con el artículo 56.1.c) del Convenio de Estambul del Consejo de Europa referido a la especial protección de las víctimas como testigos. Si bien, la remisión de este artículo a los derechos internos así como su redacción general no complementa lo estipulado por el artículo 4 de la Directiva.

Otro de los aspectos a destacar de este derecho del artículo 4 a recibir una determinada información es el relativo a la formación de la persona profesional que ofrece la información y la forma en que lo desarrolla. Ser tratada con dignidad es una de las líneas esenciales sobre las que pivotan los derechos de las víctimas. Asimismo, es de interés la forma de extender esta información para hacerla accesible a un mayor número de personas incluso aún cuando no hayan entablado un primer acercamiento a la autoridad policial o judicial o profesional sanitario o de otro tipo.

Interesa la STEDH en el asunto *Brozicek c. Italia*¹²⁹⁹ en el que aludía al derecho a recibir información de la persona acusada y en concreto al valorar cuándo se entendía que la información era “detallada” se mencionaba aquella en la que se reflejan los delitos de que se le acusa, el lugar y la fecha de los hechos imputados, la referencia a los artículos de la legislación penal y el nombre de la víctima es mencionado (apartado 42). La fecha de esta sentencia puede ser reflejo de la falta de consideración de los derechos de las víctimas en aquel momento. En el desarrollo no solo de los derechos de las víctimas sino el análisis de este desarrollo a la luz del derecho a la presunción de inocencia ha determinado que revelar a la persona acusada el nombre de la víctima

¹²⁹⁹ STEDH de 19 de diciembre de 1989, asunto *Brozicek c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD001096484, accesible en [https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{"fulltext":\["Brozicek"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57612"\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{) (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

puede suponer la vulneración de sus derechos protegidos en el CEDH y CDFUE como a la intimidad, a la protección, a la seguridad.

En España, la “Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género” elaborada por el Grupo de expertas y expertos del Consejo General del Poder Judicial en materia de violencia doméstica y de género, publicada en noviembre de 2018¹³⁰⁰ se señala la especial transcendencia de, en primer lugar, la información que reciben las víctimas y, en segundo lugar, la necesidad de que entiendan esta información. Solo de esta forma podrán ejercer los derechos que tienen reconocidos como solicitar una orden de protección con las medidas del artículo 544ter LECrim (orden de alejamiento para ella, familiares y personas que designe; una prohibición de comunicación; medidas civiles como solicitud de divorcio); solicitar la colocación al denunciado de una pulsera electrónica de localización para el caso de que quede en libertad se controle por los cuerpos de policía el cumplimiento de la orden de alejamiento; facilitar su correo electrónico para recibir las notificaciones del artículo 7 de la Ley española de transposición de la Directiva 2012/29/UE; solicitud de las ayudas sociales a las que pueda acceder, atención psicológica; derecho a la asistencia jurídica gratuita; derechos económicos que pueda solicitar; aplicación de los derechos en el ámbito laboral y atención a los hijos e hijas que sufren la situación de violencia.

Esta información que reciban las víctimas deberá ser asequible en cualquier momento. Para determinadas víctimas como mujeres adolescentes y jóvenes con mayores habilidades informáticas y tecnológicas se han desarrollado aplicaciones de *smartphones* de gran interés como por ejemplo la aplicación “Libres” del Ministerio de la Presidencia, las relaciones con las Cortes e Igualdad¹³⁰¹.

Esta información tendrá especial repercusión en lo referente a las medidas de protección que pueden solicitar o que pueden ser acordadas en favor de las presuntas víctimas. En el Punto 13 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección se subraya *“la necesidad de que una autoridad competente específica informe y alerte de forma automática y adecuada a las víctimas de delitos que hayan considerado o consideren la posibilidad de obtener una OEP, tanto de forma oral como escrita, acerca de la posibilidad de solicitar una OEP durante el procedimiento penal; destaca que la persona objeto de una medida de protección no debería tener que soportar cargas financieras cuando solicita la emisión de una OEP;”* Asimismo, en su Punto 47 *“Acoge con satisfacción la obligación, establecida por el Convenio de Estambul, de crear líneas telefónicas de ayuda estatales, disponibles permanentemente y gratuitas, para proporcionar asesoramiento a las personas que llamen acerca de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio; anima*

¹³⁰⁰ Accesible en www.poderjudicial.es (Último acceso: 13 de diciembre de 2018), esp. p.7.

¹³⁰¹ Vid. <http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/informacionUtil/recursos/appLibres/home.htm> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

a los Estados miembros a que utilicen esta herramienta en los casos pertinentes, y a que proporcionen a las víctimas información relacionada con la OEP”.

Es apropiado mencionar respecto a este derecho la importancia que los estudios empíricos muestran respecto a cómo son tratadas las víctimas en esta fase primigenia y su incidencia tanto de decidirse por presentar una denuncia, como hemos mencionado anteriormente, como de su sentimiento de la denominada Justicia Procesal. Por ejemplo, uno de estos estudios se refiere a cómo influye la forma en que la policía trata a las presuntas víctimas a la hora de que éstas decidan denunciar¹³⁰².

2.3 Derecho de las víctimas cuando interpongan una denuncia

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 5 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 6 LEVD.

Los derechos que establece este artículo hay que relacionarlos con el Considerando 24 que precisa la información que contendrá esta declaración que reconozca la presentación de la denuncia formal, el Considerando 63 que establece la necesidad de que las autoridades competentes respondan a la presentación de denuncias de forma respetuosa, considerada, no discriminatoria y profesional de esta forma, se entiende que se fomenta y facilitan la denuncias aumentando la confianza de éstas en el sistema de justicia penal. Este Considerando introduce una importante referencia a “posibilitar las denuncias de terceros, incluidas las organizaciones de la sociedad civil”, valorada como una Fortaleza en el informe del EIGE y que nos remite levemente a no solo el derecho/deber de denunciar en el marco de la legislación procesal penal española como al derecho a constituirse en parte acusadora a través de la acusación popular. Aunque este Considerando tiene un alcance general, conviene detenerse en los fundamentos y principales efectos procesales de esta posibilidad de que las organizaciones sociales se personen como acusación en procesos seguidos por violencia contra las mujeres. La recepción de esta disposición en los diferentes EEMM ha sido dispar.

Señala el EIGE una Debilidad de este artículo al no haber estipulado las consecuencias en el caso de que la autoridad rechace la denuncia. Lo que representa una Amenaza para las víctimas de violencia de género cuyos asuntos sean rechazados. Situación que provoca una mayor desprotección cuando el delito solo es perseguible a instante de parte.

Por su parte el Considerando 25 señala que la demora en la presentación de una denuncia, motivada por miedo a ser agredida de nuevo, humillada o estigmatizada, no debe conllevar la denegación de que la víctima presente su denuncia por escrito. Se trata

¹³⁰² MURPHY, Kristina y BARKWORTH, Julie, “Victim Willingness to Report Crime to Police: Does Procedural Justice or Outcome Matter Most?”, *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice* 2014, vol.9, n.2, pp. 178-204, esp. 98.

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

de una Fortaleza según el EIGE, creando, además, la Oportunidad de ser implementada por los Estados miembros.

En cuanto a la asistencia de traducción, siguiendo el análisis del EIGE este artículo no recoge una importante prescripción referente a la prohibición de que sea el sospechoso o investigado quien realice la traducción a la víctima o de las palabras de la víctima. Lo que representa tanto una Debilidad como una Amenaza por la posibilidad de que los EEMM no recojan esta exclusión del sospechoso o investigado del grupo de personas que pueden prestar la asistencia lingüística.

Respecto al ejercicio de este derecho, nos podemos preguntar si afecta la percepción de la independencia de la Justicia en la presentación de denuncias.

Siguiendo la estadística que nos muestra el Eurobarómetro respecto de la confianza en la independencia de la justicia en el año 2013¹³⁰³ podemos mostrar la siguiente tabla:

Unión Europea (28 países)	4,6
Belgica	5,0
Bulgaria	3,0
Republica Checa	3,8
Dinamarca	7,5
Alemania	5,3
Estonia	5,2
Irlanda	5,1
Grecia	4,1
ESPAÑA	3,1
Francia	4,5
Croacia	3,3
Italia	3,6
Chipre	3,6
Letonia	4,5
Lituania	4,9
Luxemburgo	5,3
Hungria	5,1
Malta	4,9
Holanda	6,2
Austria	6,0
Polonia	4,2
Portugal	2,9
Rumania	5,8
Eslovenia	2,7
Eslovaquia	3,6
Finlandia	7,2
Suecia	6,7
Reino Unido	5,5
Islandia	5,7
Noruega	7,2
Suiza	7,0
Serbia	3,4

http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=ilc_pw04
Fuente: EU-SILC. Módulo sobre bienestar 2013. EUROSTAT

Figura n. 36. Confianza en la independencia de la justicia. Fuente: EUROSTAT

En el caso de España, además, vemos como no existe un impacto de género en esta percepción de la confianza en el sistema judicial de acuerdo con la información que ofrece el INE para el año 2013

¹³⁰³ https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_16_40/default/bar?lang=en (Último acceso: 13 de noviembre de 2019).

Confianza en el sistema judicial (% y media)

	De 0 a 4	De 5 a 6	De 7 a 8	De 9 a 10	Valoración media
Total	65,0	26,7	7,0	1,3	3,1
Hombres	65,2	26,1	7,2	1,4	3,0
Mujeres	64,8	27,3	6,8	1,1	3,1

<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t25/p453/modulo/2013/10/&file=03007.px&type=pcaxis&L=0>
 Fuente: Encuesta de Condiciones de Vida. Módulo sobre bienestar 2013. INE

Figura n. 37. Confianza en el sistema judicial. Fuente: INE

En el Eurobarómetro de 2019¹³⁰⁴ los datos respecto a la independencia percibida respecto a judicatura son los siguientes

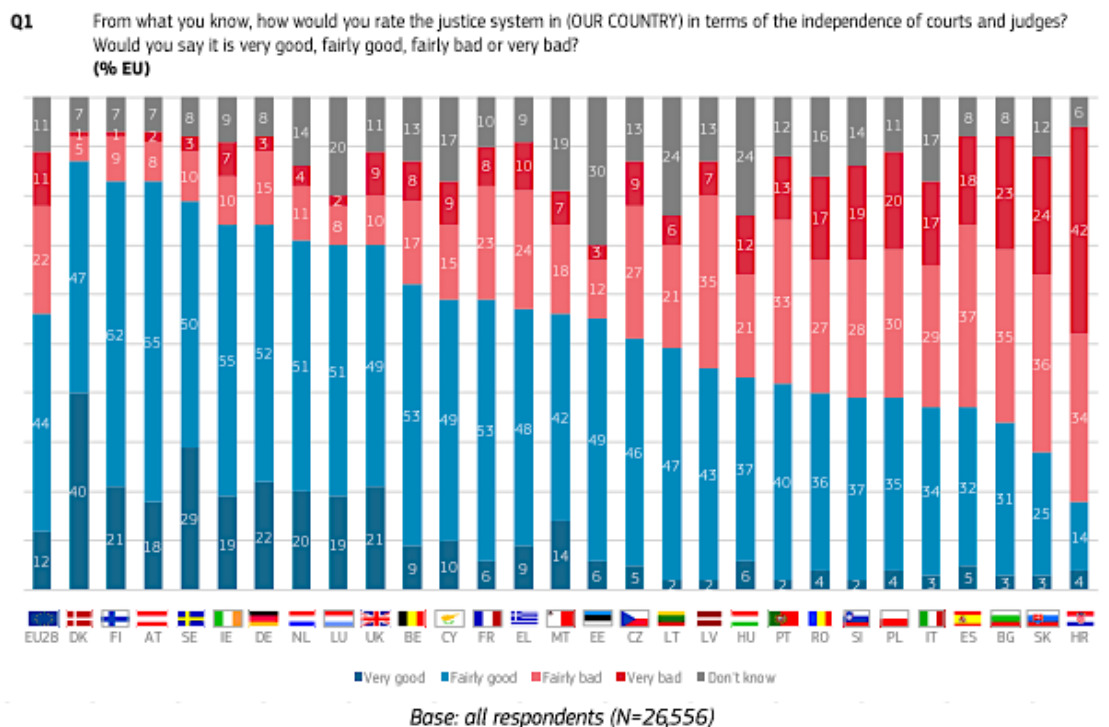


Figura n. 38. Percepción de independencia de la judicatura. Fuente: FRA

Arrojando el mayor % de respuestas en España la opción “fairly bad”.

¹³⁰⁴ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Opinion-y-quejas-sobre-el-funcionamiento-de-la-justicia/Opinion-de-los-profesionales-y-usuarios-de-la-Administracion-de-Justicia-Eurobarometro/> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019). Conviene recoger los códigos que utiliza la UE para cada Estado Miembro. Bélgica (BE), Bulgaria (BG), República Checa (CZ), Dinamarca (DK), Alemania (DE), Estonia (EE), Irlanda (IE), Grecia (EL), España (ES), Francia (F), Coracia (HR), Italia (IT), Chipre (CY), Letonia (LV), Lituania (LT), Luxemburgo (LU), Hungría (HU), Malta (MT), Países Bajos (NL), Austria (AT), Polonia (PL), Portugal (PT), Rumanía (RO), Eslovenia (SI), Eslovaquia (SK), Finlandia (FI), Suecia (SE) Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (UK). Información accesible en <https://publications.europa.eu/code/es/es-370100.htm> (último acceso: 19 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Los datos que arroja Eurostat también pueden ser recogidos señalando a Dinamarca como el Estado en el que más se percibe el sistema judicial como independiente, seguido de Austria, Finlandia, Suecia, Alemania, Irlanda Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido, Bélgica, Francia, Chipre y Grecia. Y por debajo de la media europea, Malta, Estonia, República Checa, Lituania, Letonia, Hungría Portugal, Rumanía, Polonia, Eslovenia, España, Italia, Bulgaria, Eslovaquia, Croacia¹³⁰⁵.

Interesa contrastar esta percepción de la independencia de la justicia por parte de la ciudadanía con las razones aducidas. Podemos atender al gráfico que muestra la Comisión Europea en “*Perceived independence of courts and judges among the general public*”¹³⁰⁶. De entre las principales razones para valorar esta percepción de la independencia de la Justicia, “*The status and position of judges do not sufficiently guarantee their Independence; Interference or pressure from economic or other specific interests; Interference or pressure from government and politicians*”

En concreto en el siguiente gráfico que muestra la Comisión Europea se pueden apreciar la incidencia de cada una de estas tres consideraciones en cada Estado Miembro:

3.3. Independence 3.3.1. Perceived judicial independence

Figure 56 shows the main reasons given by respondents for the perceived lack of independence of courts and judges. Respondents among the general public, who rated the independence of the justice system as being ‘fairly bad’ or ‘very bad’, could choose between three reasons to explain their rating. The Member States are listed in the same order as in Figure 55.

Figure 56

Main reasons among the general public for the perceived lack of independence (share of all respondents — higher value means more influence)

The status and position of judges do not sufficiently guarantee their independence Interference or pressure from economic or other specific interests Interference or pressure from government and politicians

Source: Eurobarometer (27)

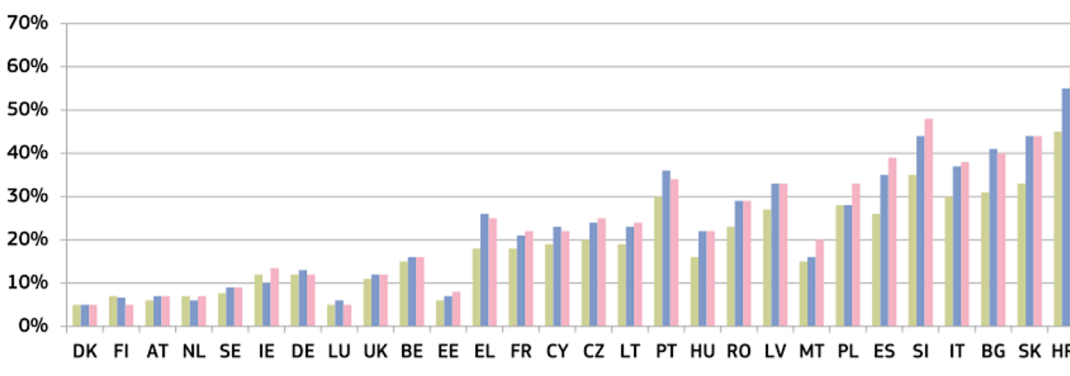


Figura n.39. Razones para la percepción de la falta de independencia. Fuente: Comisión Europea, Informe “*The 2018 EU Justice scoreboard*”, 2018, p. 42.

¹³⁰⁵ EUROSTAT, *Perceived independence of the justice system*, 2019, accesible en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_16_40/default/bar?lang=en (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁰⁶ Comisión Europea en “*Perceived independence of courts and judges among the general public*”, p.41 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

A contrastar con la “*Judges’ perception of judicial independence in 2017*”:

3.3. Independence 3.3.1. Perceived judicial independence

Figure 60

Judges’ perception of judicial independence in 2017 (perception — higher value means better perception)

Source: European Network of Councils for the Judiciary⁽¹³⁰⁷⁾

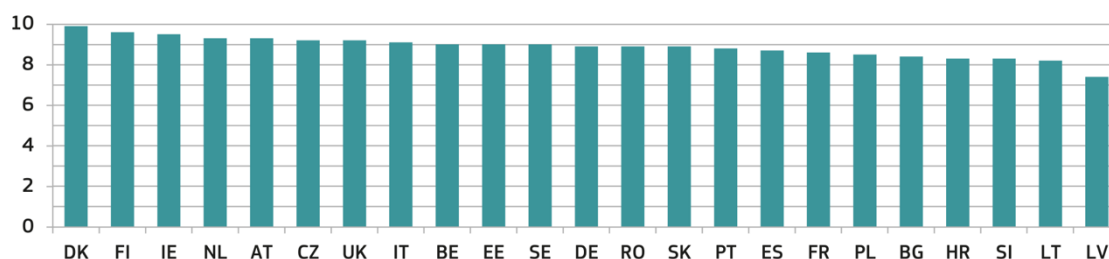


Figura n.40. Percepción de la judicatura de la independencia judicial. Fuente: Comisión Europea, Informe “*The 2018 EU Justice scoreboard*”, 2018, p.44.

Muestra la falta de correspondencia entre los resultados según los EEMM con la anterior gráfica. La percepción de la ciudadanía respecto de la independencia de la Justicia es muy baja en Croacia, Eslovaquia, Bulgaria e Italia. Mientras que la percepción de la judicatura respecto a la independencia arroja sus datos menos elevados en Letonia, Lituania, Eslovenia y Croacia.

En el caso español, ya no solo la percepción sino la corroboración de la necesidad de mejorar la independencia judicial es señalada por el Consejo de Europa en el Informe del Grupo de Estados contra la Corrupción “GRECO” titulado “*Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*” y centrado en España. En su recomendación número 32, el GRECO señala “*GRECO regrets that the important work carried out by the Subcommittee of Justice in the Congress concerning the issue of the composition of the CGPJ had failed in Parliament, in particular, the need to remove the selection of the judicial shift from politicians. GRECO considers that this has been a missed opportunity to remedy what has proven to become, in citizens’ eyes, the Achilles’ heel of the Spanish judiciary: its alleged politicization*”.¹³⁰⁷ Una constatación de cómo esta vinculación entre el poder legislativo/político y el poder judicial constituye la principal quiebra en la confianza en la independencia en la Justicia desde la percepción de la ciudadanía.

Con todos estos datos, podemos preguntarnos ¿influye esta percepción de la independencia de la Justicia en la presentación de denuncias? ¿y en la participación de las víctimas presuntas en el proceso penal? Son preguntas difíciles de responder puesto estamos este tipo de investigaciones empíricas sobre este tema son recientes y no son muy numerosas.

¹³⁰⁷ Grupo de Estados contra la Corrupción “GRECO”, *Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors*, 2019, p. 6, accesible en <https://rm.Consejo de Europa.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of-168098c67d> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Hemos de añadir a esta reflexión, el análisis de este derecho apuntando que unas de las exigencias desde el Consejo General de la Abogacía Española es el establecimiento del carácter preceptivo del asesoramiento jurídico a las presuntas víctimas antes de la interposición de la denuncia. De esta forma, apelan a la inclusión de este derecho en el artículo 6 de la LEVD¹³⁰⁸.

Terminamos apuntando la situación de mayor vulnerabilidad de las víctimas que no cuentan con una situación administrativa regularizada a la hora de presentar una denuncia. Así lo recoge el Parlamento Europeo en el Considerando letra P) de la Resolución sobre la implementación de la Directiva 2012/29 en el que expresamente indica “*Considerando que, incluso si en virtud del artículo 1 de la Directiva todas las víctimas de delitos tienen los mismos derechos sin discriminación, en la realidad, la mayoría de Estados miembros no han puesto en marcha políticas o procesos que garanticen que las víctimas indocumentadas puedan denunciar de forma segura casos de explotación laboral, violencia de género y otras formas de abuso sin el riesgo de ser objeto de sanciones migratorias;*”¹³⁰⁹. En necesario mencionar la medida establecida en el artículo 59bis de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹³¹⁰ en el caso de trata de seres humanos se concede un período de 90 días de “restablecimiento y reflexión”. Esta concesión supone la suspensión del expediente sancionador y, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución acordadas. ¿Para qué se le concede a la presunta víctima de trata este período? Para que “*decida si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y en el procedimiento penal*” (artículo 59bis apartado 2). Hay una matización en el apartado 4 de este artículo y es la referida a la exención de responsabilidad administrativa y la facilitación del retorno a su país o la autorización de residencia y trabajo si la víctima coopera o atendiendo a su situación personal. Esta excepcionalidad solo se regula en el caso de trata de personas, pero no para el resto de delitos contra las mujeres siguiendo la clasificación del Convenio de Estambul. Lo que sin duda

2.4 Derecho a recibir información sobre su causa

Este derecho se encuentra regulado en el artículo 6 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 7 LEVD.

Este artículo, junto con el Considerando 26, pretende ofrecer un tratamiento respetuoso a las víctimas permitiéndoles tomar decisiones informadas.

¹³⁰⁸ Vid. Consejo General de la Abogacía Española, *La preceptiva asistencia letrada a la víctima de violencia de género antes de interponer la denuncia*, 6 de febrero de 2019, accesible en https://www.abogacia.es/2019/02/06/la-preceptiva-asistencia-letrada-a-la-victima-de-violencia-de-genero-antes-de-interponer-la-denuncia/#_edn3 (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁰⁹ Accesible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0229_ES.html (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³¹⁰ BOE de 12 de enero de 2000, n.10, pp. 1139-1150, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Uno de los aspectos a analizar son los riesgos que genera el derecho a decidir no ser informada de la causa en casos de violencia contra las mujeres.

El Considerando 27 es señalado por el EIGE como una debilidad al no señalar la vía de comunicación de acuerdo con las características de las víctimas. Así se evitaría la Amenaza que representa que en la transposición los Estados Miembros no atiendan a consideraciones como vivir o haber vivido en un entorno rural, mujeres con discapacidad o mujeres de edad avanzada y la brecha digital evitando en estos casos comunicarse a través de medios tecnológicos o informáticos como webs o correo electrónico. Otra Debilidad según el EIGE es la falta de fijación de que la persona de contacto sea siempre la misma. Lo que supone una amenaza en el caso de que una interpretación literal lleve a las víctimas a tener que comunicarse con diferentes personas cada vez que entable contacto.

La estipulación de otorgar a la víctima los motivos de la no prosecución o resumen de los motivos es señalada por el EIGE como una Fortaleza al limitar la posibilidad de distintas interpretaciones al ser implementada en cada ordenamiento jurídico.

Una de las críticas desde una perspectiva de género de este artículo viene generada por el apartado 6 con respecto al 5 por la Debilidad que genera el hecho de que reciban la información referida de tanta significancia para la protección de la víctima solo si lo solicitan y solo en el caso de que exista peligro o riesgo daño concreto para las víctimas y no haya posibilidad de causar un daño en el infractor.

Asimismo, no se menciona entre las decisiones que serán notificadas la de modificaciones de medidas de protección.

El EIGE relaciona este artículo con el artículo 56 del Convenio de Estambul el cual considera más correcto al establecer la notificación en todo caso cuando tanto la víctima como su familia pueda estar en peligro si el condenado huye o puesto en libertad. A pesar de que este artículo remite a la legislación de cada Estado y esto siempre es visto como una Amenaza.

En la transposición española se incluyó una específica salvedad a la necesidad de solicitud por parte de la víctima en cuanto a ser informadas en casos de violencia de género de forma automática de las resoluciones que acuerden la prisión o puesta en libertad del infractor, así como la fuga, y las resoluciones que acuerden la adopción de medidas cautelares personales o que modifiquen las previas acordadas (artículo 7.3 LEVD). No obstante, se exceptúa de esta notificación automática en el caso de que *“manifieste su deseo de no recibir dichas notificaciones”* (artículo 7.3 *in fine* LEVD).

Respecto a la situación de desconocimiento en la que se coloca la propia víctima en caso de que manifieste expresa o tácitamente que no quiere estar informada, la

situación puede conllevar una falta de protección de la víctima en caso de quebrantamiento de medidas cautelares, o incluso pensemos en caso de fuga de prisión (como se recoge en el Considerando 32). Hay quien puede sostener que la respetabilidad del deseo de la víctima de estar o no estar informada de las eventualidades procesales se asienta en la necesidad de evitar victimizaciones posteriores como consecuencia tanto del proceso penal como de la propia conducta del victimario. Sin embargo, situarte en una posición deliberada de desconocimiento puede satisfacer una necesidad personal emocional de ruptura de la relación directa o indirecta con quien causa la violación del derecho de la víctima, pero a su vez, genera una situación fáctica de imposibilitar que la víctima adopte las medidas necesarias para proteger su persona, sus bienes o persona/s y bienes de sus familiares u otras personas que pueden estar en riesgo. Por lo que, entendemos que hay determinadas resoluciones que han de ser notificadas a la víctima aun cuando ésta no manifieste de forma expresa su deseo de ser informada como el quebrantamiento de medidas cautelares relacionadas con su seguridad (u otras personas relacionadas con ella susceptibles de sufrir violencia *per relationem*) o las resoluciones que informen a la víctima sobre la concesión de beneficios penitenciarios¹³¹¹ o fuga del victimario suprimiendo de la última parte del artículo 7.3 *in fine* a la que hemos aludido.

En este momento podemos preguntarnos ¿qué ocurre si la víctima no es correctamente informada?

2.5 Derecho a traducción e interpretación

Derecho reconocido en el artículo 7 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 9 LEVD.

Respecto a este derecho queremos hacer algunas observaciones.

En primer lugar, ni este artículo de la Directiva ni el artículo 56 del Convenio de Estambul precisan la formación que han de recibir los y las intérpretes. En un estudio llevado a acabo en la Universidad de Granada en 2017, la investigadora M^a CARMEN ACUYO VERDEJO pone de relieve la falta de formación en materia de violencia de género y doméstica del estudiantado del grado en traducción e interpretación de dicha Universidad¹³¹². Esta formación se torna de especial significancia en el caso del aproximadamente 30% de víctimas extranjeras que sufren violencia de género en España y respecto de las cuales en el 28% de los casos se adopta una orden de protección. En este momento, como señala la autora, donde los y las intérpretes y traductores/as juegan un papel esencial¹³¹³.

¹³¹¹ Conforme al artículo 202 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE de 15 de febrero de 1996, n.40, pp. 5380-5435, accesible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-3307> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019), 1. (...) se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. 2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

¹³¹² ACUYO VERDEJO, M^a Carmen, “La traducción en el ámbito de violencia doméstica y de género: necesidades de formación del estudiantado universitario”, en Juana María Gil Ruiz (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 303-324, esp. p. 324.

¹³¹³ *Ibidem*, esp. p. 304.

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

En segundo lugar, la disponibilidad de medios electrónicos en los juzgados (y dependencias policías) tienen (y podría tener) una gran incidencia en el ejercicio de este derecho dado que posibilitaría contactar con servicio de traducción sin necesidad de que existiera un desplazamiento. Es interesante atender a la disponibilidad de estos medios electrónicos. Atendiendo a la tabla que nos aporta la Comisión Europea¹³¹⁴

Figure 28

Availability of electronic means (*) (0 = available in 0 % of courts, 4 = available in 100 % of courts⁽⁷⁰⁾)

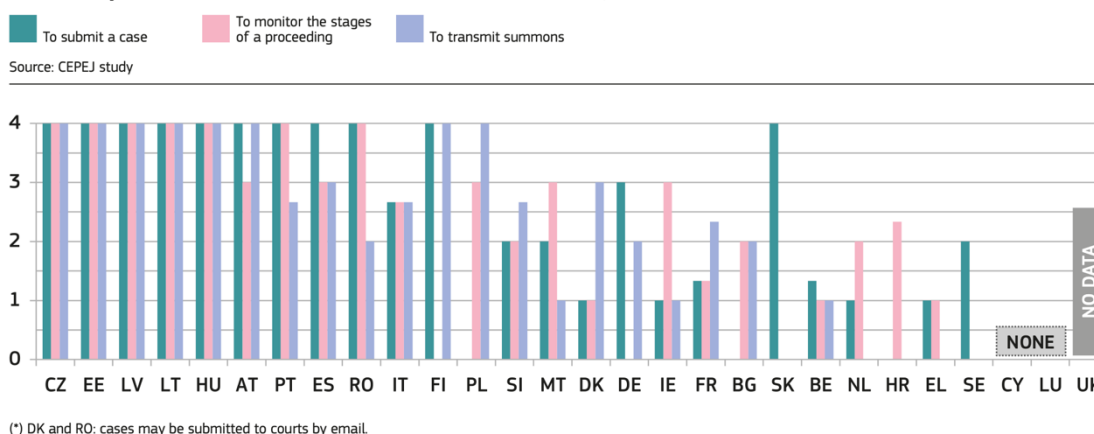


Figura n.41. Disponibilidad de medios electrónicos. Fuente: Comisión Europea

Podemos observar que la disponibilidad de medios electrónicos en España destaca sobre todo respecto a la posibilidad de presentar un caso y es mejorable respecto a monitorear las fases del proceso y transmitir una citación.

En tercer lugar, en el punto 18 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección¹³¹⁵, “*Lamenta que los servicios de traducción e interpretación hacia una lengua comprensible para la víctima no estén garantizados por los Estados miembros antes, durante y después de la emisión de una OEP; En su Punto 19 “Hace hincapié en que las víctimas deben tener siempre derecho a ser escuchadas durante los procedimientos relativos a una OEP; destaca que los servicios de traducción e interpretación deben estar disponibles durante todo el proceso de la OEP; destaca, por tanto, que todos los documentos pertinentes deben ser traducidos a una lengua que comprenda la víctima;”*

Como apuntamos respecto del derecho a ser entendida, una posible vulneración de los derechos procesales de las víctimas puede aparecer si la víctima es acompañada en las distintas fases procesales (e incluso, y con mayor injerencia, en la declaración en

¹³¹⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2018) 364 final, p.25, accesible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/justice_scoreboard_2018_en.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)), accesible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2018-0189&language=ES&ring=A8-2018-0065> (Último acceso: 13 de diciembre de 2018).

sede policial) por un familiar que esté siendo autor/a o participe en su victimización. Por ejemplo, en caso de matrimonio forzado habría que atender a los indicadores que proporcionan estudios como los del Proyecto Europeo “*EU FEM Roadmap forced/early marriage*” al que nos hemos referido con anterioridad. Entre las medidas que son recomendadas en este proyecto, una de ellas es referida a este punto. En concreto se recomienda que “*Si es necesaria una traducción, se debe designar a un intérprete que no provenga del entorno de la víctima.*”¹³¹⁶.

En último lugar hay que añadir que como consecuencia de la falta de cumplimiento o rechazo de la necesidad de precisar de traducción interpretación se reconoce a las víctimas la posibilidad de impugnar esta decisión o ausencia de reconocimiento podríamos incluir. De esta forma, de conformidad con el artículo 7.7 Directiva 2012/29 se establece el derecho de las víctimas a impugnar la decisión de no facilitar interpretación o traducción. Este derecho ha sido transpuesto a la legislación española por medio del artículo 9.4 y 5 LEVD, pudiendo la víctima recurrir la decisión ante el juez de instrucción en caso de que la denegación se produzca en sede policial, y/o presentar un recurso de apelación, en caso de que se trate de una decisión judicial. En este punto podemos preguntarnos ¿qué trascendencia procesal se ha de atribuir a estimación del recurso de apelación presentado por la víctima a la que se le ha denegado el servicio de traducción o interpretación gratuito?

Es significativa la interpretación del TJUE de la expresión “*documentos que resulten esenciales*” del artículo 3 de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales en el asunto C-278-16 entre Frank Sleutjes y Staatsanwaltschaft Aachen. El TJUE entiende que la finalidad del artículo 3 de dicha Directiva es la de permitir el ejercicio del derecho de defensa y salvaguardar la equidad del proceso (párrafo 32) y que ha de considerarse como “esencial” cualquier documentos o resolución que pueda implicar privación de libertad, escrito de acusación y sentencia.

2.6 Derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas y Apoyo prestado por servicios de apoyo a las víctimas

El derecho de acceso a los servicios de apoyo se encuentra reconocido en el artículo 8 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 10 LEVD. Por su parte, el apoyo de los servicios de apoyo a las víctimas se encuentra en el artículo 9 Directiva 2012/29/UE.

Siguiendo con las valoraciones del EIGE tanto el artículo 8 como el 9 de la Directiva 2012/29/UE merecen en general una valoración positiva si bien, algunas consideraciones pueden realizarse desde la perspectiva de género.

¹³¹⁶ Proyecto Europeo (JUST/2014/RDAP/AG/HARM/) “EU FEM Roadmap forced/early marriage”, op. cit., esp. p. 28.

En relación con el derecho de acceso a los servicios de apoyo, en su párrafo primero la dicción literal del artículo es muy positiva al no dejar marco de interpretación posible a los EEMM en la transposición: los servicios de apoyo han de ser gratuitos y confidenciales antes, durante y después del proceso penal. El reconocimiento de este derecho ha sido abordado de forma más amplia que en la Decisión Marco 2001/220/JHA pues solo se trataba en un único artículo 13 y limitando su contenido de *soft law* (“*Los Estados miembros fomentarán...*”) a los servicios de apoyo y las organizaciones de apoyo a las víctimas. Mientas que en la Directiva 2012/29 se consagra un auténtico derecho de las víctimas (directas e indirectas) de acceso a los servicios de apoyo. Sin embargo, el EIGE señala la ausencia de dos importantes consideraciones: la distribución geográfica adecuada de los servicios de apoyo (a pesar de que sí se hace referencia en el Considerando 37) y su adaptación a las víctimas con discapacidad intelectual o diversidad funcional¹³¹⁷. Estas dos precisiones nos llevan a mencionar la mayor incidencia de la violencia contra las mujeres en las zonas rurales¹³¹⁸ y en las mujeres con discapacidad¹³¹⁹. Cuestiones que también ponían de relieve el Parlamento Europeo en su análisis de la aplicación de la Directiva 2012/29 junto con la falta de apoyo financiero y la falta de coordinación entre servicios de apoyo, policía, fiscalía, etc.¹³²⁰.

Otra de las cuestiones positivas que pueden ser destacadas es la referencia a la derivación no solo por las autoridades que reciben la denuncia sino “*por otras entidades*”. Un aspecto muy relevante dado que los canales de derivación a los servicios

¹³¹⁷ Es criticable la ausencia de definición de “discapacidad” de la Directiva. GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, op. cit., esp. p. 311.

¹³¹⁸ A las mujeres que viven en zonas rurales se refiere en concreto el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en su artículo 14. La mayor exposición de las mujeres rurales a delitos de violencia contra las mujeres es subrayada por el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) en su Recomendación general n.34 (2016) sobre los derechos de las mujeres rurales, accesible en

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10709.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10709> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019). Así, por ejemplo, podemos mencionar el estudio de SANZ-BARBEROA, Belén, HERAS-MOSTERIO, Julio, OTERO-GARCÍA, Laura y VIVES-CASE, Carmen, “Perfil sociodemográfico del feminicidio en España y su relación con las denuncias por violencia de pareja”, *Gaceta Sanitaria* 2016, Vol.30(4), pp.272-278, esp. p. 277, concluyen que las mujeres que sufren violencia de género y viven en zonas rurales (o que son inmigrantes) tienen mayor probabilidad de ser asesinadas por sus maridos/novios que las mujeres que sufren violencia de género y viven en municipios de más de 10.000 habitantes. Un problema que se agudiza por la imposibilidad en algunas ocasiones de que las Oficinas de Atención a las víctimas accedan al Sistema de Gestión Procesal MINERVA sobre todo en los partidos judiciales con localidades de menor población o zonas rurales, como pone de manifiesto el Ministerio de Justicia en su I Informe sobre las Oficinas de Atención a las víctimas al que nos referiremos con posterioridad. Esta imposibilidad genera que las Oficinas desconozcan si se ha cometido un delito y si existe “*una potencial víctima a que poder ofrecer el servicio de apoyo*” (esp. p. 9).

¹³¹⁹ En el Informe de la Plataforma Estambul Sombra se indica que en España existen 3,85 millones de personas con diversidad funcional, de las cuales el 60% son mujeres. En el Informe “Violencia contra Mujeres con discapacidad”, de la Red Internacional de Mujeres con Discapacidad (INWWD), 2010, esp. p.7, señalando que las mujeres con discapacidad experimentan otras formas de violencia como la cometida por los asistentes personales y por los proveedores de cuidado. Lo que les lleva a afirmar que “*las mujeres con discapacidad experimentan formas de abuso que las mujeres sin ella no*”.

¹³²⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0229_ES.html (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

de apoyo no pueden limitarse a la presentación de la denuncia como así se prescribe en el artículo 18.4 del Convenio de Estambul.

Este aspecto entronca con el relativo a la posibilidad de que las víctimas sean derivadas de servicio en servicio, en una suerte de peregrinaje asistencia. Situación que en el Considerando 40 se señala como a evitar pero que no queda reflejada en el articulado de la Directiva. El EIGE pone de relieve cómo el Convenio de Estambul se refiere en varias ocasiones a la necesidad de la coordinación, y en concreto en su artículo 7.2 y 3.

Por su parte, el párrafo 4 es señalado como una Fortaleza al reconocer la importancia de las ONGs en el apoyo y asistencia a las víctimas posibilitando su actividad y actuación por propia iniciativa. En la legislación española, además, se privilegia su personación como acusación popular eximiendo del deber de prestar fianza a las asociaciones de víctimas y personas jurídicas con reconocimiento legal para defender los derechos de las víctimas siempre que expresamente las víctimas les hubieran autorizado a ejercer la acción penal (artículo 281 LECrim). A este respecto es interesante dejar apuntado que la Plataforma Estambul Sombra está integrada por 252 organizaciones (asociaciones, colectivos, plataformas regionales, etc.). Una sinergia de experiencias, conocimientos y diferentes formaciones que ha de ser potenciada.

En la actualidad existen 26 Oficinas de Atención a las Víctimas dependientes del Ministerio de Justicia (equipos de trabajo adscritos al Servicio común general de la Oficina Judicial) así como la Oficina de Información y Asistencia a las víctimas de Terrorismo de la AN. Las Oficinas de Atención a las Víctimas están integradas por funcionariado del cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa.

En el I Informe sobre la evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito¹³²¹ elaborado por el Ministerio de Justicia con el asesoramiento del Consejo Asesor de Asistencia a las víctimas¹³²², se ponen de relieve los siguientes resultados:

- Falta de conocimiento del Estatuto de la víctima del delito.
- Falta de colaboración de otros organismos.
- Crítica por parte de la judicatura de intrusismo profesional al entender una posible colisión con el papel de la abogacía.
- Falta de difusión del servicio ofrecido por las Oficinas de Atención a las Víctimas.
- Sobrecarga de labores administrativas.

¹³²¹ Ministerio de Justicia, *I Informe sobre la evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito*, 2017 Accesible en
<https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429167211?blobheader=application%2Fpdf&blobheadname1=Content->

Disposition&blobheadname2=Grupo&blobheadvalue1=attachment%3B+filename%3DI_Informe_Sistema_atencion_victimas_del_delito_2017.PDF&blobheadvalue2=Victimas (Último acceso: 13 diciembre de 2019).

¹³²² En base al artículo 10 del Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

- Carencia de recursos informáticos (falta de herramientas informáticas para la recogida de datos estadísticos), físicos (instalaciones inadecuadas, separadas e insonorizadas), recursos técnicos (como fotocopiadoras).
- Falta de previsión de la sustitución de la gestora/gestor procesal en caso de permisos.
- Situación laboral precaria de psicólogas/os que trabajan en las Oficinas.
- Falta de similitud en el horario de atención de las Oficinas y de los Juzgados.

Respecto a las víctimas de violencia de género, una de las recomendaciones es permitir el acceso de las Oficinas de Atención a las Víctimas a VIOGEN dado que se facilitaría el seguimiento de los casos de violencia de género¹³²³. Asimismo, se recomienda el “*establecimiento de unos criterios comunes orientativos para la acreditación de víctimas de violencia de género a nivel general*”, considerándose incluida dentro de los servicios especializados habilitados para acreditar situaciones de violencia de género a las Oficinas de Atención a las Víctimas dependientes del Ministerio de Justicia (es decir, todas menos las de País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, La Rioja, Comunidad Valenciana, Aragón, Navarra y Comunidad de Madrid¹³²⁴).

En la Nota sobre la estadística de recursos autonómicos en materia de violencia de género referida a las Oficinas de Asistencia a las Víctimas de delitos, se muestran los datos de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia¹³²⁵. Los datos son muy interesantes porque resaltan la falta de recursos humanos (por ejemplo, en la Comunidad Valenciana se recoge la existencia del mayor número de Oficinas (17) y ningún/a psicóloga/o o trabajador/a social. Cataluña es la Comunidad Autónoma que cuenta con mayor número de trabajadores/as sociales (16) pero tan solo dispone de 5 Oficinas).

3. Participación en el proceso penal

3.1 Derecho a ser oído

Derecho reconocido en el artículo 10 Directiva 2012/29/UE y en los artículos 11 y 13 LEVD.

Señala el EIGE como uno de los principales riesgos de este artículo 10 de la Directiva los términos generales en que está descrito, así como la amplia

¹³²³ Ministerio de Justicia, I Informe sobre la evaluación periódica del sistema de atención a las víctimas del delito, op. cit. esp. p. 20.

¹³²⁴ *Ibidem*, esp. p. 18 y 19.

¹³²⁵ Delegación del Gobierno para la Violencia de género, 2018, accesible en <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429167471?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content->

Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DEstadistica_recursos_autonomicos_vdg_2017_-_OAVD.PDF&blobheadervalue2=Victimas (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

discrecionalidad que se confiere a los EEMM en la implementación de este derecho. De hecho, esta disparidad en la regulación de la participación de la víctima en el proceso penal determina que este derecho sea reconocido en todos los EEMM ni en toda su extensión. Una situación que tampoco mejora el Convenio de Estambul dado que también remite a las legislaciones nacionales en cuanto a la implementación del derecho del artículo 56.1.d como pone de relieve el EIGE. Situación que provoca que incluso en aquellos EEMM donde se reconozca el derecho a la participación activa de la víctima en el proceso penal, la continua exigencia que la Directiva impone respecto a las garantías procesales de las personas sospechosas o acusadas genera un ejercicio siquiera aún más limitado de este derecho.

Asimismo, dada la falta de precisión en cuanto al modo, el tiempo, la forma de preguntar y la cualificación de quien conduzca el interrogatorio puede generar victimización secundaria siguiendo el análisis del EIGE¹³²⁶. Una de las particularidades que no es mencionada en este artículo y sí era expresamente recogida en la Decisión Marco de 2001 es la prescripción de que *“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.”* en su artículo 3. Además, señala el EIGE que los términos generales y aparentemente neutrales en que está redactado el artículo unida a la disparidad en la regulación de los delitos de violencia contra las mujeres que hemos expuesto en el Capítulo Quinto de esta memoria de tesis, conlleva que en aquellos EEMM en cuyas legislaciones los delitos que afectan a las mujeres por razón de su género o de forma desproporcionada sean tipificados como delitos leves o menos graves y la gravedad del delito sea elemento que determine la participación de las víctimas en el proceso penal conlleva que la situación procesal de las víctimas de violencia contra las mujeres sea aun más precaria.

Este derecho a ser oído/a tiene repercusión tanto en las distintas fases del proceso penal desde la fase de instrucción hasta la fase de ejecución en la que la legislación española confiere determinadas facultades a las víctimas (artículo 13 LEVD). Asimismo, la importancia de este derecho es trascendental cuando la principal o única prueba de cargo es la declaración de la víctima. En el relato de “hechos probados” que se detalla en una sentencia, siguiendo el esquema procesal penal español, el relato de la víctima sujeto a los principios del proceso penal como el de contradicción e inmediación son declarados “probados” y sometidos a la interpretación judicial, siempre que, además, se cumplan los tres criterios o parámetros para medir la “credibilidad” de la declaración de la víctima. A saber, *“ausencia de móviles espurios, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación”*.

En este punto, conviene profundizar sobre esta interpretación judicial de los hechos probados y la perspectiva de género de este proceso racional de valoración de la

¹³²⁶ Informe por European Institute for Gender Equality (EIGE), op. cit., esp. pp. 33-34, accesible en <https://eige.europa.eu/rdc/eige-publications/analysis-victims-rights-directive-gender-perspective> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

prueba. Y para ello nos vamos a centrar en dos sentencias de dos Audiencias Provinciales cercanas en el tiempo. Nos estamos refiriendo a la SAP de Navarra 38/2018, 20 de marzo, en el asunto conocido como “caso de la manada”¹³²⁷ y la Sentencia 2/2019, de 1 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29) en el asunto denominado “la manada de Villalba”¹³²⁸.

En ambos casos se acusaba a los acusados de delitos de agresiones sexuales. En el de la SAP P 38/2018 además se acusaba a uno de ellos de un delito de robo con intimididad y un delito contra la intimididad.

Habrían de ser expuestas las similitudes fácticas de ambos casos aun cuando en el caso de la manada de Villalba en un primer momento la víctima manifestó de forma verbal y expresa su negativa a mantener relaciones sexuales y posteriormente dejó de mantener esta actitud verbal expresa. La imposibilidad por cuestiones de espacio nos lleva a tener que remitir a los hechos declarados probados en ambas sentencias.

Para nuestro objeto de estudio resulta de interés la interpretación de la intimidación en el caso de la SAP M 2/2019. En concreto se declaraba que *“La sola presencia de tres hombres de mayor edad y corpulencia basta para infundir temor e intimidar a la víctima. El propio TS desde hace tiempo, como por ejemplo en STS 658/1999, de 3 de mayo, aprecia actuación dolosa de quien es consciente del contexto intimidante en que se halla la víctima pues la realización del tipo se puede dar también " cuando la situación de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo le permite razonablemente suponer que su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas" Es lo que se ha venido a denominar jurisprudencialmente "intimidación ambiental" que colma las exigencias del tipo objetivo del injusto del delito de agresión sexual. La jurisprudencia admite que el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la agresión sexual, ya que la presencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental a la vez que provocar un efecto de reforzamiento psicológico de quien se ve rodeado de otras personas que lo animan (STS 1142/2009, de 24 de noviembre).”*

¹³²⁷ SAP de Navarra (Sección Segunda) de 38/2018, de 20 de marzo, ECLI: ES:APNA:2018:86, accesible <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8363601&links=Agresion%20sexual&optimize=20180427&publicinterface=true> (Último acceso: en Ponente: José Francisco Cobo Sáenz (Composición del Tribunal: José Francisco Cobo Sáenz (Ponente), Ricardo Javier González- González (Presidente), Raquel Fernandino Nosti. La acusación particular fue sostenida por dos abogados. La acusación popular fue ejercida por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, asistida por el asesor Jurídico-Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, y por el Ayuntamiento de Pamplona, asistida por un abogado. Intervino como actor civil el Servicio Navarro de Salud- Osasunbidea asistido por un abogado. Tres de los condenados estuvieron asistidos por el mismo abogado, los otros dos por dos abogados distintos. (En total, entre miembros de la judicatura, fiscalía, abogacía, acusación y víctima, en este juicio tomaron parte 13 hombres 2 mujeres –la víctima y una magistrada-).

¹³²⁸ SAP de Madrid (Sección 29) 2/2019, de 1 de febrero, ECLI: ES:APM:2019:2, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8665484&links=Agresion%20sexual&optimize=20190221&publicinterface=true> (Último acceso: 22 de febrero de 2019). Ponente: Lourdes Casado López (Composición del Tribunal: Pilar Rasillo López, -Presidenta-, Lourdes Casado López (Ponente) y María Luz García Monteys). El Ministerio Fiscal estuvo representado por una fiscal y la acusación particular estuvo asistida por una abogada. Dos de los acusados estuvieron defendidos por dos abogadas y uno de ellos por un abogado. (En total, entre miembros de la judicatura, fiscalía, abogacía, acusación y víctima, en este juicio tomaron parte 4 hombres y 7 mujeres).

Por su parte, respecto a la valoración de los Hechos Probados en la SAP P 38/2018, se interpretaba que *“Es inocultable que la denunciante, se encontró repentinamente en el lugar recóndito y angosto descrito, con una sola salida, rodeada por cinco varones, de edades muy superiores y fuerte complexión; al percibir esta atmósfera se sintió impresionada y sin capacidad de reacción. En este momento notó como le desabrochaban la riñonera que la llevaba cruzada, como le quitaban el sujetador sin tirantes abriendo un clip y le desabrochaban el jersey que tenía atado a la cintura; desde lo que experimentó la sensación de angustia, incrementada cuando uno de los procesados acercó la mandíbula de la denunciante para que le hiciera una felación y en esa situación, notó como otro de los procesados le cogía de la cadera y le bajaba los leggins y el tanga. Sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados. (...)”*.

En cuanto a la valoración judicial de uno de los vídeos que uno de los acusados grabó, en esta misma sentencia el tribunal razona que *“La denunciante durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados ; apreciamos que los soporta en un estado que nos sugiere , ausencia y embotamiento de sus facultades superiores” (...)*”Este video ilustra en nuestra consideración bien a las claras la realidad de la situación, muestra de modo palmario que la denunciante está sometida a la voluntad de los procesados, quienes la utilizan como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales.”

Y más específicamente en cuanto al concepto de “intimidación”, en su F.J.4, declara *“En las concretas circunstancias del caso, no apreciamos que exista intimidación a los efectos de integrar el tipo de agresión sexual, como medio comisivo, que según se delimita en la constante doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, requiere que sea previa, inmediata grave y determinante del consentimiento forzado. (...) los hechos que declaramos probados, configuran una situación en la que los procesados conformaron de modo voluntario una situación de preeminencia sobre la denunciante, objetivamente apreciable, que les generó una posición privilegiada sobre ella, abusando de la superioridad así constituida, para presionarle, e impedir que tomara una decisión libre en materia sexual. Las prácticas sexuales a las que se vio sometida la denunciante, son consecuencia y están vinculadas en relación causal con dicha situación de preeminencia conformada por los procesados, quienes abusaron de su superioridad así generada; actuación que se encuadra en el ámbito típico del abuso sexual de prevalimiento ex Art. 181.3 del Código Penal, siendo de apreciar el subtipo agravado del número 4. (...)*

Los requisitos legales que el texto establece son los siguientes:

1º) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta.

2º) *que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y*

3º) *que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual (STS 1518/2001, de 14 de septiembre). (...)."*

En la SAP de Navarra 38/2018 se condenó a los cinco acusados a 9 años de prisión, prohibición de acercamiento a la víctima, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, durante 15 años, y la medida de 5 años de libertad vigilada, que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad

En la SAP de Madrid 2/2019 se agrava la pena de dos de los condenados al haber abusado de su confianza (uno de ellos) y mostrar “tremendo” menosprecio a la víctima (ambos) condenándolos a ambos a 15 años de prisión. Al tercer acusado se le condenó a 14 años de prisión. Así se les impuso a los tres la prohibición de aproximarse a víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o lugares que frecuente a menos de 500 metros, así como comunicar con la misma a través de cualquier medio por un periodo de 25 años. Y la medida de libertad vigilada durante un plazo de 7 años a cumplir tras la pena privativa de libertad.

Al respecto del caso de “la manada de Pamplona”, interesa traer a colación la definición jurisprudencial de prevalimiento como superioridad moral, y siguiendo la STS 188/2019, de 9 de abril, *“Prevalerse es tanto como valerse o servirse de algo que supone un privilegio o una ventaja, en clave penal partiendo de su naturaleza subjetiva --sobresubjetiva la califica la STS de 2 de marzo de 1990 -- tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con la finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima”*.

“En relación a los delitos contra la libertad sexual, que constituyen un específico ámbito de actuación del prevalimiento, esta Sala ha descrito el prevalimiento como el modus operandi a través del cual el agente obtiene el consentimiento viciado de la víctima en base a la concurrencia de tres elementos: a) Situación manifiesta de superioridad del agente. b) Que dicha situación influya de forma relevante coartando la capacidad de decidir de la víctima y c) Que el agente, consciente de esa situación de superioridad y de los efectos inhibidores que en la libertad de decidir de la víctima produce, se prevalga, la ponga a su servicio y así obtener el consentimiento viciado de la víctima.(...). Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada. En el caso de intimidación no existe consentimiento de la

víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.”

“En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada”. (F.J.2º)¹³²⁹.

La SAP de Navarra 38/2018 fue casada por el TS en su STS 344/2019, de 4 de julio¹³³⁰, en virtud de la facultad del artículo 849.1 LECrim habilitando al TS para que analice si el tribunal de instancia a la luz de los hechos declarados probados ha aplicado la norma penal de carácter sustantivo de forma correcta. El TS subrayaba la fina línea que distingue *“entre la intimidación a la que se refiere el art. 178 del CP, y la ausencia de consentimiento -que lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste inválido o inexistente-, que constituye la figura penal prevista en el art. 181 del CP”* (p.24). Una vez explicitada la jurisprudencia en cuanto qué se considera intimidación (incluida la intimidación ambiental) y qué significa prevalimiento, señalaba que *“De los anteriores hechos probados se desprende con claridad que existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia tal y como mantienen las acusaciones. En este caso, no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual. (F.J.8 punto 7, p.29).* Una consideración que se circunscribía a que la sentencia de instancia contenía *“una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo, tales como la edad de la víctima y de los agresores, y las circunstancias de lugar y tiempo y ambiente en que se produce el ataque a la libertad sexual”*. El TS rectificaba de esta forma la aplicación del derecho material puesto que la declaración de la víctima fue valorada como prueba de cargo suficiente en la sentencia de instancia. Lo que pone sobre la mesa otra dificultad que se encuentra a la hora de interpretar con perspectiva de género la aplicación de la justicia en casos de violencia contra las mujeres por razón de su género: el doble filtro que se exige en primer lugar, el triple filtro de la declaración de la víctima, en segundo lugar, que, incluso siendo valorada como prueba de cargo suficiente, se aplique el precepto legal adecuado en atención a la interpretación de los elementos que constituyen cada tipo.

Podemos ahora detenernos a valorar si el derecho a ser oída incluye el derecho a no ser oída por medio tanto la facultad de no denunciar al cónyuge (artículos 103 y 261 LECrim) como del ejercicio del derecho a acogerse a la dispensa del deber de declarar

¹³²⁹ STS 188/2019, de 9 de abril, Ponente: Julian Sanchez Melgar, ECLI: ES:TS:2019:1236, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8739091&statsQueryId=112417491&calledfrom=searchresults&links=%22188%2F2019%22&optimize=20190424&publicinterface=true> (Último acceso: 28 de octubre de 2019)

¹³³⁰ STS 344/2019, de 4 de julio, ponente: Susana Polo García, ECLI: ES:TS:2019:2200, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/83c2e5fb97cf31a/20190708> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

del artículo 416 LECrim en el caso del Derecho Procesal penal español¹³³¹. Ello no obstante, nos remitidos a lo analizado en el Capítulo Sexto de esta memoria de tesis respecto a este derecho a no declarar y su incidencia en casos de violencia contra las mujeres basado en el género. A este respecto, lo que el artículo 103 LECrim reconoce como una excepción a la prohibición de ejercitar acciones entre sí en caso de que el delito sea cometido contra la persona del cónyuge, sus hijos o en casos de delito de bigamia, y por tanto la legislación “mira” a la víctima como parte activa acusadora que sí podrá ejercer la acción penal contra su cónyuge, en el caso del artículo 416 LECrim la legislación procesal penal “mira” a la víctima como testigo. Una clara diferencia en el tratamiento de la víctima, o como parte (facultad para ejercitar la acción penal vía artículo 103 LECrim) o como testigo (dispensa del deber de declarar vía artículo 416 LECrim) que remarca la falta de regulación del ejercicio del derecho a ser oído/a de la víctima como víctima (sin ser parte y siendo teniendo otro estatuto diferente al del testigo) que el estatuto de la víctima no regula. Y que a la luz de las razones expuesta en el Capítulo Sexto deberíamos valorar la propuesta de *lege ferenda* de eximir del deber de jurar o prometer decir *todo lo que supieren siendo veraces* (artículo 433 LECrim) sino sujetando su declaración a la valoración judicial a la luz de los criterios establecidos por el TS para valorar la credibilidad de su declaración. Pues en caso contrario se produciría la paradoja de que la víctima que declara contra el acusado (ex)cónyuge o (ex)novio, presente o pasado, jure o prometa decir lo que supiere respecto de que lo que se le pregunte bajo apercibimiento de incurrir en delito de falso testimonio (artículos 458 a 462 CP español) y tener que someter su declaración a los criterios para valorar la veracidad pase el primer filtro (jurar o prometer decir la verdad) pero no el segundo (no ser considerada su declaración como verosímil, interpretarse que tiene móviles espurios y no ser persistente en su declaración). La débil frontera que le sitúa entre el delito de falso testimonio y la falta de entidad como prueba de cargo de su declaración sin que sea considerada como delito de falso testimonio.

Ahora bien, eliminando el deber de jurar o prometer ser veraz en su declaración pero exigiendo los criterios para valorar la credibilidad de la víctima eliminaríamos la situación de que la víctima que jura o promete ser veraz en su declaración vea que la valoración judicial de la prueba de su declaración no la considera creíble, es por ello por lo que proponemos que o bien se exija el deber de jurar o prometer ser veraz pero los criterios jurisprudenciales no analicen su “credibilidad” sino la “entidad criminal de lo declarado”, dado que si se sigue manteniendo la palabra “credibilidad” se traslada un mensaje a la persona que ha sufrido un daño (victimización como hecho fáctico) de que no es creíble (no victimidad como concepto procesal). Lo que genera una victimización secundaria. Sino que se remarca que lo declarado no tiene entidad suficiente. O bien se exima del deber de prometer o jurar decir la verdad, pero en este caso toda declaración de la víctima que no cumpla con los tres criterios jurisprudenciales habría de ser considerada como falso testimonio. Lo que, a todas luces, se trataría de una forma

¹³³¹ BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2018, n.19, pp.13-46.

rigurosa de interpretar la dicción literal de un precepto puesto que no toda declaración que no cumpla con estos tres criterios o parámetros implica que sea falsa o no veraz. Una situación que no aportaría a quien ha sufrido un perjuicio (victimización como hecho fáctico) ni siquiera la imagen de la “Justicia” como derecho a la verdad¹³³².

A este respecto y teniendo presente la regulación actual, en el Capítulo Sexto abordamos la posibilidad de que proceder a la lectura en la fase de enjuiciamiento de la declaración de la víctima (o declaraciones en caso de que hayan sido varias y distintas en sus versiones) prestada en la fase de investigación. Nos remitimos a las consideraciones en dicho Capítulo referidas.

Por ello, podemos afirmar que en el derecho a ser oída, la víctima goza del derecho a no ser oída cuando el victimario sea o haya sido su cónyuge o novio, padre, madre, hijo, hija, nieto, nieta, hermanos y hermanas. Un derecho que es ejercido en el ámbito de la pareja según la FRA en el 66% de los delitos más serios de violencia de género¹³³³. Una cifra negra que pone sobre la mesa la importancia de la acusación pública y de la acusación popular así como la dificultad probatoria.

En este momento podemos preguntarnos si en España las víctimas de violencia de género manifiestan una actitud activa tanto en la traslación de la *notitia criminis* como en la personación como acusación particular. La segunda pregunta es muy difícil de responder dada la falta de trabajos y estudios de campo respecto al análisis de la personación como acusación particular en casos de violencia de género. No obstante, hemos de recuperar el trabajo mencionado en el Capítulo Sexto de las investigadoras HELENA SOLETO y ÁUREA GRANÉ cuyas conclusiones del estudio llevado a cabo en cuanto a la eficacia de la reparación a las víctimas en caso de agresión sexual destacan que “*La participación de la acusación particular no es generalizada en el proceso penal (cerca del 35% en Juzgado de lo Penal y del 63% en AP)*.”¹³³⁴ Sin embargo, en este estudio se han excluido expresamente los casos de violencia de género con lo cual sus conclusiones no pueden ser predicables para el interés de nuestra memoria de tesis doctoral.

La primera podemos analizarla según los datos oficiales aportados por el CGPJ para el año 2018¹³³⁵.

En concreto podemos atender a la siguiente gráfica

¹³³² MCGONIGLE LEYH, Brienne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Intersentia, School of Human Rights Research, 2011, esp. p. 340, entendiendo la búsqueda de la “verdad” como principio de justicia.

¹³³³ FRA, *Women as victims of partner violence Justice for victims of violent crime. Part IV*, 2019, esp. p. 34, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-4-women_en.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³³⁴ SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, op. cit., esp. pp. 91 a 94.

¹³³⁵ CGPJ, Observatorio contra la violencia doméstica y de género, *Informe sobre Violencia de Género Año 2018*, esp. p.5, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

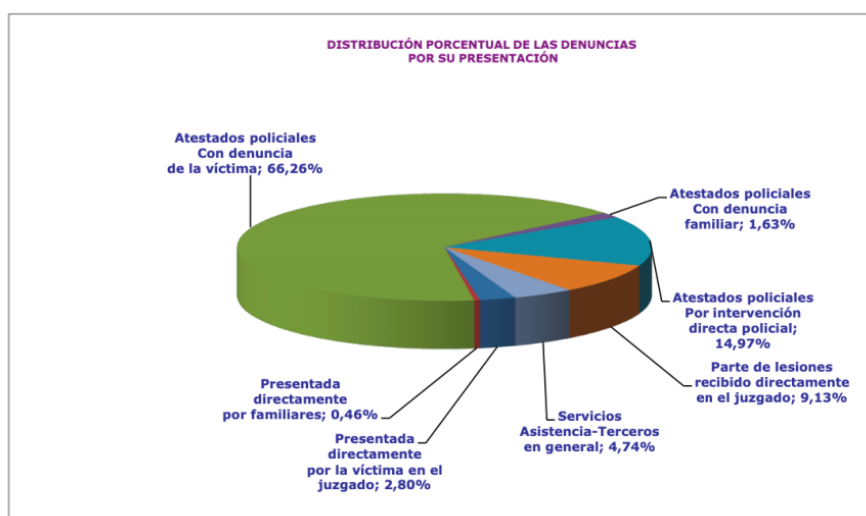
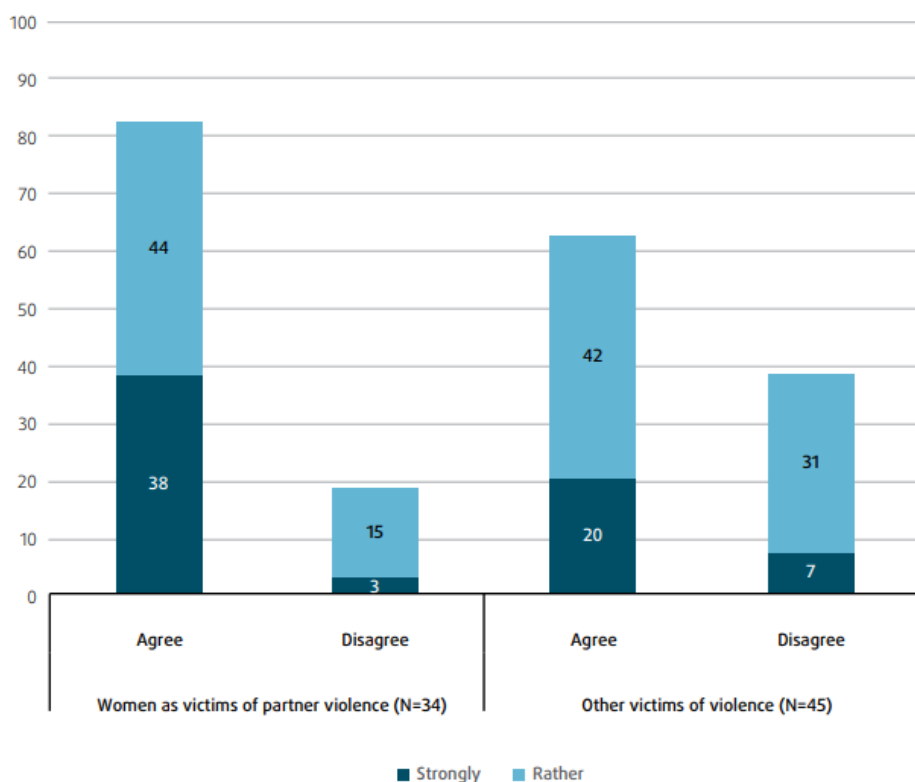


Figura n.42. Procedencia de la denuncia en casos de violencia de género. Fuente: CGPJ

Podemos ver que, de las 166.961 denuncia, solo en el 2,80% de los casos fue presentada directamente por la víctima en el juzgado. En el 66,26% se presentan con la intermediación de la policía recogiendo la denuncia en el atestado policial. El papel de la policía aparece como determinante para que la víctima denuncie.

Es interesante interrelacionar estos datos con los que arrojan los informes de la FRA para el año 2019. En concreto,

Figure 13: Victims agreeing/disagreeing with the statement that they would have liked to be more involved in the proceedings, by category of victims (%)



Source: FRA, 2019

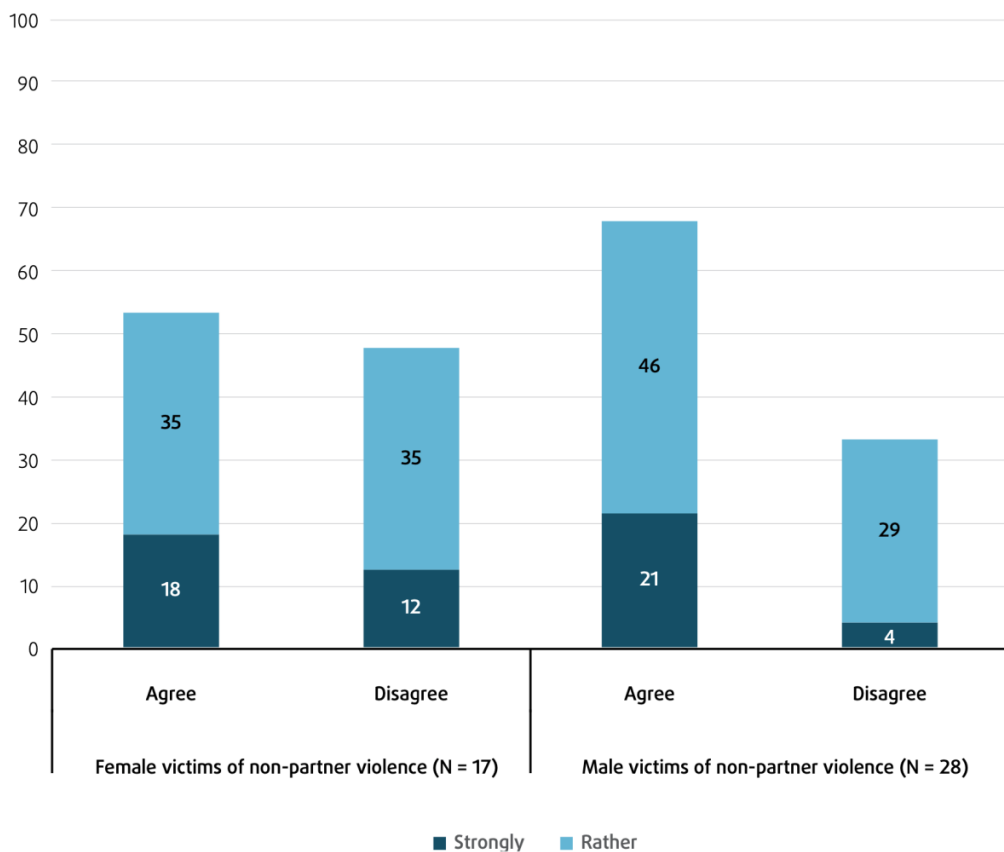
CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Figura n.43. Interés en las víctimas de violencia en la pareja de tener mayor participación. Fuente: FRA

Como muestra el gráfico, ante la pregunta a las víctimas sobre si les hubiera gustado estar más involucradas en el proceso, las mujeres víctimas de violencia en la pareja manifestaban mayor interés en tener mayor involucración en el proceso¹³³⁶. Dentro de los resultados en el grupo de “víctimas de otras violencias –excluyendo a la violencia en la pareja-, en otro gráfico la FRA nos muestra las respuestas desagregadas según sexos a la misma pregunta sobre si desearían haber tenido mayor involucración en el proceso penal. Los resultados son los siguientes:

Women as victims of partner violence – Justice for victims of violent crime – Part IV

Figure 15: Victims of other forms of violence ('non-partner violence') agreeing/disagreeing with the statement that they would have liked to be more involved in the proceedings, by sex (%)



Source: FRA, 2019

Figura n.44. Interés de las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres (excepto de violencia en la pareja). Fuente: FRA

Estos resultados nos muestran que los hombres víctimas de delitos violentos (excluidos los delitos de violencia en la pareja) se manifiestan un mayor deseo de tener mayor participación en el proceso. Ello no obstante, las cifras respecto a la respuesta “*strongly*” no presentan demasiada distancia numérica.

¹³³⁶ FRA, *Women as victims of partner violence Justice for victims of violent crime. Part IV*, op. cit. esp. p.64.

Por otro lado, señala ALICE BOSMA la importancia de oír a la víctima, pero los peligros de una revictimización que puede generarse por cómo es escuchada desde una Creencia en un Mundo Justo¹³³⁷ si su relato, o sus emociones u otras características no encajan con el “ideal de víctima”¹³³⁸. En este sentido, la autora señala que evitar una segunda victimización depende de atender a la víctima, al relato de la víctima y a la visión de quienes escuchan esa historia. Es significativo que algunos estudios señalan que aquellas demostraciones que no encajen con el concepto estereotipado de víctima suelen ser tenidos menos en cuenta en los procesos penales y, relacionado con esto, cómo de la fiscalía y la defensa suelen evitar un lenguaje amenazante, así como comentarios que muestren enfado¹³³⁹.

Es importante apuntar que el derecho a ser oída no implica el derecho a ser aceptada la pretensión que la víctima sostenga. Es necesario traducir al lenguaje legal el relato de la víctima. Así puede darse la situación de que, una vez habiendo escuchado a la víctima, se le informe de que su declaración no tiene posible traducción al lenguaje legal. En este sentido, ALICE BOSMA señala dos importantes apreciaciones para evitar una victimización secundaria: que la víctima sea consciente de la limitación que supone la necesidad de trasladar su “historia” al lenguaje legal y haberle dado una explicación aceptable y legal de esta limitación.¹³⁴⁰

Respecto a este derecho podríamos preguntarnos si el derecho a ser oída incluye el derecho de acceso a la justicia. En la STEDH asunto *Demjanjuk c. Alemania* el TEDH señalaba que el derecho de acceso a los tribunales conforme al artículo 6.1 CEDH no se limita solo al derecho a que se incoe un proceso, sino que incluye el derecho a obtener una resolución del conflicto, es decir, derecho a que la demanda sea examinada. Ello no obstante, declara que este derecho debe ser efectivo y práctico pero puede estar sometido a limitaciones las cuales serán analizadas en sede del TEDH únicamente en el caso de que puedan constituir vulneraciones de los derechos y libertades protegidos por el CEDH.¹³⁴¹ Por tanto, nos encontramos con la vinculación del derecho a ser oída con el derecho de acceso a los tribunales y obtener una solución sobre el fondo del asunto.

Mencionando la incidencia de este derecho en un delito de violencia contra las mujeres concreto, como ya hemos aludido con anterioridad, respecto a matrimonios forzados, habríamos de atender a una serie de medidas que proporciona el Proyecto Europeo¹³⁴². A saber, “*Si el caso llega al tribunal, ofrecer a la víctima la posibilidad de*

¹³³⁷ Vid. Capítulo Segundo.

¹³³⁸ BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, op. cit. esp. p. 55.

¹³³⁹ *Ibidem*, esp. p. 55.

¹³⁴⁰ *Ibidem*, esp. p. 56.

¹³⁴¹ STEDH de 24 de enero de 2019, asunto *Demjanjuk c. Alemania*, demanda 24247/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0124JUD002424715, apartado 79, accesible en <https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁴² Proyecto Europeo JUST/2014/RDAP/AG/HARM/ “EU FEM Roadmap forced/early marriage” (...), op. cit. esp. p. 28.

hacer su declaración por videoconferencia o por cualquier otra vía, con el fin de que no se vea obligada a aparecer en la sala del tribunal. De esta manera se garantiza que la víctima haga una declaración testimonial y pueda decir la verdad. - A lo largo de la audiencia, proporcionar asesoramiento legal y psicológico, dado que los diversos procedimientos son abrumadores y extenuantes para la víctima; ofrecerle que participe en un programa de ayuda a las víctimas.”

Podríamos valorar el establecimiento de turno de palabra último por parte de la víctima ejercido con carácter previo al derecho a la última palabra del acusado. A modo del “*victim impact statement*” del derecho estadounidense donde está plenamente integrado en el proceso penal y considerado concorde con el principio de proceso debido y el respeto de los derechos de las personas acusadas¹³⁴³. Esta última declaración de la víctima podría ser oral o escrita y tendría un papel procesal fundamental tanto al ofrecer a la víctima una vía para procesar los efectos que el delito le ha causado¹³⁴⁴ como al proveer a la judicatura de información valiosa a la hora de valorar la prueba y motivar la sentencia¹³⁴⁵. En este sentido y para que en ningún caso vulnerar la presunción de inocencia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Booth c. Maryland*¹³⁴⁶, esta última declaración de la víctima no podría contener opiniones sobre el delito, ni sobre la persona acusada ni sobre el sentido del fallo. Aplicamos la jurisprudencia de este fallo aún incluso cuando en sede judicial estadounidense solo es seguida en caso de asesinato y si será juzgado por un

¹³⁴³ Esta referencia a la figura procesal de la “*victim impact statement*” desarrollada en el derecho estadounidense en ningún caso implica que entendamos como más garantista para las víctimas este modelo procesal. Pues participamos de la reflexión en GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, *Revista Penal* 2007, n.20, pp. 74-88, esp. p.82 en la que el autor indica que la doctrina entiende que el modelo estadounidense favorece a la defensa en perjuicio de la acusación pues no facilita las mismas posibilidades a una y a otra. Más ampliamente en GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, op. cit., esp. p. 104 y ss.

¹³⁴⁴ A pesar de que la efectividad del *Victim Impact Statement* (VIS) para la recuperación emocional de la víctima también es objeto de análisis crítico. Por ejemplo, en LENS, Kim M.E., PEMBERTON, Antony; BRANS, Karen; BRAEKEN, Johan; BOGAERT, Stefan y LAHLAH, Esmah, “Delivering a Victim Impact Statement: Emotionally effective or counter-productive?”, *European Journal of Criminology* 2015, vol.1, n. 12, pp. 17-34, desarrollan un interesante modelo para valorar los efectos en la fase de investigación que influyen en la decisión de la víctima de participar en el proceso penal mediante una VIS como la percepción del control o la ansiedad y la ira. Mostrando que cuando mayor es el nivel de ansiedad, la víctima decide emitir una VIS (p.30). En el caso del sentimiento “ira”, éste aparecía más señalado en quienes emitieron una VIS por escrito, por encima de quienes lo hicieron oral o de quienes no emitieron ninguna declaración. De su estudio empírico los/as autores/as confirman su hipótesis número 2 respecto a la falta de efectos terapéuticos de la VIS, puesto que los sentimientos de “ira” o “ansiedad” arrojaron unos datos estables a lo largo de todo el proceso. Tampoco se confirma su hipótesis 3 dado que los resultados no muestran un aumento en la percepción de control en el caso de que participen mediante una VIS (p.28). Y sin embargo, respecto del sentimiento del sistema procesal como “justo”, aquellas personas participantes que habían participado mediante una VIS oral mostraban un sentimiento más favorable a considerar el proceso penal como justo, que las víctimas participante s en el estudio que no emitieron una VIS oral sino escrita o que directamente no emitieron una VIS (p.28 y 29). Teniendo presente este estudio hemos de indicar, en primer lugar, la necesidad de que, como indica el equipo investigador, se desarrollen más investigaciones respecto a este tema, y en segundo lugar, subrayar la consideración de que cuanta mayor percepción de control sobre el proceso de recuperación tengan las víctimas, menores niveles de ansiedad o ira experimentarán. Lo que nos sitúa de nuevo en la necesidad de tener en cuenta la VIS como derecho que otorga control sobre su recuperación a la víctima, además de sus finalidades de cara al proceso penal.

¹³⁴⁵ Editorial, “Recognizing the value of victim impact statements”, *Massachusetts Lawyers Weekly* 2018.

¹³⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU, de 15 de junio de 1987, n.86-5020, accesible en <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/482/496.html> (Último acceso: 13 de noviembre de 2019)

jurado popular. Así, al modo en que se produce en la legislación procesal holandesa desde 2005¹³⁴⁷.

Hay quien pueda entender incluida esta declaración del impacto de la víctima en su personación como acusación particular o incluso si es llamada al juicio como testigo. Sin embargo, la acusación particular no cumple la función de exteriorización del daño o perjuicio que el delito le ha causado a la víctima puesto que supone la “traducción” al lenguaje jurídico de su pretensión acusatoria basada en los hechos que trate de probar, los medios de prueba de los que se provea y de la petición de condena concreta. No hay espacio para que la víctima manifieste cómo se siente tras el delito. Además, puede que al ser preguntada en calidad de testigo las preguntas y/o las respuestas no se entiendan útiles para el esclarecimiento de los hechos y sean rechazadas por el/la juez/a.

3.2 Participación de la víctima en la ejecución

Derecho reconocido en el artículo 13 LEVD.

Una peculiaridad de los derechos de las víctimas en el proceso español es el derecho a su participación durante la fase de ejecución. Un derecho que es valorado de forma muy dispar¹³⁴⁸ pero que se inscribe dentro de una política procesal penal “en favor de las víctimas para incrementar su confianza en la justicia penal y fomentar su colaboración con ella”¹³⁴⁹. Este artículo 13 LEVD permite recurrir determinadas resoluciones a las víctimas que hubieran solicitado ser notificadas conforme al artículo 5.1 LEVD. Una posibilidad de “ser oída” que como señala JUAN LUÍS GÓMEZ COLOMER recuerda a las Victim Impact Statement, a las que hemos aludido con anterioridad¹³⁵⁰

Este artículo 5 LEVD remite a las resoluciones que se mencionan en el artículo 7 LEVD. Un artículo que contiene una particularidad en su apartado 3 en cuanto a las víctimas de violencia de género pues éstas serán notificadas de las resoluciones sobre la puesta en libertad del infractor, de la fuga del infractor (apartado c del artículo 5.1 LEVD) y de las medidas cautelares personales que garanticen la seguridad de las víctimas (apartado d del artículo 5.1 LEVD) de forma automática sin exigirse un acto

¹³⁴⁷ LENS, Kim M.E., PEMBERTON, Antony, BOGAERTS, Stefan, “Heterogeneity in Victim Participation: A New Perspective on Delivering a Victim Impact Statement”, *European journal of Criminology* 2013, n.10(4), pp. 479-495. En este caso de Países Bajos las víctimas tienen el derecho de manifestar de forma oral su declaración del impacto del delito en el que puedan manifestar las consecuencias del delito pero no referirse a los hechos delictivos ni a una petición de condena.

¹³⁴⁸ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, “La víctima y el derecho a los recursos”, en Montserrat De Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 171-199, esp.195-196. Mostrándose a favor DE HOYOS SANCHO, Montserrat, Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal* 2014, n. 34, <https://www.iustel.com> Y en contra MANZANARES SAMANIEGO, José Luis., “Estatuto de la víctima (Comentario a su regulación procesal penal)”, *Diario La Ley* 2014, n. 8351, <https://diariolaley.laleynext.es>

¹³⁴⁹ ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Participación de la víctima en la ejecución penal”, en Montserrat De Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.201-232, esp. p. 205.

¹³⁵⁰ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Estatuto jurídico de la víctima del delito. La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan*, op. cit. pp.104.

potestativo de solicitud. Esta particularidad tiene un efecto muy positivo desde un análisis con perspectiva de género dado que permite que las víctimas de violencia de género sean informadas de situaciones que pueden afectar de forma directa con su seguridad y permite que adopte las medidas necesarias para autoprotegerse y proteger a sus hijas e hijos u otras personas determinadas. Sin embargo, este apartado 3 del artículo 7 contiene *in fine* una matización “*salvo que manifiesten su deseo de no recibir dichas notificaciones*”.

Hay una lectura en clave victimológica que podría apuntar a la necesidad de las víctimas de establecer un desapego emocional y físico del victimario evitando una sensación de peligro que conlleve una victimización a perpetuidad y ligada a la situación fáctica cambiante del agresor. Otra visión favorable a esta matización que excluye ser notificada, estaría ligada a la necesidad de evitar culpabilizar a la víctima (*victim-blaming*) por medio de exigirle un determinado comportamiento “defensivo” o “de autoprotección” que en el caso de que no adopten llevaría a afirmar una especie de concurrencia de culpas entre la perpetración del delito y la actitud “descuidada”, “poco atenta” o “imprudente” de las víctimas. Compartiendo ambas visiones y evitando caer en los errores y efectos negativos que anuncian, consideramos conveniente suprimir esta matización del artículo 7.3 *in fine* LEVD, y establecer el carácter automático de la notificación de las resoluciones que se refieran a la situación fáctica del victimario y puedan entrañar riesgo para los derechos y bienes jurídicos de las víctimas. La finalidad es informar. Lo que la víctima decida hacer con esa información se sitúa en la esfera de su decisión sin que pueda conllevar para ella una consecuencia negativa ni procesal ni penal ni victimológica. Lo que se ha de evitar es que la víctima por miedo, estrés, culpa o hartazgo se sitúe en una deliberada posición de *autopuesta* en una situación de desinformación. Ello no obstante, CORAL ARANGÜENO señala que la virtualidad práctica de este derecho es aparente y que genera expectativas en las víctimas que no serán alcanzadas¹³⁵¹. Aún compartiendo las deficiencias, sobre todo de técnica legislativa que la autora analiza, del artículo 13 LEVD, sin embargo, entendemos que ofrecer a las víctimas una información adecuada de forma previa evitaría que desarrollaran unas ideas preconcebidas de cuál será su derecho, el alcance del mismo y el depósito de la facultad de adoptar la última decisión en el Estado. Para ello, el papel de la defensa letrada o asesoramiento de las víctimas será esencial.

3.3 Derechos en caso de que se adopte una decisión de no continuar el procesamiento

Reconocido en el artículo 11 Directiva 2012/29/UE y el artículo 12.2 LEVD.

Señala el EIGE como principal debilidad del precepto de la Directiva la falta de relación entre la dicción de este artículo y los Considerandos 43 y 44. Estos

¹³⁵¹ *Ibidem*, esp. p. 218.

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Considerandos precisan de qué tipo de operadores jurídicos parten las resoluciones: la decisión de no acusar de la fiscalía y de poner término a la investigación por el juzgado de instrucción -43- así como la retirada de la acusación por parte de la Fiscalía -44-. Por tanto, la interpretación de este artículo habrá de realizarse en sintonía con ambos Considerandos, así como con el artículo 6 de la Directiva 2012/29/UE en el que se especifican qué resoluciones serán notificadas. A su vez, tanto la referencia al estatuto de la víctima según cada legislación procesal, así como la restricción del apartado segundo del artículo 11 Directiva 2012/29/UE a delitos graves y la referencia del artículo 6.4 Directiva 2012/29/UE al respeto del deseo de las víctimas en recibir o no información, provoca que las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres puedan encontrarse en una situación de desconocimiento de la causa como pusimos de relieve respecto del derecho a recibir información sobre la causa.

Siguiendo el análisis del EIGE las decisiones de no acusar o incoar procedimientos son estadísticamente muy elevadas en casos de violencia en las relaciones íntimas por lo que este derecho a recurrir estas resoluciones cobra gran significancia en este tipo de delitos¹³⁵².

Fijándonos en el caso español, en el siguiente gráfico recogemos los datos oficiales referidos a los sobreseimientos en sede de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, Juzgados de lo penal y Audiencias Provinciales para el año 2018 según el informe del CGPJ.

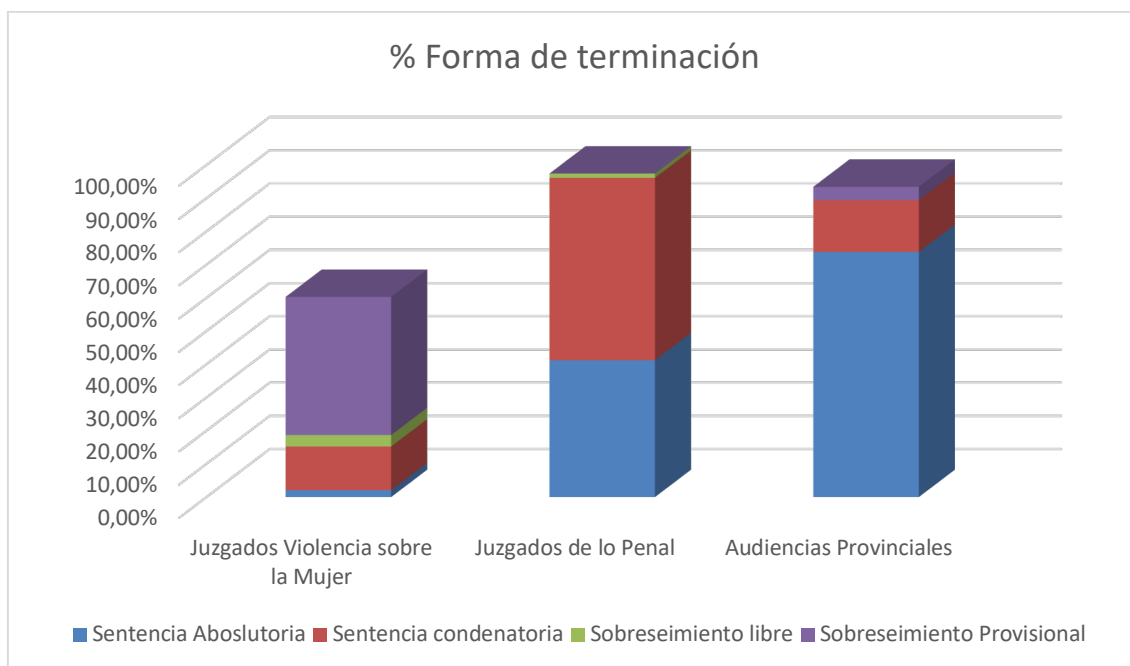


Figura n. 45. Porcentaje referente a la forma de terminación asuntos en sede de los Juzgados de violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales. Fuente: CGPJ

La gráfica muestra el elevado tanto por ciento que en sede de los Juzgados de violencia sobre la Mujer presentan los sobreseimientos (41,58% sobreseimiento

¹³⁵² Informe por EIGE, op. cit., esp. p.35.

provisional) y, por ello, la importancia de que se permita la recurribilidad de la resolución por parte de la presunta víctima. Y así se reconoce para el procedimiento abreviado en el artículo 779.1.º *in fine* LECrim “*las víctimas podrán recurrir (en apelación) el auto de sobreseimiento dentro del plazo de 20 días aunque no se hubieren mostrado parte en el proceso*”, y en el artículo 636 *in fine* LECrim para procedimiento ordinario “*Las víctimas podrán recurrir (en casación) el auto de sobreseimiento dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa*”. Coincidimos con JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA respecto a que el derecho a recurrir proceda en el caso del procedimiento por delitos leves o en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, aún la falta de expresa regulación en la LECrim, tanto a la luz de la disposición supletoria del artículo 795.4 LECrim respecto de los juicios rápidos como, añadimos, al espíritu de la Directiva 2012/29¹³⁵³.

Siguiendo a JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRIA nos podríamos hallar ante un nuevo concepto de recursos desde el momento en que puede ser presentado por quien no aparece como parte procesal. Suponiendo una legitimación extraordinaria¹³⁵⁴. Esta legitimación de carácter extraordinario al no ser parte procesal justificaría el plazo de 20 días que se concede a las víctimas para recurrir. Si bien, participamos de la opinión de JOSÉ FRANCISCO ETXEBERRÍA respecto a la falta de técnica legislativa al no haber precisado que este plazo más extenso que el fijado en los artículos 212 (5 días), 766.3 y 790.1 LECrim (10 días) no tiene justificación para la víctima personada.

Nos preguntaríamos qué incidencia tiene este derecho para quien no ha mostrado una actitud activa en las anteriores fases. Es decir, la víctima que no ha denunciado ni se ha personado como acusación o incluso que no ha declarado contra el presunto agresor en ejercicio de su derecho a la dispensa al deber de declarar, va a recurrir el sobreseimiento de las actuaciones. Y bien, tanto por la íntima relación de este derecho con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, como por la posibilidad de que la presunta víctima en algún momento durante la vigencia del proceso penal decida participar, así como por la necesidad de reconocer un derecho a las víctimas aun cuando decidan no ejercitarlo (un derecho que merece subrayarse que no existe en término generales sino cuando así ha sido previsto), entendemos que este derecho aporta dos importantes aspectos. Por un lado, trasladar un mensaje a la ciudadanía que suponga insertar en el imaginario colectivo la imagen de las víctimas como sujetos de derechos procesales reconocidos y positivizados y respetados y garantizados por los distintos operadores jurídicos que intervienen durante el proceso penal. Por otro lado, el reconocimiento de la titularidad de unos derechos a las presuntas víctimas que se constituyen en verdaderos sujetos activos del proceso penal.

En el artículo 46 del Convenio de Estambul se establece la exigencia de que se tomen en cuenta determinadas circunstancias con carácter agravatorio a la hora de

¹³⁵³ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, “La víctima y el derecho a los recursos”, op. cit., esp. 186-187.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, esp. p. 178.

imponer la pena como por ejemplo que la víctima sea cónyuge o pareja de hecho actual o pasada. El EIGE sugiere que esta misma circunstancia habría de ser tenida en cuenta cuando la fiscalía decide si acusar o no.

En el caso español, además, la víctima quedaría informada de esta situación a través de la valoración del riesgo elaborada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en caso de cambios significativos en las condiciones subjetivas u objetivas tanto de la víctima como del victimario y su relación con los factores de riesgo valorados¹³⁵⁵.

Esta revisión de la decisión de no continuar con el procedimiento o no acusar al encausado habrá de ser revisada por otra autoridad competente distinta a quien tome la decisión conforme el Considerando 43 de la Directiva 2012/29/UE. Y así en la legislación procesal penal española se procede de conformidad con el artículo 808.5 LECrim en el caso del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos “*Si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito de acusación en el momento establecido en el apartado 2 o en el plazo establecido en el apartado 4, respectivamente, el Juez, sin perjuicio de emplazar en todo caso a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 782, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.*”, así como respecto del procedimiento ordinario conforme a los artículo 636 “*Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa*”, así como con la facultad del artículo 642 LECrim en caso de que no se hayan persona en la causa acusación particular y la solicitud de sobreseimiento parta del acusador público. O el artículo 644 LECrim “*Cuando el Tribunal conceptúe improcedente la petición del Ministerio fiscal relativa al sobreseimiento y no hubiere querellante particular que sostenga la acción, antes de acceder al sobreseimiento podrá determinar que se remita la causa al Fiscal de la Audiencia Territorial respectiva si se sigue en una Audiencia de lo criminal, o al del Supremo si se sustancia ante una Audiencia territorial, para que, con conocimiento de su resultado, resuelvan uno u otro funcionario si procede o no sostener la acusación. El Fiscal consultado pondrá la resolución en conocimiento del Tribunal consultante, con devolución de la causa.*” Y por último, la limitación en caso de que se persone acusación particular sosteniendo la acusación y el Ministerio Fiscal solicite la apertura del juicio oral, juez solo podrá acordar el sobreseimiento en caso de que el hecho sea atípico. En los demás casos deberá acordar la apertura del juicio de conformidad con el artículo 645 LECrim.

¹³⁵⁵ Instrucción 7/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Instruccion-7-2016--de-la-Secretaria-de-Estado-de-Seguridad--por-la-que-se-establece-un-nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policial-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero--Ley-Organica-1-2004--y-de-gestion-de-la-seguridad-de-las-victimas> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019)

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Asimismo, en la legislación procesal penal española se posibilita la declaración de la víctima a través de videoconferencia (artículo 325 y 731 LECrim) lo que resulta muy conveniente en casos de violencia contra las mujeres en la que las víctimas manifiesten una circunstancia personal de miedo, inseguridad o desestabilización del estado de ánimo compartir espacio temporal y físico con la persona acusada lo que podrá ser analizado en la evaluación individualizada de cada víctima (artículo 24 LEVD)¹³⁵⁶.

3.4 Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora

Reconocido en el artículo 12 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 15 LEVD.

Las condiciones que establece el artículo 12 Directiva 2012/29 para la participación en un proceso restaurativo aparecen redactadas en aparente lenguaje neutral que en casos de violencia contra las mujeres puede poner de relieve la falta de precisión del impacto de género de dicho precepto. Así, el proceso de transposición de la Directiva permitió recuperar el debate en España acerca de la prohibición de iniciar un procedimiento de mediación en casos de violencia de género de conformidad con la Ley Orgánica 1/2004¹³⁵⁷.

Por su parte, el artículo 48 del Convenio de Estambul establece la prohibición de constituir los métodos alternativos de resolución de conflictos con carácter obligatorio en caso de las violencias objeto de aplicación del Convenio (que de conformidad con el artículo 3 incluye la violencia contra las mujeres, la violencia doméstica y la violencia contra las mujeres por razones de género).

Aún dichas restricciones, sigue presente el debate en torno a si aun teniendo presente la prohibición de la LOMPIVG es posible la mediación en caso de sobreseimiento o en caso de vencimiento del plazo acordado de una medida cautelar o en caso de que no se trate de mediación sino de otro método insertado en la denominada Justicia Restaurativa como conferencias familiares o círculos de sentencia¹³⁵⁸ (así mencionados en el Considerando 46 Directiva 2012/29) o incluso la circunscripción de esta prohibición a la fase de instrucción.

¹³⁵⁶ En cuanto a la Orden Europea de Investigación, las víctimas no están expresamente mencionadas en el artículo 24 de la Directiva 2014/41 respecto a la posibilidad de que sean oídas por videoconferencia. Señala la EJM que algunos EEMM no ligan la situación procesal de víctimas y de testigos atribuyendo distintos derechos como la no exigencia de decir a la verdad o la no obligación de testificar de las víctimas. Sin embargo, la mayoría de EEMM entienden que las víctimas también se encuentran incluidas en la referencia del artículo 24 de la Directiva sobre la OEI. En *European Judicial Network (EJM)*, Joint Note of Eurojust and the European Judicial Network on the practical application of the European Investigation Order, June 2019, esp.p.12, disponible en https://www.ejm-crimjust.europa.eu/ejnuupload/news/2019-06-Joint_Note_EJ-EJM_practical_application_EIO_last.pdf (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

¹³⁵⁷ Vid. RUIZ LÓPEZ, Cristina, *Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación*, Trabajo Fin de Máster en Derecho Público 2014-2016, Directora: Helena Soletto Muñoz, 2016, accesible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24547> (Último acceso: 29 de octubre de 2019).

¹³⁵⁸ Vid. JIMENO BULNES, Mar, "Sobre la mediación, Justicia Restaurativa y otras Justicias" en Manuel Cachón Cadenas y Just Franco Arias (Coords.), *Derecho y proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 1335-1368; SOLETO, Helena (dir.), *Justicia Restaurativa: una Justicia Para las Víctimas*, Tirant, Valencia, 2019; MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2019, así como CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO, Cristina, *Mediación en violencia de género*, *Revista de mediación* 2011, n.7, pp. 38-44.

CAPÍTULO 7.-Análisis del impacto de género Directiva 2012/29/UE

Asimismo, sigue vivo el debate sobre la conveniencia de suprimir dicha prohibición y permitir que en casos de violencia de género también se pueda acudir a procesos restaurativos.

La valoración del EIGE pone de relieve el riesgo que supone la transposición de un precepto cuya dicción es general tanto por la consideración de las víctimas de violencia de género como grupo de riesgo (artículo 26 Directiva 2012/29) o la especial evaluación en casos de específicas circunstancias que haga a las víctimas especialmente vulnerables de conformidad con el artículo 22 Directiva 2012/29 como las víctimas de violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual, delitos por motivos de odio o víctimas con discapacidad (así también reconocidas en el Considerando 38 Directiva 2012/29/UE).

Siguiendo a ANA BELTRÁN MONTOLIU la posibilidad de iniciar un proceso restaurativo en casos delictivos graves está regulada en otros ordenamientos jurídicos como el estadounidense donde no existe limitación o prohibición legal alguna¹³⁵⁹. La autora señala cuatro requisitos para que pueda iniciarse un procedimiento de mediación entre la mujer víctima y el hombre agresor en casos de violencia de género: que la relación personal sea factible y susceptible de mejorar; que el agresor se responsabilice de sus actos; ambos deben participar de forma voluntaria y con la intención de construir una relación futura pacífica y que el equipo mediador esté específicamente formado y preparado para mediar en este tipo de materia. A todo ello se une la asistencia de la víctima con asistencia letrada.

A pesar de estas legislaciones y prácticas favorables y permisivas de la Justicia Restaurativa en casos de violencia contra las mujeres por razones de género, existe en la doctrina una fuerte resistencia a la permisividad de estas prácticas restaurativas en casos de violencia de género. Los principales motivos se encuentran en las diferencias de paradigma con que se regulan los mecanismos restaurativos y con que se regulan los actos/omisiones que constituyen violencia contra las mujeres por razones de género. A pesar de tener que evitar el error de agrupar a todas las víctimas de violencia contra las mujeres o los agresores en un mismo perfil, y partiendo de la base de que todos los casos han de ser abordados desde la necesaria individualización y análisis específico, es cierto que la regulación española parte de una consideración objetiva de una violencia estructural que sitúa a las mujeres en una posición desfavorable respecto de los hombres en el respeto y protección de sus derechos. Así, además, se reconoce en los textos internacionales que hemos ido citando a lo largo de esta tesis en los que se remarca que la violencia contra las mujeres por razones de género es un fenómeno transversal, universal y con raíces históricas. Esta situación desigual de partida sitúa a la mujer de la pareja heterosexual en un plano desigual *per se*. De la misma forma que se entiende que el/la trabajador/a está en una situación desigual con respecto a su jefe/a *per se* y desde esta consideración se articula la legislación laboral. ¿Pueden existir casos en que no

¹³⁵⁹ BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “¿Justicia restaurativa y violencia de género?: Una visión desde la perspectiva procesalista MONTELIU”, Actas Seminario Internacional contra la Violencia de Género 18 y 19 de noviembre de 2015. Universitat Jaume I, *Eliminar obstáculos para alcanzar la igualdad*, n. 4, 2016, esp. p.75.

aparezca esta situación de desigualdad? Por supuesto. Por ello lo aconsejable es que un equipo mediador (nos referimos a la mediación al ser el mecanismo restaurativo de mayor incidencia en la práctica y regulación española. Si bien, podríamos extender estas consideraciones al resto de mecanismo restaurativos en la medida en que sean trasladables dado que presentan gran disparidad) formado en perspectiva de género¹³⁶⁰ y violencia contra las mujeres basada en el género pueda analizar el carácter mediable o no del asunto concreto. Este equipo mediador además habría de valorar el desequilibrio que pueda existir entre las partes para o bien aplicar las técnicas que posibiliten equilibrar a las partes o bien dar por finalizado el procedimiento de mediación¹³⁶¹.

Tomando en consideración las anteriores notas, podemos preguntar si los mecanismos de resolución de conflictos de carácter restaurativo son adecuados en casos de delitos de violencia contra las mujeres por razones de género o que sufran de forma desproporcionada.

Respecto al delito de matrimonio forzado, en la *Guía de la UE sobre matrimonio forzado/precoz para profesionales de primera línea*¹³⁶² el equipo investigador señala como percepciones equivocadas, lo que denominan como mitos, en cuanto a su práctica, causas y consecuencias que “*el mejor lugar para las niñas es junto a su familia, y la mejor manera de resolver el problema es a través del asesoramiento, la mediación, la conciliación y la reconciliación a nivel familiar*”¹³⁶³. A este mito el equipo investigador aconseja que “*en casos de matrimonio forzado, es importante que los profesionales NO intenten iniciar, fomentar ni respaldar técnicas de asesoramiento, mediación, conciliación ni reconciliación familiar. Ha habido casos de víctimas que fueron asesinadas por sus familias durante el proceso de mediación. Además, existe el riesgo de que las víctimas queden expuestas a violencia emocional o física durante la mediación.*” Podríamos entender que la formación de las personas que realicen la evaluación individual de las víctimas debería permitir detectar este riesgo para la vida e integridad de la víctima. Es interesante apuntar que precisamente la Directiva se aleja de un concepto estereotipado de vulnerabilidad basada en estereotipos y arquetipos victimales sino que eleva el principio de evaluación individual basada en la consideración de la existencia de *una persona concreta con problemas y necesidades específicos*¹³⁶⁴. Sin embargo, las propias características del delito hacen aconsejable

¹³⁶⁰ Vid. HERNÁNDEZ MOURA, Belén, “Una lectura feminista desde la búsqueda de soluciones dialogadas en el proceso”, en Katixa Etxebarria Estankona, Ixusko Ordeñana Gezuraga y Goizeder Otazua Zabala (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 235-250, así como GOODMARK, Leigh, “Restorative justice as feminist practice”, *The International Journal of Restorative Justice* 2018, n.13, vol. 1, pp. 372-384.

¹³⁶¹ Vid. SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), CARRETERO MORALES, Emiliano y RUIZ LÓPEZ, Cristina (coords.), *“Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos”*, Tecnos, Madrid, 2017.

¹³⁶² Proyecto Europeo JUST/2014/RDAP/AG/HARM/ “EU FEM Roadmap forced/early marriage” y en concreto su “*Guía de la UE sobre matrimonio forzado/precoz para profesionales de primera línea*”, http://femroadmap.eu/FEM_roadmap_ES.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁶³ *Ibidem*, esp. p.7.

¹³⁶⁴ En SERRANO MASIP, Mercedes., *Medidas de protección de las víctimas*, en DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.); *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*; Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 135-170. Así, por ejemplo, el Considerando 9 de la Directiva 2012/29/UE, *En todos los contactos con una autoridad competente que actúe en el contexto de procesos penales, y cualquier servicio que entre en contacto con las víctimas, como los servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, se deben tener en cuenta la*

descartar procesos restaurativos como vía de reparación de la víctima al menos cuando por la proximidad de los hechos violentos o intimidatorios coercitivos y/o la minoría de edad de la víctima no aconseje su participación en procesos restaurativos en *pro* de su reparación. El otro elemento que se pone en tela de juicio en cuanto a la aplicación de los mecanismos restaurativos a casos de violencia de género es la voluntad de la víctima. Quienes critican la prohibición afirman que se está tratando a la víctima de violencia de género como una menor, sin capacidad de decisión, adoptando una legislación basada en un paternalismo punitivo¹³⁶⁵.

Llegado este punto, podríamos hacer algunas notas sobre el alcance de la participación y sobre la voluntad de las víctimas de violencia de género (aún de forma tangencial)¹³⁶⁶.

En cuanto al Considerando número 41 de la Directiva, su tenor literal apunta que *Debe considerarse que se ha concedido a las víctimas el derecho a ser oídas cuando puedan declarar o manifestarse por escrito*. En este sentido, ¿podemos extender esta forma directa de materialización del derecho de las víctimas a ser oídas en un proceso por violencia de género a un proceso mediatorio habida cuenta de la baja posibilidad de verse revictimizada por el contacto con el victimario? ¿Mediante la utilización de mecanismos electrónicos?¹³⁶⁷.

En cuanto a las resoluciones del TJUE, en primer lugar, señalaremos la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona¹³⁶⁸. El TJUE declaraba

1) Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho Penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.

situación personal y las necesidades inmediatas, edad, sexo, posible discapacidad y madurez de las víctimas de delitos, al mismo tiempo que se respetan plenamente su integridad física, psíquica y moral.

¹³⁶⁵ Así por ejemplo, ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, “La irrelevancia de la voluntad de la mujer en el enjuiciamiento de la violencia de género: ¿paternalismo jurídico o Derecho Procesal del enemigo?”, en Congreso Universitario Nacional Investigación y Género, Sevilla, 2011.

¹³⁶⁶ La importancia de la Jurisprudencia del TJUE en cuanto a la interpretación de la legislación europea en lo atinente a los derechos fundamentales es de gran calado. Vid. JIMENO BULNES, Mar, (Coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad seguridad y justicia: Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014.

¹³⁶⁷ Vid. CARRETERO MORALES, Emiliano, “*Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia de género*” en Pedro M. Garciandía González, y Helena Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp.211-241.

¹³⁶⁸ STJUE (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011, C-483/09 asunto *Magatte Gueye*, y C-1/10 asunto *Valentín Salmerón*, ECLI:EU:C:2011:583 y STJUE (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011, al hilo de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona Accesible en <http://curia.europa.eu>. Conclusiones de la abogada general Sra. Juliane Kokott presentadas el 12 de mayo de 2011, objeto la interpretación de los artículos 2, 8 y 10 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DOUE L 82, p. 1).

2) *El artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.*

En este momento se sitúa en el eje de la cuestión: la consideración jurídica que merecen las opciones de las víctimas. Si deciden permanecer en una relación basada en la atribución de roles de conformidad con una sociedad patriarcal, si decide no denunciar, si decide no declarar, si decide el quebranto de la orden de alejamiento, si acepta la reconciliación,... El Derecho ha dado un paso adelante respecto a estas consideraciones referidas al amor y afecto en la pareja. No es aceptable basar una relación sentimental en la renuncia por parte una de las personas que la integran de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española y Tratados Internacionales sobre la materia.

Ahora bien, si esta voluntad de la víctima es ninguneada por el Estado, ¿cómo escuchar a la víctima de violencia de género que quiera iniciar un proceso restaurativo? Es decir, se exige a la víctima de maltrato por razón de género que continuamente reivindique su voluntad de desvincularse del victimario, esto es una nueva forma de exigir la permanente exteriorización del no consentimiento de una relación basada estereotipos de género machistas¹³⁶⁹. En todo este escenario, podemos encontrar dos posturas claramente opuestas entre quienes rechazan la extensión del término vulnerabilidad y, por tanto, acusan de paternalista a la regulación española referente a la violencia de género, y entre quienes entienden que las acciones positivas en materia de igualdad y prohibición de la discriminación son *conditio sine qua non* para la igualdad real y efectiva, y, por tanto, el Derecho Penal y procesal penal no pueden estar ajenos a los obstáculos de toda clase que en su cotidianidad se encuentra las personas para el ejercicio de sus Derechos y Libertades.

Merece ser mencionado el análisis del victimólogo VAN DIJK en cuanto a la visión de la víctima desde una concepción cristiana como *“He-Who-is-Suffers-Innocently-but-Forgives-Nevertheless. The “good victim” is construed as someone who carries his suffering meekly and offers his attackers instantaneous and unconditional forgiveness”*¹³⁷⁰. Como así hiciera el Papa Juan Pablo II con el hombre que intentó matarlo en 1981. Señala el autor que para muchas víctimas, el perdón y la reconciliación son exigencias imposibles y se sienten culpables por no experimentar estas emociones cristianas. De acuerdo con SUSAN JACOBY *“we prefer to avert our eyes from those*

¹³⁶⁹ Este reconocimiento de la voluntad de la víctima se enfrentaría a toda la arquitectura jurídica creada en torno a la violencia de género donde todo parece dirigirse a una víctima que quiera finalizar la relación, iniciar un proceso de separación o divorcio, castigar a su (ex)cónyuge por los bienes jurídicos vulnerados, declarar en su contra y mantenerse en esta actitud retributiva durante todo el proceso. Actualmente, ha despertado una crítica dirigida hacia consideración paternalista del Estado en su afán por asumir la persecución de la violencia de género como un asunto propio, olvidando las necesidades de las víctimas. TORRADO TARRÍO, Cristina, “Violencia doméstica versus violencia de género: transitando por el universo psicojurídico” en Raquel Castillejo Manzanares, (dir.), Cristina Alonso Salgado (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, pp. 245-260, esp. p.77.

¹³⁷⁰ VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit., esp. p. 10.

who persist reminding us of the wrongs they suffered (...). Such people are disturbers of the peace; we wish they would take their memories away to a church, a cemetery, a psychotherapist's office"¹³⁷¹. Desde una visión de la religión cristiana, y teniendo en cuenta la injerencia de sus preceptos morales en la cultura europea desde el edicto de Tesalónica y su declaración como religión oficial, se ofrece una imagen de las víctimas desde un sentimiento de compasión y, al mismo tiempo, se les impide experimentar sentimientos de venganza. VAN DIJK entiende que en las culturas de tradición cultural cristiana las víctimas son sacrificadas dos veces: la primera vez por los victimarios y la segunda por la comunidad que prohíbe una respuesta agresiva. En esta línea interpretativa, si se permite iniciar un proceso restaurativo en casos de violencia contra las mujeres y las víctimas una vez informadas no consintieran el inicio de un proceso restaurativo, podrían dirigirse contra ellas críticas por parte de su familia, amistades o comunidad en general ante su actitud contraria participar en un mecanismo restaurativo.

No podemos dejar de mencionar el artículo 19.2. f) de la LOMPIVG en el que se incluye como parte de la recuperación integral de las víctimas de violencia de género, la adquisición de habilidades para la resolución no violenta de conflictos. Una víctima que adopta un papel activo, proactivo, lejos del papel tradicional de la víctima pasiva, inactiva y dependiente. Papeles pasivos que toman su máxima aplicación en el caso de las mujeres víctimas de violencia de género.

Como expuse de forma más profunda en el trabajo académico mencionado¹³⁷², siendo la violencia de género es un fenómeno delictivo¹³⁷³ social multidimensional, interdisciplinar y transversal cuya complejidad recoge el Ordenamiento Jurídico español¹³⁷⁴. ¿Qué interés tendrían las víctimas de violencia de género en participar en el proceso penal?¹³⁷⁵ ¿Y en una mediación?

Por la injusta desconsideración hacia las víctimas de violencia de género, la perdurabilidad de las vulneraciones de los derechos y libertades de las mujeres por su sexo y/o género, la necesidad de revisar, analizar, mejorar y reforzar nuestro sistema de justicia procesal, los beneficios que aportan los métodos restaurativos, las experiencias

¹³⁷¹ JACOBY, Susan, *Wild justice; the evolution of revenge*, Haper&Row, Nueva York, 1983.

¹³⁷² RUIZ LÓPEZ, Cristina, *Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación*, op. cit.

¹³⁷³ Al emplear el término "fenómeno" sería considerado en su acepción kantiana de "experiencia sensible" sin obviar un ápice su carácter deleznable, injusto, abominable en cualquiera de sus múltiples consideraciones.

¹³⁷⁴ Esta consideración conlleva dos consecuencias aparentemente compatibles pero que guardan una profunda incompatibilidad entre sí: al tratarse de un fenómeno complejo, se necesita una formación especializada para su análisis, gestión, prevención, erradicación y tratamiento de personas implicadas. Al tratarse de un fenómeno complejo cada caso ha de ser estudiado de forma minuciosa atendiendo a las características personales y fácticas que presente el delito en concreto. Aparentemente se trata de dos cuestiones que se interrelacionan y complementan entre sí: una persona profesional especialista en violencia de género analiza el caso en cuestión en todas sus particularidades y características propias. Sin embargo, he aquí la principal dificultad en materia de violencia de género: que un caso sea valorado como violencia de género.

¹³⁷⁵ GÓMEZ COLOMER; Juan Luís, "Tres graves falencias del estatuto de la víctima del delito cuando la mujer es víctima de violencia doméstica, de género, de tratos vejatorios y humillantes, o de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; en, Montserrat de Hoyos Sancho (Dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 23- 46. Los motivos que esgrime el autor para la participación de la mujer víctima de género en el proceso administrativo sancionador, serían predicables para su participación en un proceso de mediación, donde incluso su relevancia en el proceso, diálogo y decisión sobre la forma, tiempo e intensidad de la reparación es mucho más pronunciada.

positivas pasadas y presentes, la exigencia constitucional de que con las penas y medidas de seguridad se persiga la resocialización y reeducación de la persona penada. Así como por la necesidad de cumplir con las disposiciones constitucionales y las exigencias de instancias supraestatales. En definitiva y más importante, porque es un derecho de las víctimas a ser oídas, a participar de forma activa en el proceso penal y a la propia consideración de esta participación como reparación, hemos de abordar la regulación de los delitos de violencia de género con una vocación reformadora, restaurativa, reparadora, resocializadora y garantista cuyo eje sea la atención a las víctimas, la satisfacción de sus necesidades y la atención a su voluntad constitucional¹³⁷⁶.

La denegación de un derecho basada en la falta de capacidad no es sino una incapacitación tácita a perpetuidad. Allá donde haya una mujer con una relación sentimental con un hombre, la lupa de lo jurídico acentuaría las diferencias que impone lo estereotipado del aspecto cultural. Las dudas sobre la capacidad o voluntad de unas víctimas no deberían justificar la denegación de un derecho, sino señalar la dirección donde dirigir las acciones políticas, jurídicas, económicas y asistenciales que hagan posible el ejercicio del mismo.

3.5 Derecho a justicia gratuita

Se trata de un derecho que ha experimentado una evolución en su tratamiento desde su consideración como “beneficio de pobreza”¹³⁷⁷ a su extensión por motivos de estrategia de política procesal criminal.

Conforme al artículo 13 de la Directiva 2012/29/UE (transpuesto en el artículo 16 LEVD), la asistencia jurídica gratuita solo se garantizará en los casos en que las víctimas tengan el estatus de parte en el proceso penal. Esta limitación supone una doble restricción dado que las víctimas no tienen derecho a la acción penal en la mayoría de Estados¹³⁷⁸ y desde una perspectiva de género las víctimas de delitos basados en el género no muestran una actitud activa respecto de la denuncia¹³⁷⁹. En el primer aspecto, identifica la FRA a seis EEMM donde la posibilidad de recurrir a servicios de apoyo se hace depender de la posición de denunciante de la víctima¹³⁸⁰. No contamos con la

¹³⁷⁶ Entendiendo por ésta aquella decisión de la víctima de hacer valer sus derechos fundamentales y libertades públicas contra prácticas, roles o papeles asociados históricamente a su sexo.

¹³⁷⁷ Vid. GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *El beneficio de pobreza: (la solución española al problema del acceso gratuito a la justicia)*, Bosch, Barcelona, 1982.

¹³⁷⁸ Vid. Comparativa ofrecida por FRA para el año 2013 <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/vss>, así como en el *Victims' rights as standards of criminal justice – Justice for victims of violent crime, Part I*, accesible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/justice-victim-crime-standards> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁷⁹ Las estadísticas del CGPJ muestran que en el año 2018 de las 166.961 denuncias que se presentaron por violencia de género solo en el 2,80% de los casos fue presentada directamente por la víctima, apareciendo la presentación a través de atestado policial con denuncia de la víctima en el 66.26% de los casos. CGPJ, *Informe Anual sobre violencia de género*, 2018, esp. p. 5, Accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁸⁰ Bulgaria, España, Hungría, Letonia, Polonia, Rumania, accesible en <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/vss> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

información estadística respecto a las víctimas que se personan como parte en los procesos por violencia de género, pero podemos presumir que una actitud no activa en la fase de denuncia (de forma autónoma, sin intermediación de atestado policial) nos sugiere una falta de iniciativa procesal autónoma. Si bien, necesitaríamos apoyarnos en datos estadísticos como a los que aludiremos en la fase de ejecución.

A todo ello hay que añadir que existe una disparidad en quién se encarga de ofrecer la asistencia jurídica gratuita. Así, el Estado es el encargado en Chipre, Dinamarca, Estonia, España, Francia, Croacia, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía, Suecia y Reino Unido. Los servicios de apoyo a las víctimas son los encargados en Austria. Y ambos son los encargados en Alemania, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, Eslovaquia, Grecia, Finlandia, Hungría, Italia, Letonia, Países Bajos, Polonia y República Checa.

Respecto a las reticencias de las víctimas de violencia basada en el género a denunciar (cuanto más para constituirse como parte), señala la FRA estas razones disuasorias para presentar denuncias en las víctimas de violencia por parte del compañero sentimental¹³⁸¹. Señala la FRA el papel importante que tienen los hospitales y centros de salud tanto a la hora de detectar casos de violencia de género (siguiendo la tipificación española)/violencia contra la pareja (siguiendo la mayoría de las regulaciones penales europeas) como a la hora de recibir la denuncia por parte de las víctimas¹³⁸². Para lo que el artículo 28 del Convenio de Estambul señala la importancia de evitar que principios como la confidencialidad o deberes como el de secreto profesional impidan que profesionales del ámbito de la salud puedan presentar denuncias por violencia contra la pareja¹³⁸³.

En la transposición española, el reconocimiento de este derecho se establece en el artículo 16 LEVD. Asimismo, hemos de remitirnos a la regulación general del derecho a la asistencia jurídica gratuita consagrado en el artículo 119 de la Constitución Española. Así en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita¹³⁸⁴, su artículo 2 letra g) dispone que “*Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a*

¹³⁸¹ FRA, *Women as victims of partner violence Justice for victims of violent crime. Part IV*, esp. p. 33, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-4-women_en.pdf (Último acceso: 5 de noviembre de 2019). Asimismo, el TS ha venido describiendo el denominado “escenario del miedo” en su STS 247/2018, de 8 de mayo “*que aunque se desdobra en actos aislados de hechos que pueden conllevar, individualmente considerados, una penalidad reducida, la reiteración en esos hechos provoca un doble daño en la víctima,(...), autor del que vienen los hechos, que no se trata de un tercero ajeno a las víctimas, sino de la pareja de la víctima, o el padre de las mismas, como aquí ocurre, lo que agrava el padecimiento de las víctimas de violencia de género y doméstica*”. A este respecto, señala el CGPJ que el 80% de las mujeres asesinadas por su esposo/novio en el período desde 2009 a 2018 no habían denunciado previamente, *Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja en los años 2016 a 2018*, 2019, esp. p. 52.

¹³⁸² Según un informe de la FRA, los hospitales reciben más denuncias que la policía, *ibidem*. esp. p. 33.

¹³⁸³ Cuestión que nos remitiría a los procedimientos y actuaciones que prevén los distintos Protocolos sectoriales.

¹³⁸⁴ BOE de 12 de enero de 1996, n.11, pp. 793-803, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/1996/01/10/1> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos.” Modificado por medio del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita¹³⁸⁵, en clara relación con el artículo 20 de la LOMPIVG tras su modificación por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹³⁸⁶. Así, nos encontramos con que dos tipologías victimales concretas de las reguladas en el Convenio de Estambul tienen concedido el beneficio de la justicia gratuita con independencia de los recursos económicos: las víctimas de violencia en la pareja y las víctimas de trata. Lo cual es muy criticable y es consecuencia directa de la limitación conceptual con que se ha regulado la denominada violencia de género en España y que es criticada por la Plataforma Estambul Sombra¹³⁸⁷.

Como pusimos de manifiesto en el Capítulo Cuarto, la particularidad de la precisión de cuándo se considera víctima a estas presuntas víctimas¹³⁸⁸ se encuentra en sintonía con la no exigencia de la personación como parte en el proceso para obtener este derecho que remarca el Parlamento Europeo en su Resolución de 30 de mayo de 2018 sobre la Implementación de la Directiva 2012/29/UE, así como el artículo 18.4 del Convenio de Estambul. Ahora bien, su óptima materialización se encuentra con el obstáculo ligado a los recursos humanos y económicos. Así en la Medida 141 del Pacto de Estado en materia de violencia de género se acuerda *“Reforzar la asistencia jurídica a las mujeres víctimas antes y durante todo el procedimiento judicial e incluso después de éste, durante la fase de ejecución de condena, incorporando un mayor número de letrados y letradas a los turnos de oficio especializados y mejorando la formación especializada de los mismos”*¹³⁸⁹. Como muestra en el Informe de la Plataforma

¹³⁸⁵ BOE de 23 de febrero de 2013, n. 47, pp. 15205-15218, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/02/22/3> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁸⁶ BOE de 6 de octubre de 2015, n. 239, pp. 90240-9028, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/05/42> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁸⁷ Plataforma Estambul Sombra España, integrada por ONGs feministas, de cooperación internacional y de derechos humanos. Informe de 22 de octubre de 2018, accesible en https://plataformaestambulsombra.files.wordpress.com/2019/02/informeestambulsombra_esp.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁸⁸ *“A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere esta letra, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justifica gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento”, artículo 2.g) de la Ley 1/1996.*

¹³⁸⁹ Documento Refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de violencia de género. Congreso + Senado, accesible en http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

Estambul Sombra, desde la aprobación del Pacto de Estado se ha aumentado las partidas presupuestarias¹³⁹⁰.

En esta línea, unas de las exigencias desde el Consejo General de la Abogacía Española es el establecimiento del carácter preceptivo del asesoramiento jurídico a las presuntas víctimas antes de la interposición de la denuncia. Una exigencia que sigue siendo criticable en cuanto se vincula el asesoramiento a la existencia de un proceso penal como pone de manifiesto por la Plataforma Estambul Sombra¹³⁹¹.

Hay que señalar que la legislación española en cuanto a la pérdida del beneficio de la justicia gratuita adopta una especial perspectiva de género cuando en su artículo 2 apartado g) de la Ley 1/1996 precisa que “*El beneficio de justifica gratuita se perderá tras la firmeza de la sentencia absolutoria, o del sobreseimiento definitivo o provisional por no resultar acreditados los hechos delictivos, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento*”. Una muy oportuna prescripción legal respecto a la no obligación de abonar el coste en caso de sentencia absolutoria o sobreseimiento dado que en caso contrario desincentivaría la solicitud de asesoramiento por parte de las víctimas ante las altas probabilidades de que la sentencia no sea condenatoria. Recordemos que en sede de los Juzgados de violencia sobre la mujer la forma de terminación “sobreseimiento provisional” alcanza la cifra de 41,51% según los datos del CGPJ para el año 2018. Además, se trata de una prescripción legal en sintonía con el artículo 35 LEVD que obliga al reembolso de las subvenciones y ayudas percibidas por condición de víctima en caso de haber sido condenada por denuncia falsa o simulación de delito.

Es necesario terminar mencionando la necesidad de dotar de recursos humanos, económicos y técnicos a los Colegios de Abogados y Abogadas expresamente a los turnos de oficio especializados en delitos de violencia contra las mujeres como violencia de género, trata de personas o delitos de odio¹³⁹².

3.6 Derecho al reembolso de gastos

Derecho reconocido en el artículo 14 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 14 LEVD.

El ejercicio material de este derecho está condicionado a la participación “activa” de la víctima de acuerdo con la dicción literal de la Directiva 2012/29/UE. Esta exigencia se ha transpuesto a la legislación española exigiendo acusación particular dado que se precisa que se procederá a este reembolso “*cuando se hubiera condenado al*

¹³⁹⁰ Informe de 22 de octubre de 2018, op. cit. esp. p. 9. También en la página 40 del Informe aparecen desglosados los presupuestos por Comunidad Autónoma.

¹³⁹¹ *Ibidem*, esp. p. 28.

¹³⁹² Problemática que se ejemplifica en el recurso planteado por la Asociación de Letrados por un Turno de Oficio Justo contra la salida a concurso del Servicio de Orientación Jurídica de Madrid que se suma al presentado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Ver noticia en <https://judicial.elconfidencialdigital.com/articulo/bufetes/abogados-madrid-llevar-tribunales-privatizacion-turno-oficio/20190705135818002689.html> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

acusado a instancia de la víctima o tras haberse revocado la resolución de archivo por recurso interpuesto por la víctima". Esta exigencia de personarse como acusación particular para ejercer los derechos procesales ha sido criticada por el propio Parlamento Europeo en su Resolución de 30 de mayo de 2018 sobre la implementación de la Directiva 2012/29/UE a la que hemos aludido. Aunque su crítica aparece referida al derecho a la asistencia jurídica gratuita (punto 10), la entendemos extensible al resto de derechos procesales por los efectos negativos que puede generar. Así, nos encontramos con que víctima que no se persone como parte pero en situación de vulnerabilidad, y/o de dependencia económica, y/o de insuficiencia de recursos, no vea reembolsados los gastos que le genere su involucración en el procedimiento por ejemplo si es llamada como testigo.

El EIGE señala expresamente este artículo como una Debilidad dentro del análisis DAFO que realiza de la Directiva. Tanto por la diversidad en el rol que se permite a la víctima en los tres modelos de procesos penales (parte, mera víctima o actor civil) y la limitación que ello ya supone a la consideración del término "participación activa" como por las condiciones o procesos de reembolso. Además, señala el EIGE la discrecionalidad de la autoridad señalando lo que estime por "gastos necesarios" y la exclusión de las costas de esta consideración de conformidad con el Consideración 47 de la Directiva 2012. Una exclusión muy importante para las víctimas de violencia contra las mujeres que no tengan concedido el derecho a la asistencia jurídica gratuita como en España excepto las víctimas de violencia de género y de trata, que son las tipologías delictivas expresamente previstas.

3.7 Derecho a la restitución de bienes

Reconocido en el artículo 15 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 18 LEVD. En el marco del análisis DAFO que realiza de la Directiva 2012/29 desde la perspectiva de género, señala el EIGE como principal Amenaza para la materialización de este derecho la condición de que el buen fin del proceso penal no necesite del mantenimiento de la incautación de los bienes. En concreto en el Considerando 48 se alude a cuestiones legales relacionadas con la propiedad o posesión de los bienes. Entiende el EIGE que precisamente este tipo de cuestiones son frecuentes en casos de violencia en el marco de relaciones personales.

En la transposición española de este artículo la limitación de este derecho se vincula con la necesidad de conservación de los "efectos". Un término que es utilizado a lo largo de la LECrim como todo elemento que pueda tener un carácter probatorio. Así es incluido en la definición de "cuerpo del delito" del artículo 334 LECrim como "*armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones o en poder del reo o en otra parte conocida*".

En el artículo 284 LECrim se refiere específicamente a la "*incautación de efectos que pudieran pertenecer a una víctima*" y la recurribilidad de la resolución en cualquier

momento de conformidad con el artículo 334 LECrim. A pesar de la limitación de este derecho de restitución de la víctima del delito, a todas luces parece evidente la necesidad de la limitación. A fin de cuentas, la voluntad de la víctima respecto a la devolución del “bien” ha de satisfacerse una vez se haya esclarecido el presunto delito.

Por otro lado, el hecho de no haberse condicionado la restitución de los efectos incautados a la posición procesal de la víctima es un acierto del legislador europeo.

3.8 Derecho a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor en el curso del proceso penal

Reconocido en el artículo 16 de la Directiva 2012/29/UE. En la trasposición española es muy criticable que no se haya recogido de forma expresa este derecho¹³⁹³

Siguiendo a VAN DIJK el término pena deriva del griego “*penos*” que significa “compensación”, no del latín “*poena*” que significa “castigo”¹³⁹⁴. Ésta es una importante aclaración porque, por un lado, sitúa en uno u otro lugar (o cuerpo) la respuesta del sistema jurídico penal (una interpretación etimológica que nos situaría en, o quien delinque, o en la en la persona dañada) y, por otro lado, otorga una transcendencia al sistema jurídico en el sentido de depositar en el sistema procesal penal una determinada finalidad: o castigar o compensar.

Asimismo, es importante esta aclaración porque nos sugiere una idea u otra de lo que busca la víctima a través del proceso penal: ser compensada o castigar. Ello nos remite a la arcaica idea de que con la “expropiación” estatal del conflicto de la víctima, se prohibía la “venganza privada”. Como si este ánimo de venganza fuera una reacción de la víctima, o al menos como si fuera la única. Como señala VAN DIJK, la consideración de la víctima representada como “ideal” en la sociedad aparece como aquella que no busca la destrucción del infractor siguiendo con la idea de la incidencia del cristianismo en el perdón y la reconciliación. El autor señala otras reacciones de las víctimas “ideales” que han de ser potenciadas por los Estados como la búsqueda de una petición de perdón y muestra de arrepentimiento sincero por parte del infractor, la focalización del sentimiento de odio en la reconstrucción de sus vidas sin el infractor, la mera predisposición a olvidar y seguir con su vida, la transformación del dolor y el odio en activismo social¹³⁹⁵. Así, recoge VAN DIJK el caso de Mukhtar Mai, víctima de violación en un pueblo de Pakistán. Utilizó el dinero de la indemnización para construir una escuela local para chicas y comenzó a ser una activista por la igualdad de género. Otros casos de activismo de las víctimas es el de la madre de un niño asesinado en Países Bajos revictimizada por errores policiales, comenzó a participar en la formación

¹³⁹³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Sobre los derechos de las víctimas del crimen y la mejora de su posición jurídica”, op. cit. esp. p. 67.

¹³⁹⁴ VAN DIJK, Jan J.M., “The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime”, op. cit., esp., p.13.

¹³⁹⁵ *Ibidem.* esp. p.26. Ello no obstante, merecería ser analizado en profundidad, aunque excede los intereses de este capítulo, hasta qué punto aquella víctima que no muestra un sentimiento de odio y venganza es puesta en duda en su condición de víctima al ser sentimiento que, si bien se tratan de reprimir y canalizar por el sistema penal y procesal penal, se entiende “inevitables” en quien ha sufrido un delito.

de la policía ofreciendo cursos de formación basados en su experiencia. O el *Centre for Crime Science* en Londres, uno de los centros expertos líderes en prevención de delitos del mundo, creado por el compañero de trabajo y el prometido de la presentadora Jill Wendy Dando, víctima de un asesinato callejero en 1999¹³⁹⁶.

Estas ideas respecto a qué desea la víctima con respecto a su propia victimización pueden a su vez ser analizadas desde la óptica de la diferencia entre “hacer justicia” y “deshacer una injusticia” que apunta ANTOY PEMBERTON en base a la teoría de JUDITH SKLAR¹³⁹⁷.

El reconocimiento del derecho a obtener una decisión sobre la reparación del infractor, en su trasposición española no cuenta con un artículo que se refiera en concreto a este derecho. Aparece referido en los artículos 5.1.e), y artículo 28.1 a) y d) LEVD. Hemos de acudir a la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹³⁹⁸. Esta Ley establece unas ayudas de contenido económico para determinadas víctimas y asistencia para todo tipo de víctimas. En cuanto a las primeras, quedan limitadas a las víctimas de delitos dolosos violentos o contra la libertad sexual (artículo 1).

En su artículo 13 se establece la subrogación del Estado disponiendo que *“El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo. La repetición del importe de la ayuda contra el obligado civilmente por el hecho delictivo se realizará, en su caso, mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación.”*

En el Informe de 2018 de la Plataforma Estambul Sombra se pone de relieve que tanto estas ayudas de la Ley 35/1995 como del Real Decreto 738/1997 de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual¹³⁹⁹, tienen reconocida una menor cuantía y condiciones de acceso más restrictivas que las ayudas reconocidas a las víctimas de terrorismo para casos de daño equivalente. En concreto se especifica que para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual *“se les exige que las lesiones causen una incapacidad temporal de más de 6 meses (durante los que no existe ayuda) o permanente igual o superior al 33%. Su importe oscila entre 21.513 € por Incapacidad Permanente Parcial a 64.540€ por fallecimiento y 69.919 por Gran Invalidez, cuatro personas a cargo e ingresos inferiores al IPREM será de 69.226 €. Su tramitación es poco accesible y poco sensible en el trato a las víctimas. Las víctimas de terrorismo*

¹³⁹⁶ *Ibidem*, esp. p. 25.

¹³⁹⁷ PEMBERTON, Antony, *A theory of injustice*, Universidad de Tilburg, 2016, accesible en http://www.cityu.edu.hk/ss_wsv2018/about/files/Plenary%202.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁹⁸ BOE de 12 de diciembre de 1995, n. 296, pp. 35576-35581, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/12/11/35> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹³⁹⁹ BOE de 27 de mayo de 1997, n. 126, pp. 16244-16265, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/05/23/738> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

disfrutan de mayor reconocimiento material, social y político. Las indemnizaciones por daños personales oscilan entre 75.000 y 125.000 euros por Incapacidad Permanente Parcial; 500.000 y 750.000 € por Gran Invalidez y de 250.000 a 500.000 € por fallecimiento de la víctima directa. Son retroactivas, están exentas de tributación y de tasas en el sistema educativo, se suplementan por varias Comunidades Autónomas y tienen pensiones extraordinarias o excepcionales vitalicias cuya cuantía es del 200% de la base reguladora o, si la víctima no estaba en la Seguridad Social, una pensión vitalicia del triple del Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples (IPREM= 537,84 €/mes)”¹⁴⁰⁰. Las ayudas por actos terroristas a las que hace referencia son las estipuladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y su desarrollo reglamentario por medio del Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre.

A todo lo anterior hay que añadir que este derecho a obtener una decisión sobre la indemnización es reconocido con independencia del lugar de residencia conforme al Considerando 49 siempre que se trate de un Estado Miembro. Un reconocimiento restrictivo en la LEVD de 2015 que podríamos valorar en contraste con el artículo 2 del Reglamento de 1997 de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual que dispone “*A efectos de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley, se entenderá que residen habitualmente en España los extranjeros que permanezcan en su territorio en la situación de residencia legal que se regula en el artículo 13 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España.*”. En su artículo 36.1 letra c) establece “*Quienes no sean españoles ni nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea pero en el momento de perpetrarse el delito residieran habitualmente en España, deberán aportar el correspondiente permiso de residencia referido a dicho momento.*” Una interpretación restrictiva que produce una revictimización de víctimas no nacionales españolas vulnerables tanto en situación administrativa regularizada (deben demostrar un sistema de ayudas equivalente para los españoles en su Estado) como en situación administrativa de irregularidad acrecentando su situación de vulnerabilidad. A fin de cuentas, se trata de delitos cometidos en territorio español (artículo 1 de la Ley 35/1995)¹⁴⁰¹. De hecho, en el Real Decreto 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, se establece el reconocimiento de las ayudas en caso de actos terroristas cometidos fuera del territorio español bajo ciertas condiciones¹⁴⁰². La situación puede ser tan

¹⁴⁰⁰ Plataforma Estambul Sombra España, Informe de 22 de octubre de 2018, op. cit. esp. p. 23.

¹⁴⁰¹ Una situación que para casos de nacionales de EEMM fue declarada contraria al artículo 7 de Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en la STJUE de 2 de febrero de 1989, asunto 186/87, asunto *Cowan y Trésor Public*, ECLI:EU:C:1989:47, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95363&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4079136> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁰² Según su artículo 2 letras a) y b) se precisa como condiciones que “*Que los daños hayan sido causados por actos cometidos por grupos que operen habitualmente en España. b) Que las acciones terroristas estuvieran dirigidas a atentar contra el Estado español o los intereses españoles.*”. A lo que el artículo 3 añade “*Se aplicará igualmente el citado régimen a los españoles víctimas de acciones terroristas cometidas fuera del territorio nacional no comprendidos en el apartado anterior, en las condiciones previstas en el presente Reglamento.*” En su artículo 4.5 se refiere a las víctimas españolas de actos terroristas que no se dirijan contra el Estado español ni sus intereses que no reúnan los anteriores requisitos y su derecho al abono de los resarcimientos por daños personales.

desfavorable para las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y falta de lógica desde el prisma de la Victimología que una mujer española que participe en “*una operación de paz y seguridad que forme parte de los contingentes de España en el exterior*” (conforme al artículo 2.4 del Reglamento de la Ley 29/2011) podría recibir una ayuda en caso de acto terrorista pero no en caso de delito violento o contra la libertad sexual (cuando no se considere territorio español). Se podrá argumentar que son delitos distintos. Y efectivamente son delitos distintos pero existen tipos comisivos de terrorismo sin medios violentos como la tenencia de armas o delitos informáticos (artículo 573 CP), además de que se reconocen ayudas en caso de actos terroristas sin vinculación con España (ni por comisión ni por finalidades) y, por otro lado, en la legislación española se tipifica como terrorismo la comisión de un delito contra la libertad sexual si se lleva a cabo con las finalidades señaladas en el artículo 573.1 CP español. Entre la que se incluye “*Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*”¹⁴⁰³. Una tipología de comisión que nos lleva a preguntarnos ¿a quién se pretende aterrorizar por medio de delitos contra la libertad sexual en su mayoría cometidos contra mujeres en contextos bélicos? ¿Al Estado al que pertenecen las víctimas? ¿al pueblo o etnia al que pertenecen las víctimas? ¿a quienes reúnan las condiciones identitarias de las víctimas? Si es posible reconocer ayudas a víctimas españolas por actos terroristas por medio del atentado contra la libertad sexual sin vinculación con España (ni territorial ni teleológica) carece de lógica no indemnizar a víctimas españolas de delitos contra la libertad sexual que ocurran en el extranjero por delitos violentos y contra la libertad sexual con carácter subsidiario a las que pueda recibir en el Estado de comisión (siguiendo la dicción del artículo 22 del Reglamento de la Ley 29/2011).

Hay quien podría objetar el porqué traer en este momento la comparación entre las ayudas públicas que reciben un tipo de víctimas de determinados delitos con respecto a otras víctimas de otros delitos. Y bien, entendemos que los distintos delitos de violencia contra las mujeres se insertan en unas bases etiológicas que trascienden a la mujer en sí sobre la que se perpetra el delito concreto. Es decir, lo que determina que un delito se considere violencia contra las mujeres (bien por su motivación, bien por que afecte de forma desproporcionada a las mujeres) responde a una lógica histórica e histórico-jurídica basada en la discriminación de las mujeres y la desigualdad que entronca

¹⁴⁰³ Finalidad que ha sido señalada en la literatura en casos de delitos contra la libertad sexual y la violencia simbólica que genera en el imaginario colectivo actuando como amenaza permanente para las mujeres y limitando de forma más o menos intensa derechos como la libertad deambulatoria o la toma de decisiones que pueden comprometer la capacidad de modificar un previo consentimiento o de llegar a un determinado límite en las relaciones personales. Ejemplos prácticos como una mujer caminando sola por la calle de madrugada, una mujer en un ascensor con un hombre, una mujer que acepta una copa en casa de un conocido, una mujer que consiente una determinada relación de contenido sexual hasta un determinado límite, y cuyos comportamientos previos y posteriores, palabras exactas, gestos y silencios son y han venido siendo interpretados conforme a reglas sociales. Solo desde el momento en que se incorpora la perspectiva de género en las ciencias jurídica y victimológica, se comenzaron a señalar la necesidad de evitar culpabilizar a la víctima desde las consideraciones sociales de “lo correcto”, “lo adecuado” y “lo merecido”. Quizás habría que revisar la disparidad entre el uso del término “terror” para delitos de terrorismo pues no es más que el “miedo muy intenso” (según la RAE, accesible en <https://dle.rae.es/?w=terror> último acceso: 13 de diciembre de 2019) que se reconoce en situaciones de intimidación o violencia en otras tipologías delictivas como los delitos contra la libertad sexual.

directamente con un ataque al reconocimiento de un Estado Democrático de Derecho¹⁴⁰⁴. Tanto los delitos de terrorismo como los delitos de violencia contra las mujeres trascienden a las propias personas sobre las que se proyectan los hechos típicos. Persiguen subvertir o no reconocer la ordenación de una determinada forma de organización política (democracia e igualdad). Con todo ello, entendemos que las ayudas en caso de delitos de violencia contra las mujeres y contra la libertad sexual deberían asimilarse en las cuantías y procedimientos a las ayudas establecidas en casos de terrorismo. No solo por carecer de justificación la diferencia cuando los resultados lesivos son los mismos, sino porque, además, se trata de delitos expresamente mencionados de forma simultánea en la Directiva 2012/29 cuando se señalan las víctimas delitos con especial riesgo de revictimización y víctimas vulnerables. Así, el Considerando 57 y el artículo 23.3 Directiva 2012/29. A lo que añadiríamos la propuesta del Grupo de expertos y expertas del CGPJ español de, o bien unificar criterios para la fijación de indemnizaciones o bien aprobar un *baremo indemnizatorio en casos de violencia de género dada la especialidad de las lesiones que sufren las víctimas*¹⁴⁰⁵.

En cuanto a su naturaleza, resulta interesante el párrafo 51 de las Conclusiones del Abogado General en el asunto *Cowan c. Trésor Public* en la que se niega el carácter de prestación social “*La simple circunstancia de que la indemnización de las víctimas se haga con cargo a fondos públicos no basta para atribuirle esta calificación. Ésta debe considerarse como la compensación de un perjuicio sufrido y recuerda en este sentido a las acciones de resarcimiento de daños y a las acciones de indemnización de perjuicios tanto de Derecho civil como de Derecho público. (...) Precisando la responsabilidad subrogada del Estado “Nuestro punto de vista no se ve invalidado por el hecho de que no sea el Estado quien originó el daño. Al promulgar una legislación relativa a la indemnización de las víctimas, el Estado adopta de alguna forma la posición de un garante respecto a la reparación de un perjuicio, no susceptible de reparación por ninguna otra vía, nacido de la violación de bienes jurídicamente protegidos que los poderes públicos tenían como misión proteger pero cuya salvaguardia no han sido capaces de asegurar”*¹⁴⁰⁶. Una responsabilidad que en caso de delitos de violencia contra las mujeres se recoge por primera vez en un instrumento jurídico en el Convenio de Estambul.

¹⁴⁰⁴ Esta interrelación entre feminismo y democracia aparece explicada y desarrollada en VALCÁRCEL, Amelia, *Ahora, feminismo. Cuestiones candentes y frentes abiertos*, Cátedra, Madrid, 2019, esp. p.91.

¹⁴⁰⁵ CGPJ, *Análisis de las sentencias dictadas en el año 2016, relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o expareja y de menores a manos de sus progenitores*, 2018, esp.p.18, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/Analisis-de-las-sentencias-dictadas-en-el-ano-2016--relativas-a-homicidios-y-o-asesinatos-entre-los-miembros-de-la-pareja-o-ex-pareja-y-de-menores-a-manos-de-sus-progenitores> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁰⁶ Conclusiones del abogado general Carl Otto Lenz, 6 de diciembre de 1988, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=95438&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4079136> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

Por otro lado, la compensación o indemnización a las víctimas de delitos genera la necesaria profundización acerca de qué reparar y cómo hacerlo. Hicimos referencia en el Capítulo Sexto al estudio de ANTONY PEMBERTON, PAULINE AARTEN y EVA MUDLER respecto a la reparación a través del sistema de justicia (retributivo y/o restaurativo) se repara tanto aspectos relativos a la dimensión “agencia” (relativa a la experiencia de competencia, logros y poder) como a la “comunidad” o sentimiento de integración y conexión con un grupo¹⁴⁰⁷. La importancia de este estudio reside en su incidencia en la satisfacción de las víctimas con el proceso a través de la denominada justicia procesal (referida a la percepción de justicia del proceso) que incide en la dimensión individual (tener voz) y ser tratada de acuerdo con su dignidad (Justicia interpersonal¹⁴⁰⁸) y en la dimensión colectiva a través de la recuperación o fortalecimiento de su identidad social.

A ello añadiríamos la necesidad de atender a las específicas características de las víctimas y las modalidades particulares de reparación como la importancia otorgada por las víctimas de trata con fines de explotación sexual de origen africano a los ritos de vudú, así como las modalidades de reparación fijadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁰⁹. Interesa en este sentido también la referencia a la incidencia de la violencia contra las mujeres en la generación de adicciones en las mujeres víctimas¹⁴¹⁰. Esta situación ha de ser tenida en cuenta a la hora de fijar las cuantías indemnizatorias previendo la necesidad de medicamentos, terapias y la asistencia sanitaria que precisa la víctima para salir de la situación violenta y de adicción a las sustancias psicotrópicas.

No podemos dejar de mencionar las conclusiones del estudio de las investigadoras HELENA SOLETO Y AUREA GRANÉ¹⁴¹¹ aún a pesar de que, como pusimos de manifiesto, las víctimas de violencia de género estaban expresamente excluidas del estudio (p.40). Sería deseable comprobar si en casos de condena por delitos violencia

¹⁴⁰⁷ PEMBERTON, Antony, AARTEN, Pauline y MUDLER, Eva, “Beyond retribution, restoration and procedural justice: the Big Two of communion and agency in victims’ perspectives on justice”, *Journal Psychology, Crime & Law* 2017, n. 23, vol.7.

¹⁴⁰⁸ BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata, “La Directiva 2012/29/UE y su transposición en los Estados Miembros: el estatuto de la víctima del delito en España”, en Mar Jimeno Bulnes (dir.) y Rodrigo Miguel Barrio (coord.), *Espacio judicial europeo y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 331-363, esp. p. 346, el concepto de “Interpersonal justice” incluye el reconocimiento al que alude la autora.

¹⁴⁰⁹ RUIZ LÓPEZ, Cristina, “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fin de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, *La ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario* 2017, n. 127, <https://revistas.laley.es>

¹⁴¹⁰ CALDENTEY, Clara, TIRADO MUÑOZ, Judit, FERRER, Tessie, FONSECA CASALS, Francina, ROSSI, Paola, MESTRE-PINTÓ, Juan Ignacio y TORRENS MELICH, Marta, “Violencia de género en mujeres con consumo de sustancias ingresadas en el hospital general: cribado y prevalencia”, *Adicciones* 2017, vol.29, n.3, pp. 172-179, las autoras señalan en la parte introductoria los problemas de salud que genera la violencia de género como patologías ginecológicas, infecciones de transmisión sexual, problemas gastrointestinales, dolor agudo/crónico, etc. Los resultados de su estudio señalan que existe “una elevada prevalencia de Violencia de género entre las mujeres consumidoras de más de una sustancia de abuso” (esp. pp. 176 y ss). Asimismo, mencionan los primeros estudios que señalan la prevalencia de la violencia de género en víctimas adictas al alcohol y otras sustancias como en EL-BASSEL, Nabila, GILBERT, Louisa, WU, Elwin, GO, Hyun y HILL, Jennifer, “Relationship between drug abuse and intimate partner violence: a longitudinal study among women receiving methadone”, *American Journal of Public Health* 2005, n.95, pp.465- 470, en el que las autoras concluyen que existe una relación bidireccional entre el uso frecuente de drogas y violencia en la pareja y que varía según el tipo de droga.

¹⁴¹¹ SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2019.

contra las mujeres (en su configuración por el Convenio de Estambul) se dan los mismos hallazgos que en el estudio realizado por las investigadoras¹⁴¹².

3.9 Derechos de las víctimas residentes en otro Estado Miembro

Referenciados en el artículo 17 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 17 LEVD.

Respecto a este derecho queremos manifestar que desde una perspectiva de género la principal dificultad que se plantea es la derivada de la diversidad punitiva de los delitos de violencia contra las mujeres en la UE. Esta situación legislativa ocasiona que el derecho de las víctimas de violencia contra las mujeres de presentar una denuncia en otro Estado Miembro, distinto al del lugar de comisión, pueda quedar en un derecho vacío de contenido si en el lugar de comisión no es delito lo denunciado y la autoridad judicial que recibe la denuncia declara la falta de jurisdicción y remite la denuncia a las autoridades competentes del Estado de comisión de los hechos.

4. Protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial

4.1 Derecho a la protección

Derecho regulado en el artículo 18 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 19 LEVD.

Siguiendo el informe de la FRA del año 2019, cuando las víctimas de violencia contra la pareja denuncian ante la policía su principal interés es la protección por encima de la “Justicia”¹⁴¹³, ya sea en la manifestación procesal de la Justicia (investigación efectiva, participación, debida consideración) o material (establecimiento de la verdad, condena del acusado y compensación)¹⁴¹⁴. Es una clara manifestación de cómo para las víctimas, de forma general, es mayor el peso de la sensación de estar riesgo que de estar sufriendo una vulneración de derechos por la que has de ser reparada.

Las conclusiones del FRA respecto a la protección derivada de las entrevistas mantenidas con 154 profesionales relacionados con víctimas de violencia por parte del

¹⁴¹² La conclusión general es el incumplimiento de los estándares europeos en cuanto a la reparación de las víctimas. Esta conclusión se basa en hallazgos como la falta de pago por parte de los/as condenados/as de las indemnizaciones fijadas en sentencia ejecutoria, la casi inexistencia de la ayuda económica por parte de la Administración, el largo lapso temporal que media entre la comisión del hecho típico y el pago (de media cinco años), la mayor probabilidad de pago en caso de que no se establezca pena de prisión, la ausencia de repercusión de los seguros de responsabilidad civil. SOLETO, Helena y GRANÉ, Aurea, “El proceso penal, mecanismo ineficaz de compensación a la víctima: un estudio de campo”, *Revista de Victimología/ Journal of victimology* 2018, n.8, pp. 35-81, esp. pp. 74 y ss.

¹⁴¹³ FRA, *Women as victims of partner violence Justice for victims of violent crime. Part IV*, esp. p. 34, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-4-women_en.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴¹⁴ Diferenciación en FRA, *Victims' rights as standards of criminal justice. Justice for victims of violent crime, Part I.*, 2019, p.35.

cónyuge/novio de seis EEMM señalan que hay una falta de protección a las víctimas derivada principalmente de una respuesta inadecuada de la policía; deficiencias en la derivación de las víctimas a servicios de apoyo, coordinación incompleta entre organizaciones de apoyo; implementaciones insuficientes de las órdenes de protección judiciales; la legislación y la organización deben mejorar así como la formación de los y las profesionales que están en contacto con este tipo de víctimas¹⁴¹⁵.

Una de las críticas que realiza el EIGE de este artículo es la amplitud de su formulación, sin precisar situaciones ni medidas concretas. Esto supone una Amenaza por la diversa transposición de sus términos. Este derecho encuentra una de sus primeras manifestaciones en la Plataforma de Acción Beijing de ONU Mujeres¹⁴¹⁶. Este último artículo sí recoge una serie de medidas de protección. Esta amplitud e imprecisión se refleja en la formulación del artículo 19 LEVD aunque en la transposición española sí se mencionan qué medidas se pueden adoptar en el artículo 25. Siendo necesaria una lectura conjunta entre la Directiva 2012/29 y el Convenio de Estambul, en concreto los artículos 51 a 56 en los que se detallan las medidas de protección a adoptar.

En la trasposición española se hace expresa mención a la posibilidad de que las víctimas renuncien a las medidas de protección de los artículos 25 y 26 LEVD. Una limitación de esta capacidad de renunciar que excluye la renuncia a las medidas de protección aludidas en el artículo 19 LEVD que remite a la LECrim y respecto de las cuales las víctimas no podrán renunciar.

Otras de las Debilidades de este artículo según el EIGE es la precisión *in fine* “*cuando sea necesario*” en referencia a la protección física dado que la valoración de esa necesidad se torna en el principal foco a determinar. Una valoración del riesgo a la que se refiere el artículo 51 del Convenio de Estambul precisando que se ha de tener en cuenta el riesgo de letalidad, la gravedad de la situación y el riesgo de reincidencia. Remarca la exigencia de coordinación entre autoridades y profesionales intervinientes y la previsión de la posibilidad de que el presunto agresor tenga armas de fuego. A este respecto, deberíamos acudir a la regulación de la OEP. La letra R de la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección expresamente se señala esta interconexión “*Considerando que existe un fuerte vínculo entre el funcionamiento de la OEP y las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, establecidas en virtud de la Directiva 2012/29/UE;(…)*”.

En el Punto 28 se “*Insta a que, de acuerdo con la visión reiterada a menudo por asociaciones de víctimas de violencia de género, se ensayen procedimientos que*

¹⁴¹⁵ FRA, *Women as victims of partner violence Justice for victims of violent crime. Part IV*, esp. p. 59, accesible en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-justice-for-victims-of-violent-crime-part-4-women_en.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴¹⁶ Resultado de la IV Conferencia mundial de Mujeres en Beijing en 1995, accesible en https://beijing20.unwomen.org/~media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

modifiquen el enfoque que se adopta tradicionalmente con respecto al concepto de protección en la mayor parte de los Estados miembros; destaca que, en vez de centrarse en medidas destinadas a las víctimas, como es a menudo el caso, las técnicas que se aplican para evitar los riesgos deberían incluir medidas de prevención, vigilancia, control y seguimiento de las personas que causan los daños, y que las medidas de prevención utilizadas deben incluir, de forma prioritaria, la reeducación obligatoria para agresores; (...)". Y además, en el Punto 35 señala "*Destaca el hecho de que se están empleando nuevos medios de comunicación, por ejemplo las plataformas digitales, como una nueva forma de violencia de género que incluye las amenazas y el acoso; pide a los Estados miembros, por tanto, que incluyan estos aspectos cuando emitan o ejecuten una OEP;*".

A este respecto, ya encontramos en la jurisprudencia menor casos en los que se ha declarado la necesidad de acordar la prohibición de comunicación "por cualquier medio", así, incluyendo cuando ésta se produce de forma directa o indirecta a través de redes sociales. Así, en la SAP Madrid 291/2017, de 20 de noviembre de 2019¹⁴¹⁷, el ponente razona "*(...) así, porque en muchas ocasiones las víctimas sienten temor no solo por la presencia física del condenado, sino, también, por un acto de comunicación virtual del investigado (medida cautelar) o pena (condenado), ya que una víctima que lo ha sido de un hecho del condenado puede incrementar su grado de victimización si recibe comunicaciones de quien le ha amenazado, incluso aunque estas comunicaciones no constituyan un hecho delictivo. Así, es sabido que constituiría un hecho delictivo de quebrantamiento del art. 468 CP el hecho de que un condenado a pena de prohibición de comunicación enviara por cualquier medio de comunicación un simplemente "¿Cómo estás?", ya que el objetivo de ese mensaje es mantener el estado de miedo o temor en las víctimas, más allá de la expresión que se lleve a cabo, lo que de ser otra amenaza integraría este delito con la agravación específica del quebrantamiento de condena. De ahí que expresiones tales como un "me gusta" a una foto o comentario del titular de un perfil subida a Facebook por el denunciante, supondría un acto de comunicación al serlo entre afectado/condenado por la orden de prohibición de comunicación "por cualquier medio" y el perjudicado, ya que ello es lo que se pretende que no ocurra con la pena, esto es que el condenado no se comuniquen "de ninguna manera" con la víctima.*". Así, aparece en la Medida 144 del Pacto de Estado contra la violencia de género "*Establecer como medida cautelar y como pena privativa de derechos, la prohibición de comunicarse a través de las redes sociales cuando el delito se cometa a través de las nuevas tecnologías*".

Siguiendo a MERCEDES SERRANO MASIP, en la LEVD podemos diferenciar tres niveles de protección. Un primer nivel que se concede a cualquier víctima, y un segundo y tercer nivel dirigido a determinadas medidas. Es significativo que aun cuando

¹⁴¹⁷ SAPM 291/2017, de 20 de noviembre de 2019, ECLI: ES:APM:2017:13025, Ponente: Vicente Magro Servet, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5dea7f46bbdf7e2b/20171128> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

no se mencione el término “víctimas vulnerables”, estos tres niveles, señala la autora, se corresponden en definitiva con la noción de víctimas en general, víctimas vulnerables y víctimas especialmente vulnerables¹⁴¹⁸. Es llamativo que el término vulnerable no aparece en la LEVD, mientras que el término “vulnerabilidad” aparece en seis ocasiones, solo en dos ocasiones en el articulado (artículos 23.2. 2º y 30). La vulnerabilidad no aparece asociada en la LEVD a ningún grupo o colectivo concreto, evitando encorsetamientos y perfiles victimales. No obstante, sí parece claro que en la LEVD y en la Directiva 2012/29/UE aparecen especialmente consideradas las personas con discapacidad, con relación de dependencia con el presunto autor del delito, las personas menores de edad (para quienes la Directiva 2012/29, en su artículo 22.4, presume que siempre y en todo caso tendrán necesidades especiales de protección del artículo 23) y quienes reúnan la cláusula general “necesitadas de especial protección o con factores de especial vulnerabilidad” (artículo 23.2.a LEVD). Junto con estas personas necesitadas de especial consideración en cuanto a su protección, tanto la Directiva como la LEVD mencionan una serie de delitos respecto de los cuales las víctimas serán particularmente consideradas.

Con ello, hemos de diferenciar medidas de protección en sentido estricto (generales) en el que se encontrarían, según MERCEDES SERRANO, las medidas de los artículos 20, 21 y 22 LEVD. En segundo lugar, medidas de protección especiales de los artículos 24 y 25 -que también remite a la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales¹⁴¹⁹- LEVD. En tercer lugar, medidas de protección específicas del artículo 26 LEVD respecto a menores y personas con discapacidad.

A este respecto, una cuestión esencial en el derecho a la protección es el relativo a quién puede solicitar la adopción de una Orden de Protección. En el Informe Final del Proyecto “POEMS” al que nos hemos referido en el Capítulo Segundo, se señala las diferencias en las legislaciones nacionales al respecto. En concreto, en referencia a las órdenes de protección civiles, en la gran mayoría de los EEMM solo puede ser solicitada por la persona demandante o su representante, excepto en Rumanía (también puede solicitarla la fiscalía y servicios locales de violencia familiar), Irlanda (también el Servicio Ejecutivo de Salud), Malta (el juzgado de lo civil de oficio), Bulgaria (también hermanos/as y familiares y la dirección de servicios locales de protección) y Hungría (también la policía y familiares de la víctima)¹⁴²⁰. Respecto a la solicitud de órdenes de

¹⁴¹⁸ SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección de las víctimas”, en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 135-170, esp. p. 145 y 146, así como SERRANO MASIP, Mercedes, “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, en Montserrat de Hoyos Sancho, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp.720-770.

¹⁴¹⁹ BOE de 24 de diciembre de 1994, n. 307, pp. 38669-38671, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1994/12/23/19> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴²⁰ *Mapping the legislation and assessing the impact of Protection Orders in the European Member States*, con un equipo investigador integrado por el International Victimology Institute Tilburg (INTERVICT), Portuguese Association for Victim Support (APAV), Universidad de Helsinki y Seconda Università degli Studi di Napoli, informe final, pp. 67 y 68, accesible en <http://poems-project.com/wp-content/uploads/2015/04/Intervict-Poems-digi-1.pdf> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

protección penales señala el informe que en la mayoría de los casos las víctimas no tienen reconocido el derecho a solicitarla. Excepto en Malta, Chipre, Estonia, Hungría y en Rumanía cuyos ordenamientos sí reconocen a las víctimas el derecho a solicitar formalmente una OP. Así como en Portugal y Hungría cuando actúan como acusación particular o auxiliar. No obstante, se reconoce el derecho de las ‘víctimas de solicitar a la fiscalía o los juzgados de instrucción de forma no formal o se les debe informar a las víctimas al respecto. En algunos Estados las víctimas son consultadas con anterioridad como en Reino Unido o Países Bajos. En Escandinavia y en España no solo la fiscalía puede solicitar la adopción de una OP sino también las víctimas, la policía, trabajadores/as sociales, en España los familiares de las víctimas. En Suecia fiscalía y judicatura deben oír a las víctimas a la hora de decidir su adopción, pudiendo incluso solicitar su cese o modificación. En Finlandia la víctima puede indicar el tipo de OP y su duración y será oída por el juzgado.

En el Punto 25 de la Resolución sobre la aplicación de la Directiva sobre la OEP menciona un importante recurso para aumentar la eficacia de una OEP “*Destaca el aumento de la eficiencia de nuevas tecnologías como los sistemas de seguimiento GPS y de las aplicaciones para teléfonos inteligentes que dan la alarma en caso de peligro inminente, como medio para mejorar la eficiencia y la adaptabilidad de las OEP tanto en el Estado de emisión como en el de ejecución; manifiesta su preocupación por el hecho de que solo un número limitado de Estados miembros emplee estas nuevas tecnologías;*”. Esta importancia de las TICs también es subrayada por el magistrado VICENTE MAGRO SERVET. En este sentido, se manifiesta a favor del uso de dispositivos electrónicos en casos de violencia de género destacando que no ha habido ninguna mujer asesinada por motivos de género que portara la pulsera electrónica y que a pesar de las aproximadamente 160.000 denuncias al año por violencia de género solo se contabilizaron en 2018, 1183 pulseras electrónicas¹⁴²¹. El impulso de proyectos que investiguen la aplicación de la TICs en la protección de las víctimas de violencia de género es esencial¹⁴²². Así, por ejemplo, el proyecto “AVISA ‘M’” desarrollada por el Instituto de Robótica y Tecnologías de la Información Comunicación (Irtic) y el Instituto de Desarrollo Local (lidL) de la Universidad de Valencia¹⁴²³, o el proyecto Bindi, un dispositivo desarrollado por cinco grupos de investigación de la Universidad Carlos III de Madrid y uno de la Universidad Politécnica de Madrid¹⁴²⁴.

¹⁴²¹ MAGRO SERVET, Vicente, “La necesidad de potenciar el uso de los dispositivos electrónicos para las víctimas de violencia de género”, *Diario La Ley* 2019, n. 9384, <https://diariolaley.laleynext.es>

¹⁴²² Podemos mencionar el desarrollo de la Así como el desarrollo de aplicaciones de móviles como la oficial *AlertCops* del Ministerio del Interior, accesible en <https://alertcops.ses.mir.es/mialertcops/> (Último acceso: 30 de noviembre de 2019) o producto de iniciativas particulares como las de unas alumnas de un Instituto Público de Móstoles (Madrid) “When y where”, recogido por el periódico El País en https://elpais.com/ccaa/2019/09/13/madrid/1568378755_301142.html (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴²³ Vid. https://www.gva.es/es/inicio/area_de_prensa/not_detalle_area_prensa?id=833186 (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴²⁴ Pulsera y collar “Bindi” creada por equipo multidisciplinar con cinco grupos de investigación de la Universidad Carlos III y uno de la Universidad Politécnica. VID. http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/inst_estudios_genero/proyectos/UC3M4Safety (Último acceso: 13 de diciembre de 2019)..

La utilización de las mejoras en la Tecnología tiene un papel especialmente importante también a la hora de alertar la vulneración de la prohibición de acercamiento. Asimismo, un aspecto esencial es cómo se computa la distancia. Siguiendo a ANDREA PLANCHADELL GARGALLO¹⁴²⁵ en su reflexión a la STS 691/2018, de 21 diciembre 2018¹⁴²⁶, la jurisprudencia ha fijado la forma de medir la distancia y valorar la existencia del delito quebrantamiento del artículo 468 CP y así ha determinado que *“la distancia establecida en la prohibición de aproximación debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta”*.

Queremos terminar la reflexión de este primer derecho a la protección dentro del Capítulo Cuarto de la Directiva aludiendo a la recomendación de valorar la incorporación y asignación a víctimas de violencia de género de los escoltas que jugaron un papel esencial para la protección de las víctimas de E.T.A.¹⁴²⁷. Lo que nos abriría el debate sobre si supone una indeseable privatización de la protección siendo preferible el aumento del número de policías.

4.2 Derecho a evitar el contacto entre víctima e infractor

Derecho consagrado en el artículo 19 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 20 LEVD.

Este derecho procesal encuentra su reflejo constitucional en el derecho a la integridad psíquica y física del artículo 15 CE y aparece expresamente en el artículo 25.2.a) de la LEVD, transposición del artículo 23.23.a) Directiva 2012/29/UE.

En la jurisprudencia del TEDH el establecimiento de medidas para evitar el contacto entre víctima y victimario excluye su aplicación automática y exige el análisis de las razones que las fundamentan. Así, en casos de delitos de naturaleza sexual, el TEDH ha manifestado *“Sin embargo, esto no significa que las medidas relacionadas con la protección de las víctimas, en particular la no comparecencia de un testigo para prestar declaración en el juicio, sean aplicables automáticamente a todos los procedimientos penales relativos a los delitos sexuales. Debe haber razones pertinentes*

¹⁴²⁵ PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “Medidas de protección de la víctima: medición de orden de alejamiento”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* 2019, n.53, <https://www.thomsonreuters.es>

¹⁴²⁶ STS 691/2018, de 21 de diciembre de 2018, ECLI: ES:TS:2018:4361, ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lurca, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b5f88f288d6051ec/20190111> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴²⁷ Interesante el reportaje del periódico “El confidencial” del día 1 de enero de 2018, accesible en https://www.elconfidencial.com/espana/2018-01-01/escoltas-paro-olvidados-pais-vasco-eta_1440299/ (Último acceso: 13 de diciembre de 2019). Dependían de Interior, el Gobierno Vasco tenía un acuerdo con determinadas empresas privadas, fueron formados por el Estado y cobraban alrededor de 4.000 euros. Tras la tregua de E.T.A el 8 de enero de 2011, en una reunión con el subdelegado de Gobierno éste les prometió reubicarlos en la seguridad exterior de las cárceles una vez que fue privatizada, aunque según Gema Ruiz Regato, presidenta de la asociación “Las sombras olvidadas de Euskadi y Navarra”, tuvieron preferencia las empresas de seguridad del País Vasco. Otra de las promesas fue la de asignarles la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, pero en palabras de Gema Ruiz *“las escoltas salen con cuantagotas”*. Las Asociación tiene página web y en ella se puede consultar sus reivindicaciones y propuestas. <https://lasombrasolvidadasdeuskadi.wordpress.com/>

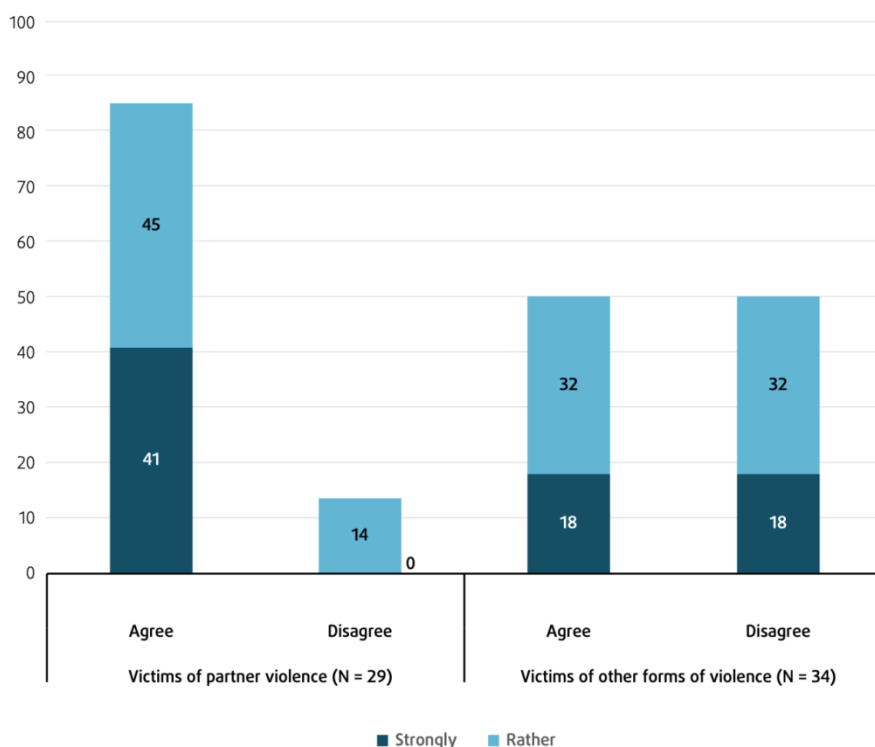
aducidas por las autoridades nacionales para aplicar esas medidas y, en lo que respecta a la posibilidad de dispensar a un testigo de prestar testimonio por motivos de temor, el tribunal de primera instancia debe tener la certeza de que todas las alternativas disponibles, como el anonimato de los testigos y otras medidas especiales, serían inapropiadas o impracticables”. así, por ejemplo, en la STEDH *Lučić c. Croatia* de 27 de mayo de 2014¹⁴²⁸.

Dentro de este derecho podríamos analizar la incidencia de la no confrontación entre víctima y acusado a través de la realización de la prueba preconstituida y anticipada. Nos referiremos más adelante a la adopción de estas medidas en caso de menores. En los Capítulos Segundo y Sexto nos referimos a la jurisprudencia del TEDH en cuanto al examen de testigos. Nos remitimos, por tanto, a esa referencia y señalaremos ahora que la no presencia del testigo en el juicio no determina la vulneración del derecho de defensa del acusado siempre que existan “*contrapesos suficientes*”.

Es significativa la gráfica que nos muestra la FRA en cuanto a cómo se experimenta por las víctimas como “intimidante” la mera presencia del victimario.

¹⁴²⁸ Textualmente “*However, this does not mean that measures related to the protection of victims, particularly the non-attendance of a witness to give evidence at the trial, are applicable automatically to all criminal proceedings concerning sexual offences. There must be relevant reasons adduced by domestic authorities for applying such measures and, as regards the possibility of excusing a witness from testifying on grounds of fear, the trial court must be satisfied that all available alternatives, such as witness anonymity and other special measures, would be inappropriate or impracticable*”, STEDH de 27 de mayo de 2014, asunto *Lučić c. Croatia*, demanda 5699/11, apartado 75, ECLI:CE:ECHR:2014:0227JUD000569911, accesible en [https://hudoc.echr.consejo de Europa.int/eng#{"itemid":\["001-141200"\]}](https://hudoc.echr.consejo.de/Europa.int/eng#{) (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

Figure 16: Victims agreeing/disagreeing that they had experienced the presence of the offender as intimidating, by form of violence (%)



Source: FRA, 2019

Figura n. 46. Percepción como intimidatoria de la presencal del agresor. Fuente: FRA

Hay que precisar que de acuerdo con la definición que da el FRA de “*partner violence*”, se constriñe a una forma de violencia basada en el género dirigida por un hombre contra una mujer pareja o expareja (así consta en el glosario, p.7) destaca cómo se significa la consideración de la intimidación que genera la presencia del victimario en las víctimas delitos de violencia en la pareja (86%) en relación con las víctimas de otras formas de violencia... Lo que nos puede sugerir cómo afecta la mera presencia del (ex)marido/novio en la misma sala en casos de violencia de género y la específica necesidad de proteger a las víctimas de los efectos negativos que genera.

En los informes que hemos venido mencionando del FRA, en concreto en la parte IV, se concluye que, a pesar de las disposiciones de la Directiva cuya finalidad es la evitación de la victimización secundaria y repetida de la víctima con motivo del proceso penal (artículos 18, 19, 23), sin embargo, el miedo de encontrarse con el presunto infractor aún despliega una gran incidencia en casos de violencia contra la pareja¹⁴²⁹.

Más específicamente, en cuanto al derecho a evitar el contacto con el victimario estableciendo salas distintas en sede judicial, según la FRA, los estados que ofrecen un área separada de espera en sede judicial son Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, España, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania,

¹⁴²⁹ FRA, *Women as victims of partner violence Justice for victims of violent crime. Part IV*, op. cit. esp. p. 67.

Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia¹⁴³⁰. El FRA concluye que los EEMM deben prestar más atención a la adopción de medidas para evitar que las víctimas se encuentren con el presunto agresor tanto dentro como fuera del juicio. La dotación de recursos económicos para la adaptación de los edificios de los juzgados y sedes policiales parece esencial. Lo que también influye en la integración en sede judicial de los avances tecnológicos que permitan el uso de, por ejemplo, videoconferencia u otra forma de comunicación y de protección. Esta integración fue analizada por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (en adelante, CEPEJ) en el período 2014 a 2016¹⁴³¹. Entre sus conclusiones destaca que la mayor financiación en tecnologías de la información no determina su mayor desarrollo¹⁴³² y que la utilización de internet para comunicarse con la ciudadanía, que puedan seguir su caso, seguir procedimientos *online* y obtener resguardos de sus acciones, no solo hace más cercana la Administración de la Justicia a la ciudadanía sino que además fomenta la confianza en la misma. En cualquier caso, el estudio demuestra la práctica integración en todos los Estados Parte del Consejo de Europa de las tecnologías de la información, en mayor medida que la comunicación electrónica. Como ejemplo de buenas prácticas se señalan Austria, República Checa y Alemania.

4.3 Derecho a la protección de las víctimas durante las investigaciones penales

Derecho reconocido en el artículo 20 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 21 LEVD. Pone de relieve MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO cómo una de las razones de la baja aplicabilidad práctica de la adopción de una OEP en casos de violencia de género se debe al deseo de la víctima de evitar que el victimario conozca el lugar donde se encuentra/encontrará la víctima¹⁴³³. La autora advierte de este “falso” sentimiento de seguridad por parte de la víctima dado que el anonimato es francamente difícil en la sociedad de la comunicación y el desarrollo de las redes sociales. Aun teniendo en cuenta esta incidencia de las redes sociales, el esfuerzo indagatorio que, en su caso, realizaría el presunto victimario a través de las redes sociales, sería innecesario si esta información se proporcionara por medio de una resolución de carácter procesal. Con lo que esa posible sensación de sobreexposición de las víctimas tiene pleno carácter razonable.

Respecto a este derecho, entiende MIGUEL LORENTE que la regulación neutral y general de la OEP encuentra limitaciones cuando se trata de víctimas de violencia de

¹⁴³⁰ FRA, *Mapping victims' rights and support in the EU*, accesible en <https://fra.europa.eu/en/publications-and-resources/data-and-maps/vss> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴³¹ CEPEJ, *European judicial systems Efficiency and quality of justice. Use of information technology in European courts*, 2018, accesible en <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/1680788229> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴³² Aunque se matiza esta afirmación en el hecho de que el estudio no medía la relación entre la tendencia en la inversión (que suele ser multianual) y los resultados, así como que se obvian otros factores externos como la financiación por vía de programas de la UE, *Ibidem*, esp. p. 5.

¹⁴³³ MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “¿Reality or Fiction? Strengthening Victims of Crime in Spain by Implementing the EU Victims' Rights Directive and other European Legal Instruments”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2018, n.26, pp. 335-366, esp. p. 360.

género contra las mujeres en relaciones íntimas¹⁴³⁴. Entre las limitaciones que señala, el autor subraya que el concepto sobre el que se hace depender la necesidad de protección es el de “peligro” mientras que el concepto que debería haber sido tomado en cuenta es el de “riesgo”, más dinámico y que toma en cuenta las características de las personas implicadas y los entornos. Asimismo, MIGUEL LORENTE señala la limitación que supone que se haga depender la existencia de “peligro” a la comisión de “hechos delictivos” cuando el autor entiende que en ocasiones se aumente el riesgo por medio de actos/omisiones que no suponen delitos. Lo que entiende el autor que por medio de la OEP lo que se pretende es proteger frente a agresiones, no de una situación general de violencia.

Otra de las limitaciones se encuentra en la exigencia de que el peligro se aprecie en el Estado emisor, lo que obvia el carácter dinámico, cambiante y funcional del concepto. El autor propone la creación de un *Protocolo Común de Valoración del Riesgo* que permita la identificación de circunstancias que producen el riesgo, lo modifican y permita analizar su evolución temporal para gestionar el riesgo de forma temporal y contextual.

Este derecho también está previsto en el Pacto de Estado en concreto en su Medida 146 en la que se centra en la importancia de compartir información entre autoridades y agentes y la coordinación. Así, señala *“Remitir las denuncias por comparecencias ante el juzgado y los partes de lesiones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes territorialmente para su anotación en VIOGEN. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para imponer a los órganos judiciales dicha comunicación, lo que facilitaría el intercambio de información entre instituciones y garantizaría la seguridad integral física y psíquica de la víctima y sus hijos e hijas, ya que las nuevas valoraciones del riesgo efectuadas implicarían la adopción de medidas policiales acordes con la situación personal de la víctima. Ello debe extenderse también a todos los partes de lesiones que se reciben directamente en los juzgados. De este modo, el sistema contendría toda la información necesaria para la seguridad de la víctima.”*

Si atendemos a las estadísticas oficiales¹⁴³⁵, podemos ver la siguiente tabla

¹⁴³⁴ LORENTE ACOSTA, Miguel, “Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección”, *La Ley* 2018, n. 9114, <https://diariolaley.laleynext.es/>
¹⁴³⁵ CGPJ, *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial*, 2018, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

Órdenes de Protección y Medidas de Protección y Seguridad solicitadas e incoadas en los JVM⁸

Órdenes de Protección y Medidas Artics 544 TER Y BIS	Incoadas	Inadmitidas	Adoptadas	Denegadas	Pdtes final trimestre	Ratio Órdenes y Medidas/Mujeres Víctimas de Violencia de Género
Totales	39.176	392	27.093	11.691	1	24,70%
		1%	69%	30%	0%	

Órdenes y Medidas(ARTS.544 BIS Y TER)	Mujeres Españolas	Mujeres Extranjeras	Mujeres Mayor de Edad	Mujeres Menor de Edad
39.176	26.942	12.234	38.269	907
	69%	31%	98%	2%

Figura n.47. Órdenes de Protección en los JVM. Fuente: CGPJ, p.14

La tabla muestra un total de 27.093 (el 69%) órdenes de protección y medidas del artículo 544bis y 544ter adoptadas en el año 2018 en los Juzgados de violencia Sobre la mujer¹⁴³⁶. Esta cifra supone un aumento con respecto a los años anteriores¹⁴³⁷. Esta cifra es del 76% en los Juzgados de Guardia.

En el artículo 23.2 de la Directiva 2012/29 sí se realiza una relación de medidas que se pueden adoptar tanto durante la fase de investigación como de enjuiciamiento, limitada a víctimas con necesidades especiales de protección¹⁴³⁸. Lo cual supone un aspecto muy positivo dado que incide tanto en aspectos relativos a los espacios y dependencias como a cuestiones relativas a los y las profesionales que les asistan (formación, misma persona y del mismo sexo) como a cuestiones de carácter práctico (medidas para evitar el contacto visual, utilización de tecnologías de comunicación, evitar preguntas relativas a la vida íntima y celebración de vistas sin público).

¹⁴³⁶ De las cuales, el 67,3% corresponde a órdenes de alejamiento, 66,8% prohibición de comunicación, 13,7% suspensión de tenencia y uso de armas, 9,3% salida del domicilio, 7,3% prohibición de volver al lugar, 6,5 % otras y 3% privativas de libertad. En cuanto a las medidas civiles, 20,4% prestación de alimentos, 17,2% atribución de la vivienda, 12,3% otras, 4,4% suspensión de la guarda y custodia, 2,9% suspensión del régimen de visitas, 0,7% protección del menor para evitar un peligro o perjuicio, 0,4 suspensión de la patria potestad, 0,2% permuta de vivienda. CGPJ, Informe 2018, esp. p. 17.

¹⁴³⁷ En 2017 se adoptaron el 67,64%, en 2016 el 64,20% y en 2015 el 57,38 según el CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/?filtroAnio=2018> (Último acceso: 30 de noviembre de 2019).

¹⁴³⁸ La especial consideración de las víctimas de violencia de género aparece en el artículo 22.2 Directiva 2012/29, mencionadas junto a las *víctimas de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivos de odio, así como las víctimas con discapacidad*.

4.4 Derecho a la protección de la intimidad

Derecho reconocido en el artículo 21 de la Directiva 2012/29/UE y en el artículo 22 LEVD.

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en el artículo 18.4 CE así como la LOPJ. Para el estudio de su regulación también habría que referirse a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁴³⁹. Asimismo, como señala MERCEDES SERRANO MASIP su configuración quedaría delimitada por la garantía de la publicidad de las actuaciones judiciales del artículo 120.1 CE, el derecho del acusado a un proceso público (artículo 24.1 CE, a la libertad de información del artículo 20.1 CE¹⁴⁴⁰.

La principal crítica que se realiza el EIGE de la configuración legal de este derecho se centra en la indeterminación de las medidas de tipo procesal que pueden ser adoptadas para proteger la intimidad de las víctimas.

Podemos centrarnos en algunas cuestiones en particular en las que el derecho a la intimidad de las víctimas queda limitado o vulnerado.

En el Informe de la Plataforma Estambul Sombra se hace referencia a la ansiedad y preocupación que genera en las usuarias del teléfono 016 que, a pesar de que no deja huella en la factura del teléfono, sí aparece en la lista de llamadas. La necesidad de evitar que esto suceda es de vital importancia. A ello hay que sumar la precariedad laboral de las trabajadoras una vez privatizado el servicio¹⁴⁴¹.

Respecto de este derecho, y atendiendo a su vertiente digital, en la Medida 145 del Pacto de Estado contra la Violencia de género se refiere a “*Facilitar el derecho de las víctimas al Olvido Digital La víctima de Violencia de Género ha de estar asistida por su derecho específico y propio a que se borre de Internet la publicación de datos en Boletines Oficiales (como ayudas) que puedan facilitar a quien lo desee su localización*”.

A este respecto ha de ser mencionada la STJUE de 13 de mayo de 2014 en el asunto *Google Spain S.L. y Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos* (en adelante AEPD) y *Mario Costeja González*¹⁴⁴². En esta sentencia, el asunto de base versaba sobre la resolución de la AEPD a favor de Mario Costeja obligando a *Google Spain* y *Google Inc.* a la adopción de medidas necesarias para retirar los datos personales del reclamante del índice indexado e impidiendo el acceso futuro. El TJUE

¹⁴³⁹ BOE de 6 de diciembre de 2018, n. 294, pp. 119788-119857, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁴⁰ SERRANO MASIP, Mercedes, Medidas de protección de las víctimas, op. cit. esp. pp. 147 y ss.

¹⁴⁴¹ Plataforma Estambul Sombra, Informe Sombra al GREVIO, 2018, op. cit. esp. pp. 19 y 20.

¹⁴⁴² STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto *Google Spain S.L. y Google Inc. y AEPD y Mario Costeja González*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, accesible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=269208> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

entendía que “*el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse «responsable» del tratamiento de la información publicada por terceras personas, que “el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.”* y declarando que el reclamante en la instancia “*puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los artículos 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona.*” Con todo ello se consagraba el derecho de toda persona a limitar la difusión universal de sus datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o carece de interés público. Lo que se conoce como “derecho al olvido”.

Es de utilidad el acceso a la página web oficial de la AEPD donde se recoge importante información respecto a resoluciones e informes jurídicos en materia de violencia de género¹⁴⁴³. Y es que la protección de datos, sobre todo con el desarrollo de las TICs cobra una especial significancia en cuanto a los derechos de las víctimas de violencia de género en su vertiente digital.

A este respecto, es interesante la publicación por la AEPD de una serie de indicios de pérdida de privacidad en casos de violencia de género. Así se enumeran cuatro,

- si la batería dura menos de lo habitual sin que se haya variado el uso habitual o sin haber instalado nuevas aplicaciones.
- sobrecalentamiento anormal del móvil producto de la ejecución de tareas en segundo plano sin ser conscientes.
- Funcionamiento autónomo del móvil (se apaga y enciende solo o bloqueo de aplicaciones), y
- Interferencias prolongadas en otros dispositivos de radio, televisión, etc. ¹⁴⁴⁴.

En esta misma página web oficial se informa sobre cómo solicitar la retirada de contenidos: en primer lugar, a quien subió la imagen o vídeo o datos, en segundo lugar a los prestadores de servicios online (red social o portal de vídeo) y en tercer lugar, el canal específico de la AEPD para comunicar la difusión ilegítima de imágenes a través del [enlace https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/formNuevaReclamacion/canalprioritario.jsf](https://sedeagpd.gob.es/sede-electronica-web/vistas/formNuevaReclamacion/canalprioritario.jsf).

¹⁴⁴³ Accesible en <https://www.aepd.es/areas/recomendaciones/enlaces-interes.html> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁴⁴ Página web oficial <https://www.aepd.es/areas/recomendaciones/index.html> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

En el conocido caso de “la manda de Pamplona” un error en la publicación de la sentencia supuso que ésta se publicara con el Código de Seguro de Verificación (CSV) que permitía el acceso a la sentencia sin anonimizar, es decir, a toda la información referente a la identidad de la víctima como DNI. Esta información personal fue difundida en algunos foros y periódicos digitales a pesar de que la Audiencia Provincial de Navarra subsanó el error tres días después (el sábado 23 de marzo de 2018) de la publicación de la sentencia. Podemos imaginar la victimización reiterada, así como el riesgo de que la víctima del delito porque se condenó a los cinco acusados sea víctima de otros tipos penales.

La Audiencia Provincial de Navarra comunicó la apertura de un procedimiento para el esclarecimiento de responsabilidades. Si bien, de conformidad con el artículo 122 CE es el CGPJ quien tiene competencia en materia de régimen disciplinario y según el artículo 560.10 LOPJ, es el CGPJ el encargado de “*Cuidar de la publicación oficial de las sentencias y demás resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales.*” En el informe de la Comisión Permanente del CGPJ relativo a esta filtración, el CGPJ concluyó que se debió a un error sistemático y realizaba una serie de recomendaciones como la elaboración de una guía sobre la aplicación de la LO de protección de datos a los/las miembros de la carrera judicial¹⁴⁴⁵.

Por su parte la AEPD en este asunto de la publicación de la sentencia de la manada de Pamplona con toda la información personal de la víctima, jugó un papel doble:

- Proponiendo una sanción de carácter administrativo contra dos de los condenados en el caso de la manada por grabar y difundir el vídeo de la violación. En la página oficial de la AEPD no se encuentra la resolución, pero los medios de comunicación publicaron en mayo de 2019 que uno de los condenados en el caso de “la manada de Pamplona” fue multado por la AEPD con 150.000 euros¹⁴⁴⁶

- Recibiendo la denuncia y en base al deber de colaboración que impone el artículo 44.3 de la LO 3/2018, imponer sanciones en caso de la difusión de la imagen y datos personales de la víctima. Así, en el procedimiento PS/00139/2019¹⁴⁴⁷, la AEPD, tras la presentación de una reclamación por el Grupo Feminista de Ponent tras la

¹⁴⁴⁵ Informe-propuesta del gabinete técnico sobre la ejecución del acuerdo adoptado con relación al expediente de protección de datos 024/2018, relativo a la filtración de datos personales de la víctima en la sentencia dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, núm. 38/2018, de 20 de marzo de 2018, de 11 de noviembre de 2018, accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-concluye-que-la-filtracion-de-datos-personales-de-la-victima-en-la-sentencia-de-la-Audiencia-de-Navarra-38-2018-se-debio-a-multiples-causas-que-propiciaron-un-fallo-de-caracter-sistemico> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁴⁶ Recogen la noticia el periódico *El Confidencial* (https://www.elconfidencial.com/espana/2019-05-02/militar-manada-agencia-protencion-datos-150000euros-sancion_1978074/), eldiario.es (https://www.eldiario.es/tecnologia/Proteccion-Datos-manada-video-victima_0_895211004.html), eldiariodesevilla.es (https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/actualidad/Proteccion-Datos-sanciona-150000-euros-militar-Manada-difundir-video_0_1351065128.html), entre otros. La no inclusión en la pestaña “resoluciones” de la AEPD nos sugiere que se trata de la propuesta de sanción aún no firme.

¹⁴⁴⁷ Agencia Española de Protección de Datos, Procedimiento PS/00139/2019, accesible en https://www.aepd.es/resoluciones/PS-00139-2019_ORI.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

difusión de datos personales de la víctima de la “manada” a través de Internet como “forocoches” y “burbuja.info”. En la resolución se relata las actuaciones de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (Grupo de Delitos Telemáticos) así como a la Brigada Central de Investigación Tecnológica de la Policía Nacional para el esclarecimiento de los hechos. En concreto, se refiere a dos publicaciones en la red social twitter y al vídeo publicado en el portal PewTube.com. Se determina que “forocoches” apareció el nombre y apellidos de la víctima, pero este dato ya había sido revelado por el letrado de la víctima en el programa “Espejo público” de Antena3, según el punto 1.1 de la resolución. Otro de los medios investigados fue el diario digital “La Tribuna de Cartagena” que en una noticia titulada “Yo no te creo”, hizo públicos el 5 de mayo de 2018 una fotografía, el nombre, apellidos, edad, universidad y grado que estudiaba la víctima. En esta resolución de la AEPD se impone a la empresa responsable de *latribunadecartagena.com* la multa de 50.000€ en base a la infracción del artículo 6.1 de la anterior LOPD 15/1999.

La AEPD también se ha pronunciado sobre la vulneración del derecho a la intimidad de las víctimas de violencia de género adjudicatarias de una vivienda de emergencia cuando su nombre, apellidos y ciudad donde se encuentra la vivienda aparecen en el BOE por no haberse podido realizar la comunicación en su domicilio¹⁴⁴⁸. Una de las conclusiones de la AEPD es la referente a la posibilidad de publicar únicamente las iniciales o el Documento Nacional de Identidad de la víctima adjudicataria, que las notificaciones en boletines oficiales no estén indexadas por motores de búsqueda e informar de las amplias posibilidades de ser notificadas en el domicilio que señalen (casa de acogida, el domicilio de un familiar, etc.) y en su defecto de ser notificada de forma electrónica.

Este informe menciona una cuestión importante que se interrelaciona con la medida del Pacto de Estado referida a las publicaciones en boletines oficiales. Así, el artículo 14.4 del el Real Decreto 385/2015 de 22 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial “Boletín Oficial del Estado”¹⁴⁴⁹, en referencia al suplemento de anuncios de notificación “*el Suplemento de notificaciones permanecerá libremente accesible en la sede electrónica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado durante un plazo de tres meses desde su publicación, transcurrido el cual se requerirá el código de verificación del correspondiente anuncio de notificación, que tendrá carácter único y no previsible. Dicho código solamente podrá ser conservado, almacenado y tratado por el interesado o su representante, así como por los órganos y Administraciones que puedan precisarlos para el ejercicio de las competencias que les corresponden. La Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado adoptará medidas orientadas a evitar la indexación y recuperación automática de los códigos de verificación por sujetos distintos a los contemplados en el párrafo anterior. Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional primera, una*

¹⁴⁴⁸AEPD, Informe jurídico, Gabinete Jurídico, N/REF: 035739/2015, <https://www.aepd.es/media/informes/2015-0414-violencia-de-genero.pdf> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁴⁹ BOE de 23 de mayo de 2015, n. 123, pp. 43483-43498, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2015/05/22/385> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

vez transcurrido el plazo de tres meses establecido en el párrafo primero, la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado facilitará, previa solicitud, la información contenida en el anuncio de notificación únicamente al interesado o su representante, al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo, y a los Jueces y Tribunales.”

La propuesta que se podría hacer es la de establecer la necesidad de que la solicitud de información fuese requerida desde el primer momento (no a los tres meses) en caso de violencia de género para asegurarse que solo la víctima o su representante acceden a dicha información y, en cualquier, conocer quién solicita ser informado de los datos referidos. Asimismo, se entiende de especial necesidad mejorar la coordinación entre las distintas administraciones públicas competentes y los registros públicos (como el Registro Central de Penados, Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género, Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores o el Registro Central de Delincuentes Sexuales¹⁴⁵⁰) en aras del acceso a la información respecto a quiénes muestran interés en el conocimiento de los datos.

A este respecto, interesa mencionar la importancia de la protección de los datos sanitarios de las víctimas de violencia de género. A este respecto, en el problema aparece cuando de conformidad con el artículo 5.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica¹⁴⁵¹, en caso de que la paciente presunta víctima de violencia de género carezca de capacidad para entender la información debido a su estado físico o psíquico se informará a las personas vinculadas a la paciente, incluyendo, por tanto, al presunto agresor¹⁴⁵². Situación aún no resuelta y que parece que ha de resolverse por vía de protocolos sectoriales.

4.5. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección

Reconocida en el artículo 22 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 23 LEVD.

La valoración general desde la perspectiva de género que realiza el EIGE es negativa. Centra sus críticas en el condicionamiento a las singularidades de los procesos judiciales nacionales y la indeterminación de quién realiza esta evaluación y en qué momento (cuestión que en la transposición española sí ha quedado precisada en su artículo 24 LEVD). Lo que entienden una amenaza a la hora de su transposición¹⁴⁵³.

¹⁴⁵⁰ Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, BOE de 7 de febrero de 2009, n. 33, pp. 12994-13007, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/02/06/95> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁵¹ BOE de 15 de noviembre de 2002, n. 274, pp. 40126-40132, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁵² TORIBIOS FUENTES, Fernando, “La protección de datos de la víctima de violencia de género”, en Montserrat de Hoyos (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 231-259, esp. p. 248.

¹⁴⁵³ EIGE, *An analysis of Victims' Rights Directive from a gender perspective*, op. cit. esp. pp. 43-45.

Asimismo, en su análisis, el EIGE se refiere a la vinculación de este artículo con los Considerandos 56 y 57. Mucho más precisos que la propia dicción del artículo

Ello no obstante, es muy positivo la exigencia de una evaluación individual de cada víctima evitando una idea preconcebida de la vulnerabilidad y estableciendo la necesidad de abordar la evaluación de la víctima atendiendo a sus características personales, la naturaleza del delito sufrido y las circunstancias del delito. En la transposición española por vía del artículo 23.2.b) LEVD se han señalado determinados delitos (los recogidos en la Directiva 2012/29 en el apartado 3 del artículo 22) respecto de los cuales sus víctimas serán evaluadas especialmente para determinar sus necesidades de protección. Las víctimas de delitos cometidos sobre el cónyuge o pareja sentimental, así como las víctimas de trata, de delitos contra la libertad o indemnidad sexual, desaparición forzada o cometidos por determinados motivos están expresamente mencionadas, y las víctimas con discapacidad. Se trata sin duda de delitos que sufren mujeres de forma desproporcionada y que se encuentran, en su mayoría, recogidos en el Convenio de Estambul. Sin embargo, no se mencionan todos los delitos que sí recoge el Convenio de Estambul como formas de delitos contra las mujeres como acoso (artículo 34), violencia física (artículo 35), matrimonios forzosos (artículo 37), mutilaciones genitales femeninas (artículo 38), aborto y esterilizaciones forzosos (artículo 39), acoso sexual (artículo 40), o los delitos cometidos supuestamente en nombre del “honor” (artículo 42). Estos delitos deberían haber sido referenciados en la Directiva 2012/29 al referirse a la debida consideración de determinadas víctimas de delitos particulares.

Por otra parte, hay una expresa referencia a la sujeción a la voluntad de las víctimas en el artículo 22.6 de la Directiva 2012/29 “*deberán tener en cuenta sus deseos, incluso cuando este sea el de no beneficiarse de las medidas especiales que establecen los artículos 23 (Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal) y 24 (Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal)*. Una renuncia basada en la voluntad que nos remite a la cuestión de cómo abordar la vinculación de la voluntad de alguien cuyo proceso de formación y exteriorización de la misma puede no haber transcurrido en condiciones de libertad¹⁴⁵⁴. Este tema se centraría en el proceso de formación de la voluntad, pero hay otro aspecto por el que podemos pensar si deben de ser medidas que se adopten de oficio. Y nos hacemos esta pregunta porque las medidas que pueden ser renunciadas por las víctimas son de índole objetiva y de procedimiento. Es decir, no ha de quedar en manos de las víctimas decidir si han de declarar en un lugar no adaptado para tomar declaración (letra a del artículo 23.2 LEVD), o que quien le tome declaración no tenga formación adecuada para ello (letra b), o que cada vez que declare le asista una persona distinta (letra c), o que la persona que le tome declaración sea de otro sexo al suyo (letra d), o decidir que quiere ver al presunto infractor (letra a del

¹⁴⁵⁴ DE MIGUEL ÁVAREZ, Ana, *Neoliberalismo sexual. El mito del libre consentimiento*, Cátedra, Madrid, 2015.

artículo 23.3 LEVD) , o negarse a que se utilicen medios tocológicos para su declaración (letra b), o exigir que se le formulen preguntas innecesarias sobre su vida privada y responderlas (letra c) o exigir que haya público en las audiencias o vistas (letra d). El mismo razonamiento podríamos hacer con respecto a los derechos que reconoce el artículo 24 LEVD.

Resulta llamativo cómo este asunto de la indisponibilidad de los derechos favorables parece un tema claro en la legislación laboral española. En el artículo 3.5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁴⁵⁵, se consagra la indisponibilidad de los derechos laborales reconocidos legalmente “*Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.*”. Una indisponibilidad que no aparece de forma expresa ni en la DUDH, ni en el CEDH, ni en la CE. Queda reconocida tácitamente la disponibilidad de determinados derechos fundamentales como el honor o la integridad física en la regulación penal a la hora de establecer la relevancia del consentimiento y del perdón en determinados delitos. *Sensu contrario* podríamos afirmar que se establece la indisponibilidad de la generalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Y, sin embargo, la protección en el ámbito laboral está reforzada para evitar que la situación histórica desequilibrada entre quien trabaja y quien contrata posibilite un régimen menos garantista para la primera persona. Quien no solo tendrá derecho a la igualdad (artículo 14 CE) sino que el sistema legal laboral español le impide que acepte condiciones que le harían posicionarse en una situación legal de desigualdad pues se trata de un derecho irrenunciable.

Con esta referencia a la indisponibilidad de los derechos laborales queremos poner de relieve cómo los derechos fundamentales en las relaciones personales son susceptibles de disposición de forma indirecta o al menos, su materialización puede ser matizada. Pensemos en la víctima de trata de personas con fines de explotación sexual que renuncia a su derecho a evitar el contacto visual durante su declaración en el juicio con quien le ha victimizado durante meses o años y sometido a condiciones vejatorias. Hay quien puede pensar que la víctima puede querer mirar a los ojos a su victimario y que esta decisión puede empoderarle. Y de hecho puede ser cierto. Sin embargo, admitir la renuncia de la víctima a determinados derechos procesales sin haber valorado a través de esta evaluación individual del artículo 22 Directiva 2012/29 su disposición y preparación física y emocional para afrontar las consecuencias que derivaría la renuncia, se trata de una medida que no se sitúa en sintonía con la finalidad y espíritu de la Directiva 2012/29. Ni evita la victimización secundaria y repetida ni libera a la víctima

¹⁴⁵⁵ BOE de 24 de octubre de 2015, n. 255, pp. 100224-100308, accesible en <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2> (Último acceso: 3 de diciembre de 2019).

con especiales necesidades de protección de la responsabilidad de tener que decidir sobre determinadas medidas de cuyas consecuencias son culpabilizadas¹⁴⁵⁶.

La pregunta que nos formularíamos es la de ¿son disponibles los derechos procesales? A lo que podríamos responder con otra pregunta ¿qué interés tendría una víctima en no querer entender ni ser entendida, en no recibir información, no tener asistencia lingüística, legal o asistencial, no recibir apoyo por servicios sociales, no ser oída, no participar en el proceso penal, no tener garantías en caso de justicia restaurativa, ni ser beneficiaria del servicio de justicia gratuita, no ser reembolsada de los gastos, que no se le restituyan los bienes, ni obtener una decisión de carácter indemnizatorio, no ser protegida, que no se respete su intimidad ni a que se tengan en cuenta sus especiales necesidades? ¿Bajo el principio de respetabilidad de los deseos de las víctimas estamos volviendo al punto de partida: su victimización como un asunto privado?

Nos posicionamos en la defensa de la indisponibilidad de los derechos procesales que impliquen o puedan implicar el mantenimiento y perdurabilidad de su victimización. Es decir, no se trata de que se obligue a la víctima a que se persone como acusación particular, sino que el reconocimiento de los derechos procesales de las víctimas pueda ser neutralizado o bloqueado por el propio proceso de victimización que experimentan. Recordando a la profesora MYRIAM RODRÍGUEZ “*la victimización se sufre, la victimidad se goza*”. Por ello, apostamos por la supresión de la posibilidad de la renuncia de la víctima a las medidas del artículo 23 y 24 Directiva 2012/29 y del artículo 24.2 LEVD o al menos su reconocimiento con la precisión de que la decisión final dependerá del órgano judicial tras los informes preceptivos de la Oficina de atención a las víctimas. Para lo cual, la existencia misma del informe de la evaluación individualizada por las Oficinas de Asistencia a las víctimas no dependerá del consentimiento de las víctimas de conformidad con el artículo 31 del Real Decreto 1109/2015 pues en base a él se podrán adoptar las medidas específicas para la protección de las víctimas. Pues de lo contrario, la obstaculización del reconocimiento de los derechos de las víctimas sería total tal y como ocurre con la necesidad de consentimiento. En todo caso, debe quedar claro el carácter indisponible de los derechos materiales y procesales de las víctimas. Aludiendo a al concepto de indisponibilidad activa (inalienables por quien es titular de los mismos) y a la pasiva (inexpropiables e ilimitables por otros sujetos particulares ni el Estado) que enuncia LUIGI FERRAJOLI¹⁴⁵⁷. Además, siguiendo a FERRAJOLI respecto a los derechos fundamentales, son indisponibles en cuanto a que están sustraídos tanto a las decisiones políticas como al mercado. Pues, aun a pesar de que acepta la crítica de poder tratarse de la decisión paternalista, si se admitiera que los derechos fundamentales son alienables, razona FERRAJOLI “*en tal caso, también la libertad de alienar la propia libertad de alienar sería alienable, con un doble resultado: que todos los*

¹⁴⁵⁶ No es poco frecuente que las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres reciban la frase “*por tu culpa X...*” seguido de las consecuencias penales, civiles o procesales que se atribuyen a la incoación de un proceso penal (“me he tenido que mudar”, “no puedo ver a los niños”, estoy en la cárcel”, “me he quedado sin trabajo”, etc.).

¹⁴⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2000, esp. p. 32.

*derechos fundamentales cesarían de ser universales, es decir, concernientes a todos en igual forma y medida; y que la libertad de alienar todos los propios derechos –del derecho a la vida a los derechos civiles y políticos– comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza.*¹⁴⁵⁸ Y, sin embargo, no hay mayor protección para los derechos de las víctimas (y especialmente para los derechos de las mujeres) que un Estado de Derecho sólido. Lo que FERRAJOLI relaciona con la dimensión “sustancial” de la democracia¹⁴⁵⁹.

4.6 Derecho a la protección de las víctimas con necesidades especiales de protección durante el proceso penal

Reconocido en el artículo 23 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 25 LEV, este derecho está íntimamente relacionado con el anterior dado que solo se proyecta sobre las víctimas respecto de las cuales se haya apreciado que precisan de medidas especiales tras la evaluación individual del artículo 22 Directiva 2012/29, artículo 23 LEVD.

Pone de relieve M^a ÁNGELES BARRÈRE UNZUETA cómo el concepto de “vulnerabilidad” ha ido desplazando al de “discriminación” o “grupos discriminados” en las dos últimas décadas¹⁴⁶⁰. En el ámbito europeo esta clasificación de grupos vulnerables se concreta en “*mujeres, jóvenes, emigrantes y personas con discapacidad*”¹⁴⁶¹. La autora critica esta prevalencia del concepto de vulnerabilidad porque entiende que invisibiliza los “*sistemas o regímenes de desigualdad o de “poder sobre” cuando, precisamente, estos son una pieza clave par entender determinado tipo de vulnerabilidad*”¹⁴⁶². Asimismo, entiende la autora que el concepto de vulnerabilidad se basa en el riesgo de que se vulneren derechos, en lugar de basarse en la realidad de que tal vulneración se haya producido. No se trata, según BARRÈRE, de ser vulnerables sino de haber sido vulnerados. En esta línea, la autora critica el concepto de vulnerabilidad universal de MARTHA FINEMAN pues elimina el carácter sistémico de la discriminación¹⁴⁶³. En definitiva, M^a ÁNGELES BARRÈRE defiende la utilización del término discriminación, y más concretamente, el de subdiscriminación pues enfatiza su dimensión sistémica y estructural. Una dimensión que según IRIS MARION

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*, esp. p. 33.

¹⁴⁵⁹ En palabras de LUIGI FERRAJOLI “*Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.*”, *Ibidem*, esp. p. 36.

¹⁴⁶⁰ BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles, “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad vs. subdiscriminación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 2016, n.34, <https://ojs.uv.es>

¹⁴⁶¹ *Ibidem*, esp. p. 19.

¹⁴⁶² *Ibidem*, esp. p. 20

¹⁴⁶³ Quien entiende que señalar grupos concretos vulnerables estigmatiza y los excluye del contrato social, apostando por una concepción universal de la vulnerabilidad entendida sin elemento estructural, sino únicamente individual

YOUNG se materializa en cinco condiciones: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia¹⁴⁶⁴.

Esta apreciación es interesante pero precisamente, como comentábamos respecto del derecho de protección, la LEVD evita el término “vulnerable”, y solo emplea el término “vulnerabilidad” en seis ocasiones (dos de ellas en el articulado). Aunque también hay que decir que el concepto “discriminación” no aparece ni una sola vez y el de “discriminatorio” en dos ocasiones y referidas a la necesidad de dispensar un trato no discriminatorio (artículo 3). En la Directiva el término “discriminación” aparece en siete ocasiones (Considerandos 6, 9, 17, 56, y artículo 22), “discriminatoria/o” en cinco ocasiones (Considerandos 61, 63, artículos 1, 3, 25.5), “vulnerabilidad” en una ocasión (artículo 22.4) y “vulnerable” en cuatro ocasiones (Considerandos 38, 58, artículo 22.1 y 22.3). Hay quien puede extraer conclusiones de este uso del lenguaje y remitirlo al debate que exponíamos en torno a la preferencia del concepto de “subdiscriminación”, remarcando, en palabras de M^a ÁNGELES BARRÈRE, “*actos discriminatorios como acción cualificada o significada por los sistemas de opresión*”¹⁴⁶⁵. Es decir, mientras que con el derecho antidiscriminatorio se entiende la discriminación como un fenómeno puntual que se basa en las diferencias (raza, sexo, etc.) que requiere la intervención del Derecho también puntual, con el Derecho antisubdiscriminatorio se entiende que la discriminación obedece a “sistemas de opresión” (normas, estereotipos y roles) que requiere una intervención del Derecho sistémica. Un marco interpretativo y de acción en el se encontraría el Convenio de Estambul. Enfrente, podemos imaginar que se sitúan las corrientes de pensamiento que separan “Derecho” y “Sociedad” siguiendo la tradición kelseniana.

Y es que hemos de subrayar que determinadas mujeres pueden experimentar una situación de mayor vulnerabilidad (o entendida como intersección de distintas discriminaciones) y encontrarse en una situación de mayor desventaja como mujeres de áreas rurales, mujeres ancianas, mujeres con diversidad funcional, mujeres lesbianas, mujeres bisexuales, mujeres transexuales, mujeres tratadas, mujeres prostituidas, mujeres traficadas, mujeres migrantes (incluyendo refugiadas, asiladas y las que cuenten con documentación) y mujeres de determinados grupos sociales, étnicos o religiosos¹⁴⁶⁶.

Refiriéndonos en concreto a un tipo de víctimas, las víctimas de violencia corporativa manifiestan una especial necesidad de recibir apoyo, información, y protección. En el informe “*Victims and Corporations. Implementation of Directive*

¹⁴⁶⁴ YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 1990, esp. p.84.

¹⁴⁶⁵ BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores, “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2011, n.45, pp. 15-42, esp. p. 39. En este sentido interpretativo, el Convenio de Estambul es entendido como marco del derecho antisubdiscriminatorio. Así, GIL RUIZ, Juana María, “La catarsis del derecho ante la subdiscriminación”, en Juana María Gil Ruiz (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018.

¹⁴⁶⁶ Consejo de Europea, *Guaranteeing Equal Access of Women to Justice*, 2016, esp. p. 4, Accesible <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1034ed26-1f53-11e7-84e2-01aa75ed71a1/language-en> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

2012/29/EU for Victims of Corporate Crimes and Corporate Violence”¹⁴⁶⁷ se sugiere la necesidad de su consideración como víctimas especialmente vulnerables. Asimismo, se recomienda que, dado que no se les reconoce el estatus de víctimas, todas aquellas disposiciones que la Directiva 2012/29 se dirige a los y las diferentes profesionales como judicatura, fiscalía, policía, abogacía, servicios sociales, servicios de justicia restaurativa y organizaciones de víctimas, se entiendan dirigidas a las Corporaciones.

En la mencionada Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, en su Punto 20 se recoge que el Parlamento “*Lamenta la escasez de medidas especiales aplicadas por los Estados miembros para las víctimas en situaciones de vulnerabilidad o con necesidades especiales; considera que en muchas ocasiones los recortes del gasto público inciden negativamente en los recursos disponibles para aplicar dichas medidas especiales; pide, por tanto, a los Estados miembros que, en colaboración con la Comisión y las organizaciones pertinentes de protección a las víctimas, adopten medidas y directrices especiales que faciliten la OEP para las víctimas en situaciones de vulnerabilidad o con necesidades especiales;*”.

4.7 Derecho a la protección de las víctimas menores de edad durante el proceso penal

Reconocido en el artículo 24 Directiva 2012/29/UE y en el artículo 26 LEVD. Como adelantamos, en este momento mencionaremos algunas medidas que se pueden adoptar para proteger a víctimas menores de edad durante el proceso penal. Si bien, hay que resaltar el principio hermenéutico del interés del menor a la hora de adoptar o no adoptar estas medidas¹⁴⁶⁸

Así, interesa hacer referencia a la STS 930/2013¹⁴⁶⁹, de 13 de diciembre, en la que respecto a la toma de declaración a menores de edad, en este caso el menor fue examinado, grabado en soporte digital y cuya grabación fue reproducida en el juicio oral. Importa mencionar que en el FJ 2º se hace expresa mención a los compromisos internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y, más recientemente, la Directiva 2012/29/UE, y que para encontrar ese equilibrio entre la protección de las víctimas y el respeto de las garantías de la persona acusada señala que “*quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor,*

¹⁴⁶⁷ JUST/2014/JACC/AG/VICT/7417, esp. pp.5 y 6, accesible en http://www.victimsandcorporations.eu/wp-content/uploads/2018/04/VictCorpor_Guidelines-for-Corporations.ENG_.2017.pdf (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

¹⁴⁶⁸ Unas referencias que aparecen en la Exposición de Motivos de las LEVD como consecuencia de las enmiendas en sede parlamentaria como pone de relieve rm esp. p. 103.

¹⁴⁶⁹ STS 940/2013, de 13 de diciembre de 2013, ECLI: ES:TS:2013:5907, ponente: Manuel Marchena Gómez, accesible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9666452c9b543cd0> (Último acceso: 16 de diciembre de 2019).

y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior”.

Así también consta en la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 sobre protección de los menores víctimas y testigos¹⁴⁷⁰ donde se recuerda STJUE en caso Pupino en la que el TJUE interpretaba que *“el órgano jurisdiccional nacional ha de poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta.”* precribiendo que *“Las Sras/Sres. Fiscales, si por cuanto se ha dicho, apreciaran graves dificultades para la asistencia del testigo menor al juicio oral, deberán ponderar los derechos e intereses en juego, asumiendo al prescindir del testimonio en la vista oral y acudir a la preconstitución probatoria, la eventualidad de una sentencia absolutoria.”*

Por otro lado, resaltar que según el análisis del EIGE la principal Oportunidad de este artículo es que la consideración automática de que los y las menores necesitan especial protección se extiende a las niñas que sufren determinados delitos como trata, matrimonios forzados y mutilación genital.

Por último, y tal y como señala el Parlamento Europeo, hay que prestar especial atención a los *“los incidentes significativos de violencia de género, incluida la violencia doméstica, a la hora de determinar los derechos de custodia y de visita, y considera que también deberían tenerse en cuenta los derechos y necesidades de los niños testigos al prestar servicios de protección y apoyo a las víctimas”*¹⁴⁷¹ que en España está previsto conforme a la LECrim artículo 544ter y 544quinquies.

¹⁴⁷⁰ Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2009 sobre protección de los menores víctimas y testigos, accesible en <https://www.fiscal.es/documents/20142/7edc93cb-d444-14a4-3e9a-07c42ebf9130> (Último acceso: 13 de diciembre de 2019)

¹⁴⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, punto 31 accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0229_ES.html (Último acceso: 13 de diciembre de 2019).

CONCLUSIONES

I. Solo mediante la aplicación de la perspectiva de género es posible percibir la similitud de la situación social de todas las mujeres ciudadanas y residentes en la UE. Esta situación similar presenta, entre otros, aspectos victimológicos y jurídicos que, si bien, se manifiestan con diversa intensidad, son por descontado reconocibles en la generalidad de las mujeres con independencia del Estado Miembro donde se encuentren. Lo que genera una manifiesta interdependencia entre los EEMM en el cumplimiento y aplicación del Derecho europeo. Esta aludida situación social similar se fundamenta en una socialización basada en patrones patriarcales que impone roles de comportamiento condicionando la existencia de hombres y mujeres. Somete a ambos a sus normas sexistas, convirtiendo a ambos en ejecutores y víctimas de sus directrices y situando a las mujeres en una posición inferior respecto de los hombres en cuanto al reconocimiento de derechos, garantías y libertades, que ya sea por tradición, ley o cortesía, las coloca, con diferentes intensidades en la gravedad de las consecuencias, en una situación de indefensión, vulnerabilidad, falta de oportunidades, y vulneración de los elementos esenciales asociados a la dignidad humana de forma generalizada.

II. El principio de reconocimiento mutuo ha sido el motor de la integración europea desde su consagración como piedra angular de la cooperación judicial. La base de este principio es la confianza mutua entre los EEMM. Ésta supone la seguridad de que los distintos ordenamientos jurídicos se asientan sobre los mismos principios, valores y defensa de los derechos fundamentales, lo que singulariza la unión de los Estados en una organización supranacional como es la UE. Sin embargo, la competencia de la UE para efectuar una aproximación de legislaciones despierta preocupaciones respecto a la pérdida de soberanía que puede comportar y, del mismo modo, los EEMM con legislaciones más estrictas en el ámbito penal pueden mostrar reticencia a seguir la legislación indicada desde la UE. Si a todo esto se añade el ascenso de partidos políticos y grupos de presión social de corte de extrema derecha o, incluso, neoliberal, así como, (o incluso como consecuencia de ello), la oposición a la aplicación de la perspectiva de género en el ámbito jurídico, se presenta un escenario en el que una eventual posibilidad de extender la competencia de la UE del artículo 83.2 TFUE a la inclusión de los delitos de violencia contra la mujer en aras de su aproximación legislativa no parece tener una viabilidad práctica en un futuro próximo. Sin embargo, la firma por la UE del Convenio de Estambul del Consejo de Europa nos marca un camino interesante no solo mostrando el compromiso político y jurídico, sino promoviendo dicha habilitación legal del artículo 83.2 TFUE. Éste parece el camino futuro: una legislación europea aproximada en forma de Directiva siguiendo las líneas marcadas desde el Consejo de Europa en el Convenio de Estambul. Esta modificación aseguraría una “confianza” real entre los EEMM a la hora de cooperar, mayor facilidad para la recolección de datos, posibilidad de comparación entre los EEMM y una mayor libertad de movimiento de las víctimas de violencia contra las mujeres, o incluso de las mujeres ciudadanas europeas ante la

seguridad de que allá donde estén o vayan en la UE sus derechos como mujeres en el ámbito penal estarán salvaguardados.

III. Respecto a la posible creación de un proceso penal europeo, ello podrá tener lugar a partir del principio de aproximación legislativa contenido en el artículo 82.2 TFUE tras el Tratado de Lisboa, así como por medio del establecimiento de un criterio uniforme de interpretación del Derecho europeo de forma general con el TEDH, y de modo concreto referido a la UE a través del TJUE. En consecuencia existen unos principios procesales penales comunes y una jurisprudencia europea que aproxima legislaciones de los EEMM apareciendo ambos tribunales (TEDH y TJUE) como los principales motores de dicha aproximación de normas e interpretaciones judiciales. Ello no obstante, el respeto a la distintas tradiciones jurídicas actúa como mecanismo de freno ante la posibilidad de extralimitaciones en la habilitación legal que ofrece el TFUE así como el contexto político actual en el que partidos de extrema derecha tienen representación tanto en parlamentos nacionales como en el Parlamento Europeo, manteniendo una perspectiva nacionalista, euroescéptica y obstaculizadora de toda medida que suponga configurar unos procesos penales nacionales que tiendan a asimilarse en sus principios, reglas, derechos e interpretaciones.

IV. Entendemos un proceso penal *pro victima* como aquel proceso penal en el que se integra a la víctima en la articulación y desenvolvimiento de las diferentes fases procesales penales asegurando que puedan ejercitar los derechos que se les reconoce de conformidad con la Directiva 2012/29 y la transposición nacional. Criticamos por ello las limitaciones existentes respecto de la titularidad de las víctimas de los derechos reconocidos en el artículo 6.1 CEDH a su consideración como parte civil y valoramos de forma positiva la inclusión en el articulado del CEDH del reconocimiento de la titularidad de las víctimas de delitos de los derechos procesales que consagra. Defendemos la inclusión en la regulación europea de los derechos de las víctimas de un derecho a la presunción de victimidad que permita adelantar algunos derechos procesales (a modo de ejemplo entre otros, el de protección, participación en el proceso penal o derecho a la asistencia letrada), antes de que exista resolución judicial firme que acredite su condición de víctima con un carácter procesal.

V. Partiendo de la frase de MYRIAM HERRERA, “*la victimización se sufre, mientras que la victimidad se goza*”, hemos distinguido entre “victimización” y “victimidad”. Mientras que la victimización reside en el mundo fáctico, la victimidad es una categoría procesal que supone el reconocimiento jurídico de que una persona ha sufrido un delito. Esta separación trata de resolver la dificultad que supone adelantar el reconocimiento de derechos y el otorgamiento de protección a personas que han sufrido una vulneración de sus derechos. Por ello, hemos diferenciado una serie de niveles victimales para analizar el *iter victima* que puede experimentar una persona integrando niveles fácticos, niveles jurídicos, nivel individual y nivel social.

VI. Tanto la “victimización” como la “victimidad” no dependen de la *autopercepción* que la persona tenga sobre su condición de víctima. Sin embargo, la “victimidad” siempre precisará de un acto formal de una tercera persona o ente que consagre el estatus de “víctima” a diferencia de la victimización. Por ello, la “victimidad” siempre será un concepto *heterodesignado* mientras que la “victimización” sí podrá ser una condición “*autopercebida*” aunque no alcance el estatus oficial de víctima al no producirse la declaración de victimidad por medio de sentencia.

VII. La distinta socialización de hombres y mujeres basada en estereotipos y roles de género incide tanto en la percepción de la propia victimización (*autopercepción*) como en la percepción social de la victimización (*heteropercepción*). A ellos se unen distintas teorías psicosociales como la teoría de la “Creencia en un Mundo Justo” así como la teoría de la “disonancia cognitiva”, que explican cómo repercute dicha socialización en la atribución de las características ideales que debe reunir una persona para ser considerada víctima. Este posicionamiento genera, entre otras, reacciones de rechazo y/o de culpabilización de las víctimas por el delito sufrido.

VIII. El desarrollo de estudios y análisis victimológicos desde la teoría feminista introdujo una perspectiva de género en la Victimología. Las sucesivas distintas “olas” en ambos campos de estudios, feminismo y Victimología, han canalizado una política criminal que ha penetrado en los ordenamientos jurídicos de forma progresiva. En consecuencia, se parte de la necesidad de evitar el androcentrismo en la disciplina jurídica y victimológica acogiendo un enfoque de género que permita analizar cómo influye la socialización en los procesos victimológicos. Los resultados se proyectan tanto el ámbito jurídico como social. En el ámbito jurídico, y más concretamente en lo que respecta al Derecho Penal se tipifican acciones impunes hasta entonces como el *sexting*, el acoso por razón de sexo, el acoso sexual, las amenazas leves en contextos de violencia contra las mujeres, delitos basados en el honor, la mutilación genital femenina, la inaplicación de la atenuante “estado pasional” para delitos de violencia de género, etc. En el ámbito del Derecho Procesal la incidencia de los estudios victimológicos con perspectiva de género se proyecta a través de la regulación derechos de las víctimas y su materialización en la práctica como la limitación tanto en fase de instrucción como de enjuiciamiento. Especialmente, en esta última área y a modo de ejemplo, destacamos asimismo la interpretación jurisprudencial de la intimidación ambiental y de la agravante de alevosía en el ámbito de los delitos contra la pareja sentimental, así como la limitación del contenido de las preguntas acerca de la experiencia sexual previa de la víctima.

IX. La violencia contra las mujeres ha sido interpretada como manifestación de las diferencias entre hombres y mujeres que impone el sistema patriarcal y la subdiscriminación que éstas padecen con respecto a aquellos. Otras teorías, como la del modelo ecológico, ofrecen una descripción de la violencia que se ejerce contra las mujeres por el hecho de serlo. La educación, formación y sensibilización de la sociedad

en los DDHH son señaladas como piezas claves para la erradicación de la violencia contra las mujeres y la igualdad entre hombres y mujeres puesto que aunque el sistema legal se modifique y se adapte a la situación legal deseada en cada momento histórico, si los valores de la sociedad no evolucionan, la ciudadanía no se sentirá motivada por las normas penales, ni comprenderán que lo que antes se reconocía como un derecho (por ejemplo, el derecho del marido a castigar a la esposa) ahora constituye un delito (violencia de género en su concepción penal española).

X. A pesar de que la mayoría de las víctimas de delitos son hombres, en determinados delitos las mujeres aparecen como víctimas de forma desproporcionada cuantitativamente. Solo aplicando una perspectiva de género podemos, en primer lugar, percibir este impacto de género; en segundo lugar, analizar las causas; en tercer lugar, tipificar las conductas que atenten contra los DDHH de las mujeres, en cuarto lugar, asistir, proteger y reparar a las mujeres víctimas de forma respetuosa con su dignidad y sus derechos; en quinto lugar, enjuiciar a los agresores incidiendo en la prevención especial y, en sexto lugar, tratar de erradicar dichos delitos ejerciendo una función preventiva y no solo represiva.

XI. Hemos de evitar mantener una mirada etnocéntrica y atender e integrar las reivindicaciones y propuestas procedentes de otras culturas y otros colectivos y grupos sociales o personas minorizadas, racializadas, así como discriminadas históricamente. Ello teniendo en cuenta la necesidad de establecer el respeto a los derechos Humanos consagrados en la DUDH como mínimo desde el que partir sin que prácticas, costumbres o reglas sociales puedan ser respetadas bajo una falsa alusión a la tolerancia.

XII. Si bien la preocupación por las víctimas desde una perspectiva social y asistencial comenzó a cobrar significancia a mitad del siglo XX, la consideración de la situación procesal de las víctimas es un asunto presente en la doctrina y la jurisprudencia nacional, europea e internacional desde principios del S.XXI. Este nuevo objeto de estudio se combina con los temas en que se focaliza la actual corriente de estudios victimológicos y la denominada cuarta ola del movimiento a favor de los derechos de las víctimas. De esta forma se interrelacionan el etiquetamiento victimal y la institucionalización de los derechos de las víctimas. En este contexto se presenta la necesidad de conceptualizar qué se entiende por víctima, cómo se acredita esta situación y hasta qué momento temporal una persona puede ser considerada víctima de conformidad con la legislación procesal y las interpretaciones jurisprudenciales.

XIII. La Directiva 2012/29/UE recoge un concepto restrictivo de “víctima” limitándolo al ámbito penal. Se trata de un concepto no homogéneo en los Estados Miembros de la Unión Europea. La insuficiencia de la definición y de la descripción de este concepto de “víctima” ha determinado la necesidad de partir de una diferenciación entre victimización, como situación *de facto*, y de victimidad, como situación *de lege*. Posteriormente hemos diferenciado tres situaciones por las que podrá encontrarse durante el *iter procesal* una persona que haya sufrido un daño y perjuicio y pueda ser

considerada víctima de un delito: la constatación de la victimización, el establecimiento de la presunción de victimidad y la acreditación de la victimidad. Esta triple diferenciación pretende, por un lado, superponer la situación fáctica del *iter victima* con la situación procesal del *iter procesal*, y por otro lado, adoptar una visión garantista tanto respecto de las víctimas alejándolas de las expectativas desdibujadas que puedan desarrollar sobre la Administración de Justicia, como respecto de quienes puede ser declarada su responsabilidad por acciones u omisiones tipificadas que ocasionaron los daños y perjuicios denunciados, cuya presunción de inocencia es la base sobre la que se constituye el denominado proceso debido que todo Estado de Derecho ha de respetar y garantizar.

XIV. Siempre que se excluyan consecuencias de tipo penal, la presunción de victimidad puede ser declarada por autoridades no judiciales como servicios sociales, fiscalía o la policía. La temporalidad de la victimización se entiende como el derecho de las víctimas a ver reparadas las consecuencias materiales del delito. Ésta se proyectará sobre todo en la ejecución de la sentencia una vez declarada la victimidad. Por su parte, la victimidad como categoría procesal se asocia a los efectos procesales de la autoridad de cosa juzgada, matizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su carácter material (“justa satisfacción”) y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su carácter formal (efecto de “*res iudicata*”). Lo que nos lleva a afirmar que mientras que la victimidad finaliza porque es una categoría procesal, la victimización no tiene un contorno temporal procesal delimitado de forma precisa puesto que depende de factores que no se asocian directamente con el proceso judicial. Estos factores pueden ser los derivados de la importancia de la *autopercepción* de la victimización (no considerarse víctima aun habiendo sido así declarado/a en una sentencia o por el contrario, considerarse víctima aun habiendo sido ejecutada la sentencia condenatoria por la que se le reconocen determinados derechos como el derecho a obtener una indemnización y haberla ya percibido en su integridad). Esta última consideración permite combinar una postura tendente a una denominada justicia interaccional que se base en el respeto con que la Administración de Justicia debe tratar a las personas (una victimización que puede no alcanzar el estatus de victimidad, y no ser, de esta forma, declarada por sentencia, sin que se niegue la existencia de un daño o perjuicio) con una postura firme en defensa de la legalidad y del respeto de los principios del proceso debido. En definitiva, la superposición del *iter victima* y del *iter procesal*.

XV. A pesar de la Directiva 2012/29/UE, en la UE no existe un concepto unánime de víctima ni un reconocimiento homogéneo de su intervención en el proceso penal. Esto es consecuencia tanto de las diferencias en la transposición de la Directiva como de las numerosas remisiones que ésta realiza a los ordenamientos jurídicos nacionales. Esta situación se agudiza si analizamos la violencia contra las mujeres basada en el género dado que no existe una regulación homogénea ni siquiera similar de los delitos en que se materializan. Por ello la ratificación del Convenio de Estambul es una necesidad y una oportunidad para que esta situación que provoca desprotección, falta de reparación

e impunidad finalice. Se propone la incorporación del término “sexismo” en el artículo 67.3 TFUE y la incorporación al artículo 83.1 TFUE del resto de delitos contra las mujeres (además de la trata) de acuerdo con su especial gravedad y a la necesidad particular de combatirlos según criterios comunes activando la cláusula pasarela como propone el Parlamento Europeo en su Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección y aparece en las orientaciones estratégicas de la nueva presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen. Como resultado, los EEMM tendrían que implementar una Directiva sobre la violencia contra las mujeres basada en el género que unificara la toma en consideración de este fenómeno delictivo cuya presencia conoce cualquier momento histórico y cualquier porción de terreno.

XVI. Proponemos la modificación de los artículos 730 y 448 LECrim. Hemos de posicionarnos en favor de la limitación a la fase de juicio oral del privilegio procesal a la dispensa del deber de declarar con la modificación del artículo 730 LECrim y la posibilidad de procederse a la lectura de la declaración de la víctima ya se traten de manifestaciones espontáneas ante la policía u otros testigos de referencia, ya sea ante personal sanitario o asistencia, ya sea en fase de instrucción. Y bien, la víctima no puede ser obligada a declarar en ninguna fase del proceso ni aún eliminado el deber de prometer o jurar ser veraz. A este respecto, la postura del TEDH ha experimentado una evolución.

XVII. Tanto a nivel nacional español como a nivel europeo, la declaración de la víctima puede constituirse como prueba de cargo suficiente incluso aunque aparezca como medio de prueba único y sin otros elementos periféricos corroboradores. Una larga e intensa reivindicación por parte del movimiento feminista, los estudios victimológicos, las escuelas de interpretación jurídicas progresistas y demás organizaciones en defensa de los derechos de las víctimas, así como por parte de la sociedad civil, están detrás de este deseado avance y su positivización e institucionalización.

XVIII. La fiscalía no tendrá siempre los mismos intereses que las víctimas individuales ya que el Estado representa intereses más amplios que los individuales. Los intereses de las víctimas por legales, ilegales o insuficientemente protegidos por ellas mismas, puede que no se identifiquen con “el interés social”. Por ello, la consecuencia positiva de, tanto la acusación particular como de la acusación popular. En cuanto la posibilidad de que se haga uso de la acusación popular con una finalidad espuria, el uso fraudulento, contra la buena fe procesal, y en definitiva con fines distintos a la naturaleza del derecho no debería conllevar la supresión de un derecho sino el establecimiento de mecanismos procesales que corrijan tales desviaciones. Con todo ello, remarcamos la incidencia de la formación en derechos de las víctimas y en perspectiva de género de los operadores jurídicos.

XIX. La Directiva 29/2012/UE tiene un impacto de género consecuencia de la división sexualizada de la sociedad producto de la socialización de los roles y estereotipos de género. Este impacto de género ha de ser analizado para posibilitar que los derechos procesales y extraprocesales que se consagran sean ejercitados en igualdad de condiciones por todas las víctimas de delitos. Tomar consciencia de este impacto de género es el paso intelectual necesario para poder aplicar una perspectiva de género para corregir las disfunciones que puedan conllevar su aplicación práctica e incluir medidas, por vía legal o reglamentaria, que permitan que las víctimas puedan ejercitar los derechos reconocidos en la Directiva en igualdad de condiciones.

XX. Consideramos que en caso de vulneración de los derechos procesales de las víctimas hemos de atender al régimen de medios de impugnación previsto en la LEVD y, en último caso, se atribuya responsabilidad al Estado siguiendo la teoría de la diligencia debida del TEDH en cuanto a la afectación a la tutela judicial efectiva y a un juicio con todas las garantías.

XXI. Consideramos necesario el establecimiento de un turno de palabra de las víctimas teniendo con anterioridad al ejercicio del derecho a la última palabra de la persona acusada. Esta última declaración de la víctima podría ser oral o escrita y tendría un papel procesal fundamental tanto al ofrecer a la víctima una vía para procesar los efectos que el delito le ha causado como al proveer a la judicatura de información valiosa a la hora de valorar la prueba y motivar la sentencia. En este sentido y para en ningún caso vulnerar la presunción de inocencia, esta última declaración de la víctima no podría contener opiniones sobre el delito, ni sobre la persona acusada ni sobre el sentido del fallo. En esta línea existe jurisprudencia y regulación en Derecho Comparado que contempla sendas posibilidades en los EEMM y por ello se proyecta aquí su traslación.

XXII. Entendemos que determinadas resoluciones han de ser notificadas a la víctima aun cuando ésta no manifieste de forma expresa su deseo de ser informada. Así por ejemplo, las referidas al quebrantamiento de medidas cautelares relacionadas con su seguridad (u otras personas relacionadas con ella susceptibles de sufrir violencia *per relationem* como en el caso de familiares) o las resoluciones que informen a la víctima sobre la concesión de beneficios penitenciarios o fuga del victimario. Para ello sugerimos la supresión de la matización en el artículo 7.3 LEVD respecto a la solicitud de la víctima de violencia de género de no ser notificada de las resoluciones relativas a la puesta en libertad del infractor, de la fuga del infractor (artículo 5.1.c) LEVD) y de las medidas cautelares personales que garanticen la seguridad de las víctimas (artículo 5.1.d) LEVD).

XXIII. El derecho a la indemnización desarrollado en la Ley 35/1995 a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual cometidos en España ha de ser reconocido con independencia de la nacionalidad y la situación administrativa de las víctimas en

España. Asimismo, las cuantías de las ayudas en caso de delitos violentos y contra la libertad sexual deberían asimilarse en las cuantías y procedimientos a las ayudas establecidas en casos de terrorismo conforme a la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

XXIV. Nos posicionamos en defensa de la indisponibilidad de los derechos procesales de las víctimas que impliquen o puedan implicar el mantenimiento y perdurabilidad de su victimización. No se trata de que se obligue a la víctima a que se persone como acusación particular, sino que entendemos que el reconocimiento de los derechos procesales de las víctimas no puede ser neutralizado o bloqueado por el propio proceso de victimización que experimentan. Recordando a la profesora MYRIAM HERRERA “*la victimización se sufre, la victimidad se goza*”. Por ello, apostamos por la supresión de la posibilidad de la renuncia de la víctima a las medidas del artículo 23 y 24 Directiva 2012/29/UE y del artículo 24.2 LEVD; en todo caso, al menos su reconocimiento con la precisión de que la decisión final competirá del órgano judicial tras los informes preceptivos elaborados por la Oficina de atención a las víctimas.

XXV. Respecto de la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer podríamos preguntarnos, si a la luz del Convenio de Estambul y de las recomendaciones que se han realizado a España en cuanto a no limitar el concepto de violencia contra la mujer a la existencia de una relación personal, ha de ampliarse para conocer de los delitos recogidos en el Convenio de Estambul y comenzar a ser entendidos como delitos de violencia contra las mujeres. Para ello deberíamos prestar atención al número de juzgados con competencia exclusiva en violencia sobre la mujer, 106, y los otros 355 con competencia en violencia sobre la mujer, pero no de forma exclusiva. Pudiendo hacer uso del artículo 15bis.2 letra a de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial y “*crearse Juzgados de Violencia Sobre la Mujer en aquellos partidos judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje*” o la facultad de la letra c) y determinar qué Juzgado de Primera Instancia e Instrucción asumen competencias en materia de violencia sobre la mujer basada en el género.

XXVI. En cuanto a la satisfacción de las víctimas con la administración de justicia, la diversa tipología de víctimas desaconseja la formulación de generalizaciones. Teniendo esto presente, sin embargo, sí podemos extraer algunas conclusiones a partir de los estudios empíricos realizados. En general, dos derechos son los más mencionados: la participación y el derecho a estar informada. Aunque respecto a la participación las conclusiones de los diferentes estudios arrojan resultados aparentemente contradictorios un deseo de tener mayor participación y en otros casos, las víctimas deseaban tener un papel más pasivo. También hemos de remarcar que parece no existir correlación entre el deseo de las víctimas de obtener mayor participación en el proceso penal y la aplicación en el correspondiente país de un sistema procesal penal que no reconoce a la víctima como parte sino como testigo, o actor civil. En concreto, es significativo que las víctimas entrevistadas en Estados cuyo proceso penal posibilita la personación de las

víctimas como parte acusadora (por ejemplo, el caso de España), sin embargo, manifestaban un mayor deseo de tener mayor involucración en el proceso penal. Todo ello sugiere que este “deseo” o voluntad de participación está más relacionado con el concepto de “justicia interpersonal” (asociada al trato acorde a la dignidad de las víctimas) que con la existencia de un catálogo de derechos procesales. Por ello entendemos que la formación de los y las profesionales que estén en contacto con las víctimas es pieza esencial para la satisfacción de las víctimas con la respuesta que obtienen de la administración de justicia.

CONCLUSIONS¹⁴⁷²

I. Only by applying gender perspective it is possible to perceive the similarity of the social situation of all women citizens and residents in the EU. This similar situation presents, among others, victimological and legal aspects that, although they are manifested with different intensity, are recognizable in the generality of women regardless of the Member State they are in. This generates a manifest interdependence between the Member States in the compliance and application of European law. This similar social situation is based on a socialisation based on patriarchal patterns that impose behavioural roles conditioning the existence of men and women. It subjects both men and women to its sexist norms, turning both men and women into executors and victims of its guidelines and placing women in an inferior position with respect to men in terms of the recognition of rights, guarantees and freedoms, which either by tradition, law or courtesy, places them, with different intensities in the severity of the consequences, in a situation of defencelessness, vulnerability, lack of opportunities, and violation of the essential elements associated with human dignity in a generalised way.

II. The principle of mutual recognition has been the essential force behind the European integration since its establishment as the cornerstone of judicial cooperation. The basis of this principle is mutual trust between Member States. This implies the certainty that the different legal systems are based on the same principles, values and defence of fundamental rights, which characterised as unique the union of States in a supranational organisation such as the EU. However, the competence of the EU to carry out an approximation of legislation raises concerns about the loss of sovereignty that this may entail and, in the same way, the Member States with stricter legislation in the criminal field may be reluctant to follow the indicated legislation from the EU. Besides, the rise of extreme right political parties and social pressure groups or even neo-liberal persuasion must be added, as well as (or even as a consequence of this) opposition to the application of the gender perspective in the legal sphere, a scenario is presented in which a possible extension of the EU's competence from Article 83.2 TFEU to the inclusion of crimes of violence against women in the interests of legislative approximation does not seem to have any practical viability in the near future. However, the signing by the EU of the Council of Europe's Istanbul Convention marks an interesting path, not only by showing political and legal commitment but also by promoting such legal empowerment of Article 83(2) TFEU. This seems to be the way forward: approximated European legislation in the form of a directive along the lines set out by the Council of Europe in the Istanbul Convention. This amendment would ensure real "trust" between Member States in cooperating, easier data collection, comparability between MEAs and greater freedom of movement for victims of violence against women, or even for women European citizens in the knowledge that wherever they are or go in the EU their rights as women in the criminal field will be safeguarded.

¹⁴⁷² Revisión de la gramática en lengua inglesa realizada por mi compañera en el curso de Experta en Enfoque de género de la Universidad de Burgos y profesora de inglés, Ashley Dawn Best.

official status of victim because the declaration of victimhood by means of a sentence does not occur.

VII. The different socialisation of men and women based on gender stereotypes and roles affects both the perception of victimisation itself (self-perception) and the social perception of victimisation. To these are added different psychosocial theories such as the theory of the "Belief in a Just World" as well as the theory of "cognitive dissonance", which explain how this socialisation affects the attribution of the ideal characteristics that a person should have in order to be considered a victim. This positioning generates, among others, reactions of rejection and/or blame of the victims for the crime suffered.

VIII. The development of victimological studies and analysis from feminist theory introduced a gender perspective into victimology. The successive different "waves" in both fields of study, feminism and victimology, have channelled a criminal policy that has progressively penetrated legal systems. Consequently, the starting point is the need to avoid androcentrism in the legal and victimological discipline by adopting a gender approach that allows the analysis of how socialisation influences victimological processes. The results are projected in both the legal and social fields. In the legal field, and more specifically with regard to criminal law, actions that had been unpunished until then are typified as sexting, gender-based harassment, sexual harassment, minor threats in contexts of violence against women, honour crimes, female genital mutilation, non-application of the mitigating "state of passion" for gender-based violence crimes, etc. In the area of procedural law, the impact of victimology studies with a gender perspective is projected through the regulation of victims' rights and their materialisation in practice in both the investigation and the prosecution phase. Especially in this last area and, as an example, we also highlight the jurisprudential interpretation of environmental intimidation and aggravation of malice aforethought in the area of crimes against romantic partners, as well as the limitation of the content of questions about the victim's previous sexual experience.

IX. Violence against women has been interpreted as a manifestation of the differences between men and women imposed by the patriarchal system and the subordination of women to men. Other theories, such as the ecological model, offer a description of the violence that is exercised against women because they are women. The education, training and sensitisation of society in human rights are pointed out as key pieces for the eradication of violence against women and equality between men and women, since even if the legal system is modified and adapted to the desired legal situation in each historical moment, if the values of society do not evolve, citizens will not feel motivated by criminal norms, nor will they understand that what was previously recognised as a right (for example, a husband's right to punish his wife) now constitutes a crime (gender violence in its Spanish criminal conception).

X. Despite the fact that the majority of crime victims are men, women are disproportionately affected by certain crimes. Only by applying a gender perspective, can we, firstly, perceive this gender impact; secondly, analyse the causes; thirdly, classify conduct that violates women's human rights as assisting, protecting and compensating women victims in a way that respects their dignity and rights; fourthly, prosecute the aggressors with a focus on special prevention and, fifthly, try to eradicate such crimes by exercising a preventive and not just a repressive function.

XI. We must avoid maintaining an ethnocentric view and attend to and integrate the demands and proposals coming from other cultures and other groups, including social groups or people who are minority, or racialised, as well as historically discriminated against. This should be done by taking into account the need to establish respect for the human rights enshrined in the UDHR as a minimum from which to start without practices, customs or social rules being respected under a false allusion to tolerance.

XII. Although concern for victims from a social and welfare perspective began to take on significance in the mid-twentieth century, consideration of the procedural situation of victims has been a matter of national, European and international doctrine and jurisprudence since the beginning of the twenty-first century. This new object of study is combined with the themes on which the current trend of victimology studies focuses and the so-called fourth wave of the victims' rights movement. In this way, victimisation labelling and the institutionalisation of victims' rights are interrelated. In this context, there is a need to conceptualise what is meant by a "victim", how this situation is accredited and up to what point in time a person can be considered a victim in accordance with procedural legislation and jurisprudential interpretations.

XIII. Directive 2012/29/EU contains a restrictive concept of "victim", limiting it to the criminal field. This is a non-homogeneous concept in the Member States of the European Union. The inadequacy of the definition and description of this concept of "victim" has determined the need to start from a differentiation between victimisation, as a *de facto* situation, and victimhood, as a situation *de lege*. Subsequently, we have differentiated three situations by which a person who has suffered damage and injury and can be considered a victim of a crime may find himself or herself during the *iter* procedural: the establishment of the victimisation, the establishment of the presumption of victimhood and the accreditation of the victimhood. This triple differentiation intends, on the one hand, to superimpose the factual situation of the *iter* victim with the procedural situation of the *iter* victim, and on the other hand, to adopt a guarantee vision both with respect to the victims, distancing them from the blurred expectations that they may develop about the Administration of Justice, and with respect to those who may be declared responsible for typified actions or omissions that caused the reported damages and prejudices, whose presumption of innocence is the basis on which the so-called due process is constituted, which every State of Law must respect and guarantee.

XIV. Provided that criminal consequences are excluded, non-judicial authorities, such as social services, the public prosecutor's office or the police, may declare the presumption of victimhood. The temporality of victimisation is understood as the right of victims to see the material consequences of the crime repaired. It will be projected mainly in the execution of the sentence once victimhood has been declared. Victimisation as a procedural category is associated with the procedural effects of the authority of *res judicata*, qualified by the European Court of Human Rights in its material character ("just satisfaction") and by the Court of Justice of the European Union in its formal character ("res iudicata" effect). This leads us to affirm that while victimisation ends because it is a procedural category, victimisation does not have a precisely delimited procedural temporal contour since it depends on factors that are not directly associated with the judicial process. These factors may be those derived from the importance of the self-perception of victimisation (not considering oneself a victim even though one has been declared so in a sentence or, on the contrary, considering oneself a victim even though one has been sentenced to certain rights such as the right to obtain compensation and has already received it in its entirety). This last consideration makes it possible to combine a position tending towards a so-called interactive justice based on the respect with which the Administration of Justice must treat people (a victimisation that may not reach the status of victimhood, and thus not be declared by sentence, without the existence of damage or harm being denied) with a firm position in defence of legality and respect for the principles of due process. In short, the overlapping of the *iter-victim* and the *iter-procedure*.

XV. Despite Directive 2012/29/EU, there is no unanimous concept of victim and no uniform recognition of their involvement in criminal proceedings in the EU. This is a consequence both of the differences in the transposition of the Directive and of the numerous references made by the Directive to national legal systems. This situation is exacerbated if we analyse gender-based violence against women, given that there is no homogenous or even similar regulation of the crimes in which it takes place. Therefore, the ratification of the Istanbul Convention is a necessity and an opportunity for this situation, which causes lack of protection, lack of compensation and impunity, to end. It is proposed that the term "sexism" be incorporated into Article 67.3 TFEU and that the rest of the crimes against women (in addition to trafficking) be incorporated into Article 83.1 TFEU in accordance with their special gravity and the particular need to combat them according to common criteria by activating the passerelle clause as proposed by the European Parliament in its Resolution of 19 April 2018 on the application of Directive 2011/99/EU on the European Protection Order and which appears in the strategic guidelines of the new President of the European Commission, Ursula von der Leyen. As a result, the Member States would have to implement a Directive on gender-based violence against women that would unify the consideration of this criminal phenomenon whose presence is known at any historical moment and in any portion of land.

XVI. We propose the amendment of Articles 730 and 448 of the Criminal Code. We have to position ourselves in favour of the limitation to the oral trial phase of the procedural privilege to the dispensation of the duty to declare with the modification of article 770 LECrim and the possibility of proceeding to the reading of the victim's declaration whether it is a matter of spontaneous demonstrations before the police or other reference witnesses, whether before health or assistance personnel, or in the investigation phase. The victim cannot be forced to give a statement at any stage of the proceedings, nor can the duty to promise or swear to be truthful be removed. In this respect, the position of the ECtHR has evolved.

XVII. At both the Spanish national and European level, the victim's statement can be constituted as sufficient evidence of the charge even if it appears as a single piece of evidence and without other corroborating peripheral elements. A long and intense claim by the feminist movement, victimology studies, progressive legal interpretation schools and other organisations in defence of victims' rights, as well as civil society, are behind this desired advance and its regulation and institutionalisation.

XVIII. The prosecution will not always have the same interests as individual victims, since the State represents broader interests than the individual. The interests of the victims by reason of allegations, illegal or insufficiently protected by themselves, may not be identified with "the social interest". Thus, the positive consequence of both the private accusation and the popular accusation. As for the possibility that the popular accusation may be used for a spurious purpose, fraudulent use, against procedural good faith, and ultimately for purposes other than the nature of the right should not entail the suppression of a right, but the establishment of procedural mechanisms to correct such deviations. With all this, we emphasise the impact of training in victims' rights and in the gender perspective of for legal operators.

XIX. Directive 29/2012/EU has an impact on gender as a consequence of the sexualised division of society resulting from the socialisation of gender roles and stereotypes. This gender impact has to be analysed in order to enable the procedural and extra-procedural rights that are enshrined to be exercised under equal conditions by all victims of crime. Awareness of this gender impact is the intellectual step necessary to be able to apply-gender perspective to correct the dysfunctions that may result from its practical application and to include measures, by legal or regulatory means, which will allow victims to exercise the rights recognised in the Directive under equal conditions.

XX. We consider that in case of violation of the procedural rights of the victims, we have to attend to the regime of means of contestation provided for in the Spanish act on victims and, in the last case, the responsibility is attributed to the State following the theory of due diligence of the ECtHR in terms of the affectation to the effective judicial protection and a trial with all guarantees.

XXI. We consider it necessary to establish a speaking time for victims prior to the exercise of the right to the last word of the accused. This last statement by the victim could be oral or written and would have a fundamental procedural role both in offering the victim a way to process the effects that the crime has caused him or her and in providing the judiciary with valuable information when assessing the evidence and motivating the sentence. In this sense, and in order not to violate the presumption of innocence, this last statement by the victim could not contain opinions about the crime, the accused or the meaning of the sentence. In this line there is jurisprudence and regulation in Comparative Law that contemplates two possibilities in the Member States and for this reason its translation is projected here.

XXII. We understand that certain resolutions must be notified to the victim even if the latter does not expressly express a wish to be informed. Thus, for example, those referring to the violation of precautionary measures related to their safety (or other persons related to them who may suffer violence *per relationem*, as in the case of family members) or resolutions that inform the victim about the granting of prison benefits or the escape of the offender. To this end, we suggest removing the qualification in Article 7.3 Spanish act on victims regarding the request of the victim of gender-based violence not to be notified of resolutions concerning the release of the offender, the escape of the offender (Article 5.1.c Spanish act on victims) and personal protective measures to ensure the safety of victims (Article 5.1.d Spanish act on victims).

XXIII. The right to compensation developed in Law 35/1995 for victims of violent crimes and crimes against sexual freedom committed in Spain must be recognised regardless of the nationality and administrative situation of the victims in Spain. Likewise, the amounts of aid in cases of violent crimes and crimes against sexual freedom should be assimilated in the amounts and procedures to the aid established in cases of terrorism in accordance with Law 29/2011, of 22 September, on the Recognition and Comprehensive Protection of Victims of Terrorism.

XXIV. We position ourselves in defence of the unavailability of procedural rights of victims that imply or may imply the maintenance and durability of their victimisation. It is not a question of forcing the victim to appear as a private prosecutor, but we understand that the recognition of the procedural rights of victims cannot be neutralised or blocked by the very process of victimisation they experience. Remembering Professor MYRIAM HERRERA "victimization is suffered, victimhood is enjoyed". Therefore, we support the suppression of the possibility of the victim's renunciation to the measures of article 23 and 24 Directive 2012/29/EU and of article 24.2 Spanish act on victims; in any case, at least its recognition with the precision that the final decision will be the responsibility of the judicial body after the mandatory reports elaborated by the Office of attention to victims.

XXV. With regard to the objective competence of the Courts of Violence against Women, we could ask ourselves if, in light of the Istanbul Convention and the recommendations made to Spain regarding not limiting the concept of violence against women to the existence of a personal relationship, it should be extended to cover the crimes included in the Istanbul Convention and begin to be understood as crimes of violence against women. To this end we should pay attention to the number of courts with exclusive jurisdiction over violence against women, 106, and the other 355 with jurisdiction over violence against women, but not exclusively. We can use Article 15bis.2 letter a of Law 38/1988, of December 28, on Demarcation and Judicial Plant and "create Courts of Violence Against Women in those judicial districts where the workload so advises" or the power of letter c) and determine which Court of First Instance and Instruction assumes jurisdiction in matters of violence against women based on gender.

XXVI. With regard to the satisfaction of victims with the administration of justice, the diverse typology of victims makes it inadvisable to make generalisations. Bearing this in mind, however, we can draw some conclusions from the empirical studies carried out. In general, two rights are the most mentioned: participation and the right to be informed. Although with respect to participation the conclusions of the different studies show apparently contradictory results a desire to have more participation and in other cases, the victims wished to have a more passive role. It should also be noted that there seems to be no correlation between victims' desire to obtain greater participation in the criminal process and the application in the corresponding country of a criminal procedure system that does not recognise the victim as a party but rather as a witness, or civil actor. Specifically, it is significant that the victims interviewed in states whose criminal procedure allows for the presence of victims as plaintiffs (for example, the case of Spain), however, expressed a greater desire to be more involved in the criminal process. All of this suggests that this "desire" or willingness to participate is more related to the concept of "interpersonal justice" (associated with treatment in accordance with the dignity of the victims) than to the existence of a catalogue of procedural rights. For this reason, we understand that the training of professionals who are in contact with the victims is essential for the satisfaction of the victims with the response they obtain from the administration of justice.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, María, “Interpretación judicial del Derecho Penal desde la perspectiva holística del género”, *Jueces para la democracia* 2018, n.92, pp.26-43.

ACKERMAN, Jeffrey, “Assessing conflict tactics scale validity by examining intimate partner violence overreporting”, *Psychology of Violence* 2018, n. 8, vol.2, pp. 207-217.

ACUYO VERDEJO, M^a Carmen, “La traducción en el ámbito de violencia doméstica y de género: necesidades de formación del estudiantado universitario”, en Juana María Gil Ruiz (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinador*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 303-324.

AGUILAR GARCÍA, Teresa, “El Sistema sexo-género en los movimientos feministas”, *Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale, Europes/Amériques* 2008, <https://journals.openedition.org/amnis/>

ALCOCEBA GALLEGO, Amparo, “La violencia contra la mujer en el seno del Consejo de Europa. La Sentencia del T.E.D.H en el caso Opuz c.Turquía”, en Fernando Mariño (dir.), Amparo Gallego Alcoceba y Florabel Quispe Remón, *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 176-188.

ALDECOA LUZARRAGA, Francisco y GUINEA LLORENTE, Mercedes, “El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto”, Documento de Trabajo n.9, Real Instituto Elcano, 2008, <http://www.realinstitutoelcano.org>

ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, “La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de Derechos Humanos en el marco del Consejo de Europa”, *Revista General de Derecho Europeo* 2011 n.24, <http://www.iustel.com>

AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (eds.), *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

AMBOS, Kai, *Derecho Penal Europeo*, Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2017.

AMORÓS, CELIA, *Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, Madrid 1997.

AMOROS, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos. Barcelona, 1985.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, “La elaboración de un estatus procesal de investigado/acusado en la Unión Europea. Balance del plan de trabajo del consejo ocho años después”, en Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho (dirs.) y Begoña Vidal Fernández (coord.), *Garantías procesales de investigados y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 21-51.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Participación de la víctima en la ejecución penal”, en Montserrat De Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp.201-232.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, “Eficacia transnacional de las medidas de protección adoptadas en favor de la víctima en el proceso penal: emisión en España de órdenes europeas de protección conforme a la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea”, en Juan Luís Gómez Colomer, *El proceso penal en la encrucijada. Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Col.lecció “Estudis jurídics”, n.22, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2015, pp. 751-14.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

ARMENTA DEU, Teresa, “Por el derecho a la igualdad de género: tutela procesal civil”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 2014, n.40.

ARMENTA DEU, Teresa, *Europeización del proceso penal y derechos fundamentales: Guía y condicionante*, en José Martín Ostos (coord.), "El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi", Atelier, Barcelona, 2013, pp. 67-81.

ARMENTA DEU, Teresa, “Armonización de los procesos penales en Europa: proceso penal europeo o europeización del proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal* 2010, n.22, pp.1-38.

ARNAIZ SERRANO, Amaya, “Prueba de cargo y presunción de inocencia”, *Revista de Derecho y Proceso Penal* 2018, n.50, pp. 17-70.

ARNÁIZ SERRANO, Amaya, “Evolución de la cooperación judicial penal internacional: en especial, la cooperación judicial penal en europa”, en Miguel Carmona Ruano, Ignacio U. González Vega y Víctor Moreno Catena (dirs.) y Amaya Arnáiz Serrano (coord.), *Cooperación Judicial Penal en Europa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.1-40.

ARROYO ZAPATERO, Luís y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *El principio de “ne bis in ídem” en el derecho penal europeo e internacional*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007.

ASPANI, Rishita, “Are Women's Spaces Transgender Spaces: Single Sex Domestic Violence Shelters, Transgender Inclusion, and the Equal Protection Clause”, *California Law Review* 2018, n.106, vol.1689, pp.1689-1753.

ATKINSON, Ti-Grace, *Amazon Odyssey*, Quick Fox, Nueva York, 1974

AVILÉS PALACIOS, Lucía, “Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia”, en *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.71-137.

- BACA BALDOMERO, Enrique, ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique y TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. (coords.), *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BACHMAIER, Lorena, “Fundamental Rights and effectiveness in the European AFSJ. The continuous and never easy challenge of strike the right balance”, *EUCRIM. The European criminal law association’s forum* 2018, pp.56-63.
- BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata, “La Directiva 2012/29/UE y su transposición en los Estados Miembros: el estatuto de la víctima del delito en España”, en Mar Jimeno Bulnes (dir.) y Rodrigo Miguel Barrio (coord.), *Espacio judicial europeo y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 331-363.
- BANACH-GUTIÉRREZ, Joanna Beata, “Supranational integration in criminal matters within the European Union: what could the future bring?”, en Joanna Beata Banach-Gutierrez y Christopher Harding (eds.), *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, Routledge, Nueva York, 2017, pp.12-20
- BANACH-GUTIÉRREZ, Joanna Beata y HARDING, Christopher, “EU criminal law: national boundaries and the European penal rainbow?”, en Joanna Beata Banach-Gutierrez y Christopher Harding (eds.), *EU Criminal Law and Policy. Values, Principles and Methods*, Routledge, Nueva York, 2017, pp.37-55.
- BANDES, Susan A., “Empathetic judging and the rule of law”, *Cardozo Law Review* 2009, pp. 133-148.
- BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles, “Martha A. Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad vs. subdiscriminación?”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 2016, n.34, <https://ojs.uv.es>
- BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores, “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2011, n.45, pp. 15-42.
- BARONA VILAR, Silvia, “La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia”, en VV.AA., *Análisis de la Justicia desde una perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 30-70.
- BARONA VILAR, Silvia, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BARKER, Vanessa, “The Politics of Pain: A Political Institutionalist Analysis of Crime Victims’ Moral Protests”, *Law & Society Review* 2007, n. 3, vol. 41, pp. 619-664.
- BARRY, Kathleen, “Female Sexual Slavery: Understanding the International Dimensions of Women's Oppression”, *Human Rights Quarterly* 1981, n. 2, vol. 3, pp. 44-52.
- BAUMAN, Zygmunt, *Liquid modernity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “Víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 LECrim”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2018, n.19, pp.13-46.

BELTRÁN MONTOLIU, Ana, “¿Justicia restaurativa y violencia de género?: Una visión desde la perspectiva procesalista”, Actas Seminario Internacional contra la Violencia de Género 18 y 19 de noviembre de 2015. *Eliminar obstáculos para alcanzar la igualdad*, Universitat Jaume I, n. 4, 2016

BENHABID, Seyla, “Feminismo y Posmodernidad: Una difícil alianza” en Ana de Miguel Álvarez y Celia Amorós Puente (coords.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Minerva, Madrid 2005, pp. 319-342.

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, At the Clarendon Press, Oxford, Primera edición, 1789.

BERGER, Peter L. y LUCKMANN, Thomas, *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Penguin Books, Harmondsworth. Middlesex. England, 1966.

BESSIS, Sophie, *Mujer y familia en las sociedades árabes actuales*, Bellaterra, Barcelona, 2010.

BESSIS, Sophie, *Las emergencias del mundo: economía, poder, alteridad*, Ediciones Nobel, Oviedo, 2005; *Occidente y los otros: Historia de una supremacía*, Alianza Editorial, Madrid, 2002

BEST, Joel, *Social problems*, Norton, Londres y New York, 2008.

BIRGIN, Haydée (coord.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

BISHOP, Patrick, “Bosnian Serbs jailed for rape and sexual slavery”, *The Daily Telegraph* 2001, n. 23, <https://www.telegraph.co.uk/>

BONINO, Luís, *Micromachismos: la violencia invisible en la pareja*, recurso electrónico,1998 https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/material/es_gizonduz/adjuntos/micromachismos.pdf

BONINO, Luís, “Desvelando los micromachismos en la vida conyugal”, en Jorge Corsi (ed.), *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós, Buenos Aires, 1995, pp. 191-208,1995.

BOOTH, Tracey, BOSMA, Alice K. y LENS, Kim M. E., “Accommodating the expressive function of victim impact statements: The scope for victims’ voices in Dutch courtrooms”, *The British Journal of Criminology* 2018, n. 6, vol. 58, pp. 1480-1498.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, “El reconocimiento mutuo de las medidas de protección de víctimas en la Unión Europea: La transposición de la directiva 2011/99/UE sobre la orden

Europea de protección al ordenamiento jurídico español”, *Revista de estudios europeos* 2018, (Ejemplar dedicado a: Congreso internacional de Jóvenes investigadores sobre la Unión Europea), pp. 73-85.

BORGES BLAZQUEZ, Raquel y SIMÓ SOLER, Elisa, “Capítulo XVI. A propósito del caso de Diana Quer. Por un derecho a la presunción de credibilidad para las víctimas de violencia de género”, en VV.AA., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 463-487.

BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, SIMÓ SOLER, Elisa y VEGAS AGUILAR, Juan Carlos, “La Orden Europea de protección en cifras”, *Diario La Ley* 2018, n.9118, <https://diariolaley.laleynext.es/>

BOSMA, Alice, *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2019.

BOSMA, Alice, MULDER, Eva y PEMBERTON, Antony, “The ideal victim through other(s) eyes”, en Marian Duggan (dir.), *Revisiting the ideal victim. Developments in critical victimology*, Policy Press, Bristol, 2018, pp. 27-41.

BÖTTNER Robert y GRINC, Jan, *Bridging Clauses in European Constitutional Law*, Springer, Cham, Suiza, 2018, pp.17-36.

BRAIDOTTI, Rosi, *Patterns of Dissonance: A Study of Women and Contemporary Philosophy*, Polity Press, Cambridge, 1991.

BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

BROWN, Darryl K., IONTCHEVA TURNER, Jenia, WEISSER, Bettina, *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

BURKEMAN, Oliver, *Believing that life is fair might make you a terrible person*, 2015, <https://www.theguardian.com/>

BUTLER, Judith, *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*, Routledge, Londres, 1990.

CALDENTEY, Clara, TIRADO MUÑOZ, Judit, FERRER, Tessie, FONSECA CASALS, Francina, ROSSI, Paola, MESTRE-PINTÓ, Juan Ignacio y TORRENS MELICH, Marta, “Violencia de género en mujeres con consumo de sustancias ingresadas en el hospital general: cribado y prevalencia”, *Adicciones* 2017, n.3, vol.29, pp. 172-179.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, “¿Hacia una europeización del proceso?”, en José Martín Ostos. (Coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013.

- CARLEN, Pat, *Women and punishment: the struggle for justice*, Willan, Cullompton, 2002.
- CARRASCO ANDRINO, M.^a del Mar, “Víctima, sujeto pasivo y perjudicado por el delito”, *La Ley Penal* 2019, n.136, <https://diariolaley.laleynext.es>
- CARRETERO MORALES, Emiliano, “Mediación online: una posible vía para introducir la Justicia Restaurativa en los asuntos de violencia de género” en Pedro M. Garciandía González, y Helena Soletto Muñoz (dirs.), *Sobre la mediación penal; Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp.211-241.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, TORRADO TARRÍO, Cristina y ALONSO SALGADO, Cristina, “Mediación en violencia de género”, *Revista de mediación* 2011, n.7, pp. 38-44.
- CHRISTIE, Nils, “The ideal victim”, en Ezzat Fattah (ed.), *From crime policy to victim policy*, Macmillan, Londres, 1986, pp.17-30.
- CONNELL, Raewyn W, *Gender and Power*, Polity, Oxford, 1987.
- CROALL, Hazel, *Crime and Society in Britain*, Longman, Londres, 1998.
- CUETO MORENO, Cristina, DIÁZ CABIALE, José Antonio, “La necesidad de revisar la jurisprudencia sobre las consecuencias del empleo de la dispensa en el juicio (especialmente en materia de violencia doméstica y de género)”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2017, n.19-22.
- CUYVERS, Armin, *The EU as a confederal union of sovereign member peoples: exploring the potential of American (con)federalism and popular sovereignty for a constitutional theory of the EU*, Doctoral Thesis, Leiden University, 2013.
- DAIGLE, Leah E., *Victimology*, Sage, Londres, 2012.
- DAVIES, Pamela, *Victims and the Criminal Trial*, Palgrave Macmillan, Londres, 2016
- DAVIES, Pamela, “Women, victims and crime”, en Pamela Davies, Peter Francis y Chris Greer, *Victims, crime and society*, Sage, Londres, 2010.
- DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Cátedra, Madrid, 2017.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal”, en Olga Fuentes Soriano, Isabel González-Cano y Fernando Jiménez Conde, (dirs.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales: I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 43-58.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “Reflexiones sobre la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y su transposición al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Procesal* 2014, n. 34, <https://www.iustel.com>

DE HOYOS SANCHO, Montserrat, “La trascendencia de una exhaustiva investigación de los delitos de violencia de género”, en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 413-448.

DE MIGUEL, ANA, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2015.

DE PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, Urquiola; DEL PALACIO DEL VALLE DE LERSUNDI, José María, “Capítulo XXII. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (II). Régimen procesal”, en Juan Ignacio Signes de Mesa (Dir.), *Derecho Procesal Europeo*, Iustel, 2019, pp.623-649.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Trilce. Montevideo, 2010.

DE WITTE, Floris, “Interdependence and contestation in European Integration”, *European Papers* 2018, n.2, vol. 3, pp.475-509.

DÍAZ GÓMEZ, Catalina, “La reparación de las mujeres víctimas: una oportunidad de transformación” en Javier Dorado Porras (ed.), *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables*, Dykinson, Madrid, pp. 151-180.

EL-BASSEL, Nabila, GILBERT, Louisa, WU, Elwin, GO, Hyun y HILL, Jennifer, “Relationship between drug abuse and intimate partner violence: a longitudinal study among women receiving methadone”, *American Journal of Public Health* 2005, n. 95, pp.465- 470.

ENARSON, Elaine y HEARN MARROW, Bob (eds), *The Gendered Terrain of disaster*, Florida Laboratory for Social and Behavioral Research, Florida International University, Miami, 1998.

ENGELMANN, Jan B., MEYER, Friederike, RUFF, Christian C. y FEHR, Ernst, “The neural circuitry of affect-induced distortions of trust”, *Science Advances* 2019, n. 3, vol. 5, <https://advances.sciencemag.org/>

EREZ, Edna, “Who's afraid of the big bad victim? Victim impact statements as victim empowerment and enhancement of justice”, *The Criminal law review* 1999, pp. 545-556.

ERIKSSON BAAZ, Maria y STERN, Maria, *Sexual violence as a weapon of war? Perceptions, prescriptions, problems in the Congo and beyond. Chapter 2. Rape as a weapon of war?*, Zed Books, Londres y New York, 2013, pp.42-63.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, “La víctima y el derecho a los recursos”, en Montserrat De Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 171-199.

EVAN BELOOF, Douglas, “The third model of criminal process: the victim participation model”, *Utah Law Review* 1999, <http://epubs.utah.edu>

EXPÓSITO Francisca y HERRERA ENRÍQUEZ, María del Carmen, “Social perception of violence against women individual and psychosocial characteristics of victims and abusers”, *The European journal of psychology applied to legal context* 2009, n. 1, vol. 1, pp. 123-145

FAGGIANI, Valentina, *Los derechos procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017.

FARALDO CABANA, Patricia, “Evolución del delito de violación en los Códigos Penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en Patricia Faraldo Cabana y María Alcalá Sánchez, *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, 2018, pp.31-70.

FEIGENSON, Neal y PARK, Jaihyun, Emotions And attributions of legal responsibility and blame: a research review. *Law and Human Behavior* 2006, n.30, vol.2, 143-161.

FESTINGER, Leon, *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, California, 1957.

FERRAJOLI, Luigi, *Manifiesto por la igualdad*, (Traducción, Perfecto Andrés Ibáñez) Trotta, Madrid, 2019.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2000.

FIRESTONE, Shulamith, *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution*, William Morrow and Company, Nueva York, 1970.

FLETCHER, George. P., *Las víctimas ante el Jurado*, (trad. Molina y Muñoz, bajo la revisión de Muñoz Conde), Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

FOX, Kathleen A., NOBLES, Matt R. y PIQUERO, Alex R., “Gender, crime victimization and fear of crime”, *Security Journal* 2009, n.1, vol. 22, pp.24–39.

FREIXES, Teresa y ROMÁN Laura (eds.), *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea*, Universitat Autònoma de Barcelona, Universitat Rovira y Virgili, 2014.

FREUDENBERGER, Herbert. J., “The staff burn-out syndrome in alternative institutions”, *Psychotherapy: Theory, Research & Practice* 1975, 12(1), pp. 73-82.

FRIEDAN, Betty, *The Feminine Mystique*, W. W. Norton and Co, Nueva York, 1963.

GADD, David, FARRALL, Stephen, DALLIMORE, Damian y LOMBARD, Nancy, “Male victims of domestic violence”, *Criminal Justice Matters* 2013, n.5, 16-17.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente (dir.), *Tratado de Criminología forense I. La criminología forense y el informe criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GEORGE, Malcolm J., “Invisible touch”, *Aggression and Violent Behavior* 2003, n.8, vol.1, pp.23-60.

GERBER, Jurg y WEEKS, Susan L., “Women as victims of corporate crime: a call for research on a neglected topic”, *Deviant Behaviour* 1992, n.13, pp.325-47.

GIL RUIZ, Juana (ed.), *El Convenio de Estambul como marco del derecho antidisriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y una heteropuesta en peligro consentida”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2004, n.extraordinario 2, pp. 75-100.

GISBERT, Susana, “Desmontando el mito de la asimetría penal en violencia de género”, 2017, recursos electrónico en <https://confilegal.com/20170112-asimetria-penal-violencia-genero/>

GOFFMAN, Erving, *Frame analysis: an essay on the Organization of experience*, Northwestern University Press, Boston, 1973.

GÓMEZ AMIGO, Luís, “La orden europea de protección y su aplicación en España”, *Revista General de Derecho Procesal* 2017, n. 43, <https://www.iustel.com/>

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Sobre el nombramiento del presidente y de los vocales del consejo general del poder judicial. Una reflexión desde el sentido común”, *Teoría y realidad constitucional* 2019, n.44, pp. 209-236.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Tres graves falencias del estatuto de la víctima del delito cuando la mujer es víctima de violencia doméstica, de género, de tratos vejatorios y humillantes, o de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 23- 46.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *Estatuto jurídico de la víctima del delito la posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia Penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas que se avecinan*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Víctimas del delito y Europa”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* 2015, n.17, pp. 100-129.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Sobre los derechos de las víctimas del crimen y la mejora de su posición jurídica”, *Crónica Jurídica Hispalense* 2015, n.3, pp.63-104.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *¿Es posible aspirar a un proceso penal universal?*, en Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano (coords.), "Presente y futuro de la Justicia Penal Internacional", *Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Memorias*, n.1, 2012, pp. 171 y 190.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, “Hacia una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal acusatoria pura española: pros y contras del modelo”, *Revista Penal* 2007, n.20, pp. 74-88.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, *El beneficio de pobreza: (la solución española al problema del acceso gratuito a la justicia)*, Bosch, Barcelona, 1982.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1972.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia, “La retirada de la acusación y la posible desaparición de la acusación popular: un binomio fatal en las causas por corrupción y delincuencia económica”, *La Ley Penal* 2019, n.137, <https://diariolaley.laleynext.es>

GOODEY, Jo, “Sex trafficking in women from Central and East European countries: promoting a “victim-centred” and “woman-centred” approach to criminal justice intervention”, *Feminist Review* 2004, n.76, pp. 26-45.

GOODEY, Joanna, “Domestic violence -a rights-based response: Drawing on results from the FRA’s Violence Against Women Survey”, en Stephanie Holt, Carolina Øverlien, y John Devaney (eds.), *Responding to domestic violence: Emerging challenges for policy, practice and research in Europe*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2018, pp. 23–41.

GROENHUIJSEN, Marc S., “Conflicts of victims interests and offenders rights in the criminal justice system: A European perspective”, en Chris Sumner (ed.), *International victimology: Selected papers from the 8th International Symposium*, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1996, pp. 163-176.

GOODMARK, Leigh, “Restorative justice as feminist practice”, *The International Journal of Restorative Justice* 2018, n.13, vol. 1, pp. 372-384.

GUIBERT OVEJERO-BECERRA, Santiago, *El ministerio fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luís y LÓPEZ JARA, Manuel, *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2016.

HAGEMANN-WHITE, Carol y BOHN, Sabine. *Protecting women against violence. Analytical study on the effective implementation of Recommendation Rec(2002)5 on the protection of women against violence in Council of Europe member States*, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs – Consejo de Europa, Estrasburgo, 2007.

HARDING, Christopher y BANACH-GUTIERREZ, Joanna Beata, “The emergent EU Criminal Policy: identifying the Species”, *European Law Review* 2012, n.37, pp. 758-770.

HARDING, Sandra, *The science question in feminism*, Cornell University Press, Ithaca, Nueva York, 1986.

HARDING, Sandra, “Is there a Feminist Method?”, en Sandra Harding (ed.), *Feminism and Methodology*, Indiana University Press, Bloomington/Indianapolis, 1987.

HEIKKILÄ, Mikaela, *International Criminal Tribunals and Victims of Crime*, Häftad, Engelska, 2004.

HERLIN- KARNELL, Ester, “EU Competence in Criminal Law after Lisbon”, en Andrea, Biondi, Piet Eeckhout, Stefanie Ripley, *EU Law, after Lisbon*, Oxford University Press, Londres, 2012, pp. 331-346.

HERNÁNDEZ MOURA, Belén, “Una lectura feminista desde la búsqueda de soluciones dialogadas en el proceso”, en Katixa Etxebarria Estankona, Ixusko Ordeñana Gezuraga, Goizeder Otazua Zabala (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 235-250.

HERRERA MORENO, Myriam, “¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2014, n.12, pp. 343-404.

HERT, Paul, “EU criminal law and fundamental rights”, en Valsamis. Mitsilegas, María Bergström, y Theodore Konstadinides (eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edwar Elgar Publishing Ltd, 2016, pp. 105-124.

HOEGEN, Ernestine, BRIENEN, Marion, *Victims of Crime in 22 European Criminal Justice Systems*, Wolf Legal Productions (WLP)/Vidya in cooperation with the Global Law Association, 2000.

HORSLEY, Thomas. “Reflections on the role of the Court of Justice as the ‘motor’ of European integration: Legal limits to judicial lawmaking”, *Common Market Law Review* 2013, n 4, vol.50, pp. 931–964.

INTXAURBE VITORICA, José Ramón, RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J. y URRUTIA ASUA, Gorka, *Informe sobre la injusticia padecida por las personas amenazadas por ETA (1990-2011)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2016.

JACOBY, Susan, *Wild justice; the evolution of revenge*, Haper&Row, Nueva York, 1983.

JANOFF-BULMAN, Ronnie, *Shattered assumptions: Towards a new psychology of trauma*, Free Press, Nueva York, 1992.

JIMÉNEZ GARCÍA Francisco, “Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas”, *Revistas Española de Derecho Internacional* 2016, n.2, vol.68, pp.277-301.

JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*. Lección inaugural del curso académico 2018-2019, Universidad de Burgos. Secretaría General, Burgos, 2018.

JIMENO BULNES, Mar, “El diálogo entre tribunales europeo y nacional: su incidencia en Derecho Procesal español”, en Fernando Jiménez Conde, Olga Fuentes Soriano, M.ª Isabel González Cano (coords.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

JIMENO BULNES, Mar, “Sobre la mediación, Justicia Restaurativa y otras Justicias” en Manuel Cachón Cadenas y Just Franco Arias (Coords.), *Derecho y proceso. Liber amicorum del profesor Francisco Ramos Méndez*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 1335-1368.

JIMENO BULNES, Mar (dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una eprspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2016.

JIMENO BULNES, Mar, (coord.), *Nuevas aportaciones al espacio de libertad seguridad y justicia: Hacia un derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada, 2014.

JIMENO BULNES, Mar, “El proceso penal en los sistemas del *common law* y *civil law*: los modelos acusatorio e inquisitivo en pleno siglo XXI”, *Justicia* 2013, n. 2, pp.207-310.

JIMENO BULNES, Mar (dir.), *Justicia versus seguridad en el espacio judicial europeo: orden de detención europea y garantías procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JIMENO BULNES, Mar, *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Civitas & Thomson Reuters, Madrid, 2011.

JIMENO BULNES, Mar, “Violencia de género: aspectos orgánicos y competenciales”, en Montserrat de Hoyos Sancho (coord.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, 2009, pp.299-336.

JIMENO BULNES, Mar, “Jurisdicción y competencia en materia de violencia de género: los juzgados de violencia sobre la mujer. Problemática a la luz de su experiencia”, *Justicia: revista de derecho procesal* 2009, n.1-2, pp. 157-206.

JIMENO BULNES, Mar, “El principio de Non bis in ídem en la Orden de Detención europea: régimen legal y tratamiento jurisprudencial”, en Andrés de la Oliva Santos (dir.) y Marien

Aguilera Morales e Ignacio Cubillo López (coords.), *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2008, pp. 275- 294.

JIMENO BULNES, Mar, “La cooperación judicial y policial en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista del Poder Judicial* 1998, n.50, pp. 79-118.

JIMENO BULNES, Mar, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch, Barcelona, 1996.

JONES, Richard, CHOU, Shihning, y BROWNE, Kevin, “A Critique of the Revised Conflict Tactics Scales-2 (CTS-2)”, *Aggression and Violent Behavior* 2017, n.37, pp.83-90.

KLIMEK, Libor, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Springer International Publishing, Suiza, 2017.

KLIPP, André, “On Victim's Rights and Its Impact on the Rights of the Accused”, *European Journal of Crime Criminal Law & Criminal Justice* 2015, n.23, pp.177-189.

KNIGHT, Charlotte, WILSON, Kath, *Lesbian, Gay, Bisexual and Trans People (LGBT) and the Criminal Justice System*, Pacgrave Macmillan, Londres, 2016.

LAGUNA PONTANILLA, Gonzalo, *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

LAMAS, Marta, “Diferencias de sexo, género y diferencia sexual”, *Nueva Época* 2000, n.18, vol. 7, <https://www.redalyc.org/>

LARRAURI, Elena, “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2009, n.13, pp.37-55.

LAXMINARAYAN, Malini, HENRICHS, Jens y PEMBERTON, Antony, “Procedural and Interactional Justice: A Comparative Study of Victims in the Netherlands and New South Wales”, *European Journal of Criminology* 2012, n.260, pp. 260-275.

LAXMINARAYAN, Malini S., “Measuring crime victims' pathways to justice: Developing indicators for costs and quality of access to justice”, *Acta Criminologica - Southern African Journal of Criminology* 2010, n. 23, vol.1, pp. 61-83.

LENS, Kim M.E., PEMBERTON, Antony, BRANS, Karen, BRAEKEN, Johan, BOGAERT, Stefan y LAHLAH, Esmah, “Delivering a Victim Impact Statement: Emotionally effective or counter-productive?”, *European Journal of Criminology* 2015, n. 12, vol.1, pp. 17–34.

LENS, Kim, M.E., PEMBERTON, Antony y BOGAERT, Stefan, “Heterogeneity in Victim Participation: A New Perspective on Delivering a Victim Impact Statement”, *European journal of Criminology* 2013, n.10, vol.4, pp. 479-495.

LERNER, Gerda, *The creation of patriarchy*, Oxford University Press, Inc., Nueva York, 1986.

LERNER, Melvin J., SIMMONS, Carolyn H., "Observer's reaction to the "innocent victim": Compassion or rejection?", *Journal of Personality and Social Psychology* 1966, n. 4, vol.2, pp. 203-210.

LLANO ALONSO, Fernando H., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LOADER, Ian, "Democracy and the Emotions of Crime and Punishment", en Susanne Karstedt, Ian Loader y Heather Strang, *Emotions, Crime and Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2014 pp.347-361.

LONATI, Simone, "Is the European Protection Order Sufficiently Robust to Prevent any Discrimination among Victims Moving Across the European Union? An Assessment of the First Seven Years", *European Criminal Law Review* 2018, n.3, vol. 8, pp.313-439.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, FONSECA LUJÁN, Roberto Carlos, "Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad", *Revista de Criminología* 2016, n.2, vol.58, pp. 209-222.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, "El proceso penal como sistema de garantías (IV): la presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio", *Diario La Ley* 2013, n.8121, <https://diariolaley.laleynext.es/>

LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Elementos esenciales de la noción de proceso equitativo en el orden penal (panorama de la jurisprudencia del TEDH)", *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal* 2000, n.5, pp.303-352.

LORENTE ACOSTA, Miguel, "Análisis forense del sistema de protección europeo frente a la violencia de género: límites y carencias de la Orden Europea de protección", *La Ley* 2018, n. 9114, <https://diariolaley.laleynext.es>

LUPÁRIA, Luca, BENE, Teresa y MARAFIOTI, Luca (coords.), *L'Ordine Europeo di Indagine. Criticità e prospettive*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

LUSTY, David, "Is There a Common Law Privilege Against Spouse-Incrimination?", *University of New South Wales Law Journal* 2004, n.1, vol.27, <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/journals/UNSWLJ/>

LYNCH, Michael J., "Acknowledging Female Victims of Green Crimes: Environmental Exposure of Women to Industrial Pollutants", *Feminist Criminology* 2018, n. 13, vol.4, pp. 404-427.

MACKAY, Finn, "Radical Feminism", *Theory, Culture & Society* 2015, n.32, pp.7-8.

MACKINNON, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

MACKINNON, Catharine, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge and London, 1987.

MAGRO SERVET Vicente, “Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género”, *Diario La Ley* 2018, n. 9278, <https://diariolaley.laleynext.es/>

MANCANO, Leandro, “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, *European Law Review* 2018, n. 43, pp 69-88.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luís., “Estatuto de la víctima (Comentario a su regulación procesal penal)”, *Diario La Ley* 2014, n. 8351, <https://diariolaley.laleynext.es>

MARTINEZ GARCIA, Elena, GÓMEZ VILLORA, José María y BORGES BLÁZQUEZ, Raquel, *Protocolos sobre violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea” en Katixa Etxebarria Estankona, Ixusko Ordeñana Gezurga y Goizeder Otazua Zabala (dirs.), *Justicia con ojos de Mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 345-366.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, “¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal”, *Diario La Ley* 2017, n. 9055, <https://diariolaley.laleynext.es/>

MCGONIGLE LEYH, Brienne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*, Intersentia, School of Human Rights Research, 2011.

MELOY, Michelle L. y MILLER L., Susan, *The victimization of women. Law, policies and politics*, Oxford University Press, Londres, 2011.

MENDELSON, Benjamin, “Une nouvelle branch de la science biopsychosocial: La victimologie”, *Revue internationale de criminologie et de police technique* 1956, n.2, vol. XI, pp. 95-109.

MESSERSCHMIDT, James W., *Crime as Structured Action*, Sage, Londres, 1997.

MESSERSCHMIDT, James W., *Masculinities and Crime: critique and reconceptualization of theory*, Rowman and Littlefield, Lanham, Maryland, 1993.

MICHEL, Cedric, “Cognitive Dissonance Resolution Strategies After Exposure to Corporate Violence Scenarios”, *Journal Critical Criminology* 2018, n. 26, pp. 1- 28.

MILLETT, Kate, *Sexual Politics*, Rupert Hart-Davis, Londres, 1970.

MIGUEL BARJOLA, José y FERNÁNDEZ, Carlos B, “Propuesta para un régimen de responsabilidad por uso de la Inteligencia Artificial en la Unión Europea”, *Diario La Ley* 2019, <https://diariolaley.laleynext.es/>

- MIGUEL BARRIO, Rodrigo, *Justicia restaurativa y justicia penal*, Atelier, Barcelona, 2019.
- MIGUEL BARRIO, Rodrigo, “La acción popular como instrumento electoral. El caso de Vox en el juicio del “Procés””, *La Ley Penal* 2019, n. 139, <https://diariolaley.laleynext.es/>
- MITSILEGAS, Valsamis, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, trust and the transformation of Justice in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016.
- MOHANTY, Chandra T. “Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses”, *Feminist Review* 1988, n.30, pp. 61-88.
- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia, *El extranjero frente al Derecho Penal. El error cultural y su incidencia en la culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki y ETXEBERRÍA GURIDI, José F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, esp. p. 74-89.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Chez Barrillot & Fils, Ginebra, Suiza, 1748.
- MOORE, Michael, “Victims and retribution: a reply to Professor Fletcher”, *Buffalo Criminal Law Review* 1999-2000, n.3, vol.65, pp.65-89.
- MORÁN MARTÍNEZ, Rosa Ana, “Prólogo”, en Coral Arangüena Fanego, Montserrat de Hoyos Sancho (dirs.) y Begoña Vidal Fernández (coord.), *Garantías procesales de investigación y acusados. Situación actual en el ámbito de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- MORTE GÓMEZ, Carmen, *Discriminación y violencia de género. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Curso: “Asociación de Fiscales: la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el trabajo diario de los Fiscales Españoles”, 2017.
- MULDER, Eva, PEMBERTON, Antony y VINGERHOETS, Ad J. J. M., “The Feminizing Effect of Sexual Violence in Third-Party Perceptions of Male and Female Victims”, *Sex Roles, A Journal of Research* 2020, n.82, pp.13-20.
- MULDER, Eva, “Examining negative reactions to victims of crime” en Alice K. Bosma y S. S. Buisman (eds.), *Methoden van onderzoek in het strafrecht, de criminologie en de victimologie*, Kluwer, Deventer, Países Bajos, 2018, pp.85-104.
- MUÑOZ-RIVAS, Marina, GRAÑA GÓMEZ, José Luis, O’LEARY, K. Daniel y GONZÁLEZ LOZANO, Pilar, “Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students”, *Psicothema* 2007, n. 1, vol. 19, pp. 102-107.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “¿Reality or Fiction? Strengthening Victims of Crime in Spain by Implementing the EU Victims’ Rights Directive and other European Legal Instruments”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2018, n.26, pp. 335-366.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta, “¡Sí se puede! O sobre cómo la cuestión prejudicial no es monopolio del juez de ejecución. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, Asunto C-268/17, AY”, *La Ley Unión Europea* 2018, n. 63, <https://diariolaley.laleynext.es/>

MURPHY, Kristina y BARKWORTH, Julie, “Victim Willingness to Report Crime to Police: Does Procedural Justice or Outcome Matter Most?”, *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy, and Practice* 2014, n.9, vol.2, pp. 178-204.

MURPHY, Jeffrie G., “Getting even: the role of the victim”, *Social Philosophy & Policy* 1990, n.2, vol.7, pp.209-225ç

NAKA, Vasileia, *The Presumption of Innocence: A Legal Spectroscope for Article 101 TFEU*, Lund University, Faculty of Law, 2018.

NAVAJO, Pablo, *Planificación estratégica en organizaciones no lucrativas: guía participativa basada en valores*, Narcea Ediciones, Madrid, 2011.

NAVARRO VILLANUEVA, Carmen, “La protección del testimonio de la mujer víctima de violencia de género” en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 475-504.

NOBLE, Denise, *Descolonizing and feminizing freedom. A Caribbean Genealogy*, Palgrave, Macmillan, Londres, 2016.

O’BRIEN GREEN, Siobán, “I have a story to tell’: Researching migrant women’s experiences of female genital mutilation and gender-based violence in Ireland and Europe”, *Social Work & Social Sciences Review* 2018, n.3, n. 19, pp. 134-151.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019.

OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana y LUPARIA, Luca, “Concepto de víctima y de víctima especialmente vulnerable” en *Código de Buenas Prácticas para la protección de víctimas especialmente vulnerables. Menores y víctimas de violencia de género*, CEAPJ, Colex, Madrid, 2011, pp.19-21.

ORTELLS RAMOS, Manuel, “Comentario y desarrollo de la ley de protección de testigos y peritos”, en Juan Antonio Robles Garzón (coord.), *La protección de testigos y peritos en causas criminales. Comunicaciones y ponencias*, Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2001, pp.163-178.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, “La irrelevancia de la voluntad de la mujer en el enjuiciamiento de la violencia de género: ¿paternalismo jurídico o Derecho Procesal del enemigo?, en Congreso Universitario Nacional Investigación y Género, Sevilla, 2011.

OVEJERO PUENTEM Ana María, “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, *Teoría y Realidad Constitucional* 2017, n. 40, pp. 431-455.

OYĒWÙMÍ, Oyèrónké, “Conceptualizing gender: the Eurocentric Foundations of Feminist concepts and the Challenge of African Epistemologies”, *JENdA: A Journal of Culture and African Women Studies* 2002, <https://www.africaknowledgeproject.org/index.php/jenda/article/view/68>

OYĒWÙMÍ, Oyèrónké, *The Invention of Women: Making an African Sense of Western Gender Discourses*, University of Minnesota, Minnesota, 1997.

PACIOCCO, David M., “Why the Constitutionalization of Victim Rights Should Not Occur”, *Criminal Law Quarterly* 2005, n.49, pp.393-431.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther (coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, Santander, 2013.

PEARCE, Frank y TOMBS, Steve “Hazards, law class: contextualising the regulation of corporate crime”, *Social and Legal Studies* 1997, 6(1), pp.79-107.

PEMBERTON, Antony, AARTEN, Pauline y MUDLER, Eva, “Beyond retribution, restoration and procedural justice: the Big Two of communion and agency in victims’ perspectives on justice”, *Journal Psychology, Crime & Law* 2017, n. 23(7).

PEMBERTON, Antony, “Dangerous victimology: my lessons learned from Nils Christie”, *Temida* 2016, vol.19, pp. 257-276.

PEMBERTON, Antony, *A theory of injustice*, Universidad de Tilburg, 2016, http://www.cityu.edu.hk/ss_wsv2018/about/files/Plenary%202.pdf

PEMBERTON, Antony, WINKEL, Frans Willem y Groenhuijsen, Marc, “Taking Victims Seriously in Restorative Justice”, *International Perspective in Victimology* 2007, n.1, vol. 3, pp. 4-14.

PENAGOS FORERO, María Fernanda; RAMÍREZ CASTRO, Jaime Humberto, “¿Qué. pasó con la Constitución Europea?: razones que pudieron conducir a su no ratificación”, Repositorio electrónico de la Universidad del Istmo, Panamá, 2005.

PÉREZ CEBADERA, María-Ángeles, *Las instrucciones al jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PÉREZ GIL, Julio, “Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal”, *Revista jurídica de Castilla y León* 2008, n.14, pp. 223- 248.

PÉREZ GIL, Julio, “La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en Esther Gómez Campelo y Félix Valbuena González (coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural: Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o ficción*. Universidad de Burgos, Burgos, 2008, pp.251-262.

PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.

PÉREZ GIL, Julio, *La acusación popular*, Tesis Doctoral, Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho, 1997.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “Medidas de protección de la víctima: medición de orden de alejamiento”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* 2019, n.53, <https://www.thomsonreuters.es/>

POLLOS CALVO, Cecilia, “Estudio de la confusión de términos de violencia de género y violencia familiar o doméstica. Sus repercusiones penales, penitenciarias y sociales”, *Diario La Ley* 2019, n. 9379, <https://diariolaley.laleynext.es/>

POPA, Elena E., “A game of chance. The future of the AFSJ”, *EUCRIM. The European criminal law associations'forum* 2018, n.1, pp.42-49.

PRECIADO, Paul B., *Un apartamento en urano: crónicas del cruce*, Anagrama, Barcelona, 2019.

PULEO, Alicia (ed.), *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2011.

RADFORD, Jill y RUSSELL, Diana E. H. (eds.), *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Twayne, Nueva York, 1992.

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, *Biotecnología y ecofeminismo. Un estudio de contexto, riesgos y alternativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RATNIECE, Zane, “A worrisome reasoning by the Strasbourg Court in a domestic violence case: Kurt v. Austria”, Recurso electrónico, en <https://strasbourgobservers.com/2019/08/13/a-worrisome-reasoning-by-the-strasbourg-court-in-a-domestic-violence-case-kurt-v-austria/>

RIDGEWAY, Cecilia L., “Framed Before We Know It: How Gender Shapes Social Relations”, *Gender & Society* 2008, n.23, vol.2, pp. 145–160.

RITZER, George, *La McDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*, Ariel, S.A.A, Barcelona, 1996.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, “Derecho victimal y victimodogmática”, *Eguzkilore* 2012, n.26, pp.131-141.

ROMAN MARTÍN, Laura, *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional*, Tesis doctoral en la Universitat Rovira i Virgili, 2016.

ROSIN, Kaie, KÄRNER, Markus, “The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2018, n. 26, pp. 315-334.

RUBIN, Gayle, “The traffic in women: notes on the political economy of sex”, en Rayna Peiter (ed.), *Toward an Anthropology of Economy*, Monthly Review Press, Nueva York, 2012.

RUIZ LÓPEZ, Cristina, “La victimidad como categoría procesal”, *Revista General de Derecho Procesal* 2019, n.49, <https://www.iustel.com/>

RUIZ LÓPEZ, Cristina, “TEDH y Violencia contra las mujeres: diligencia debida y responsabilidad del Estado”, en Helena Soletó y Ana Carrascosa (coords.), *Justicia Restaurativa: Una Justicia para las víctimas*, 2019, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 765-792.

RUIZ LÓPEZ, Cristina, “Derechos procesales de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea”, *Revista de estudios europeos* 2018, n71, (Ejemplar dedicado a: Congreso internacional de Jóvenes investigadores sobre la Union Europea), pp. 234-249.

RUIZ LÓPEZ, Cristina, “La reparación en el delito de trata de seres humanos con fin de explotación sexual. Una propuesta de regulación en España”, *La ley penal: revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario* 2017, n. 127, <https://revistas.laley.es/>

RUIZ LÓPEZ, Cristina, *Justicia restaurativa y violencia de género: la voluntad de las víctimas en su reparación*, Trabajo Fin de Máster en Derecho Público, Repositorio electrónico Universidad Carlos III de Madrid, 2016, <https://e-archivo.uc3m.es>

RUIZ LÓPEZ, Cristina, “La denuncia del delito de violencia de género: perspectivas interrelacionadas”, en Helena Soletó (dir.), *Violencia de género: tratamiento y prevención*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 75-101.

RUIZ GUTIÉRREZ, Pablo y JIMÉNEZ MARTÍ, Jorge, “La acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer: análisis legal y jurisprudencial. Especial referencia a la intervención de las Comunidades Autónomas”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 2010, n. 23, pp.223-254.

RYAN, William, *Blaming the victim*, Vintage, Nueva York, 1971.

SÁNCHEZ BARRIOS, M^aInmaculada, “Los Juzgados de violencia sobre la mujer. Algunos aspectos problemáticos sobre su atribución de competencias penales”, en Pablo Ramos Hernández, Ángela Figueruelo Burrieza, Marta del Pozo Pérez (dirs.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.279-296.

SÁNCHEZ BARRIOS, Inmaculada, Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género y Ley Orgánica

5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología* 2019, n. 1, vol. 7, pp. 336-343.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl Gabriel y BALLESTEROS SASTRE, Blas (dirs.), *Proceso penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018.

SANZ-BARBEROA, Belén, HERAS-MOSTERIO, Julio, OTERO-GARCÍA, Laura y VIVES-CASE, Carmen, “Perfil sociodemográfico del feminicidio en España y su relación con las denuncias por violencia de pareja”, *Gaceta Sanitaria* 2016, n.4, vol.30, pp.272-278.

SCOTT, Joan, “Gender: a useful category for historical analysis”, *American Historical Review* 1986, n.5, vol.91, pp.1054-1075.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, “Etiología, prevención y atención en Victimología a través del ejemplo de la “precipitación” en los delitos contra la libertad sexual”, *Boletín de la Facultad de Derecho* 1997, n.12, pp. 445-460.

SERRANO MASIP, Mercedes, “Medidas de protección de las víctimas”, en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*; Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 135-170.

SERRANO MASIP, Mercedes, “Análisis del estatuto de la víctima en la normativa de la Unión Europea desde la perspectiva de la violencia de género”, en Montserrat de Hoyos Sancho, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp.720-770.

SEYMORE, Malinda L., “Isn't it a Crime: Feminist Perspectives on Spousal Immunity and Spousal Violence” *Northwestern University Law Review* 1996, n. 3, vol. 90, pp. 1032-1083.

SHICHOR, David y TIBBETTS, Stephen G., *Victims and victimization. Prospect Heights*, Waveland Press, Waveland, Indiana, 2002.

SINGH, Charanjit y RAMJOHN, Mohamed, *Unlocking Evidence*, Routledge, Londres y Nueva York, 2016.

SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en Haydeé Birgin, *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Anthopos, Barcelona, 2000

SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), *Justicia Restaurativa: una Justicia Para las Víctimas*, Tirant, Valencia, 2019.

SOLETO MUÑOZ, Helena y GRANÉ, Aurea, *La eficacia de la reparación a la víctima en el proceso penal a través de las indemnizaciones. Un estudio de campo en la Comunidad de Madrid*, Dykinson, Madrid, 2018.

SOLETO MUÑOZ, Helena y GRANÉ, Aurea, “El proceso penal, mecanismo ineficaz de compensación a la víctima: un estudio de campo”, *Revista de Victimología/ Journal of victimology* 2018, n.8, pp. 35-81.

SOLETO MUÑOZ, Helena, “La reparación económica a la víctima en el sistema Español”, *Processo penale e giustizia* 2017, n.5, pp. 951-959.

SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), CARRETERO MORALES, Emiliano y RUIZ LÓPEZ, Cristina (coords.), “*Mediación y resolución de conflictos técnicas y ámbitos*”, Tecnos, Madrid, 2017.

SOO, Anneli, “Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, n. 25, pp. 327-346.

STANKO OBE, Elizabeth A., HOHL, Katrin, “Why Training Is Not Improving the Police Response to Sexual Violence Against Women: A Glimpse into the ‘Black Box’ of Police Training”, en Emma Milne; Karen Brennan; Nigel South; Jackie Turton (eds.), *Women and the Criminal Justice System*; Palgraven Macmillan, Suiza, 2018, pp.167- 186.

STANKO, Elizabeth, “Typical Violence, Normal Precaution: Men, Women and Interpersonal Violence in England, Wales, Scotland and the USA”, en Jalna Hanmer y Mary Maynard, *Women, violence and social control*, Macmillan, Londres, 1987, pp. 122-134.

STRAUS, Murray A., “The controversy over domestic violence by women: a methodological, theoretical, and sociological analysis”, en Ximena Arriaga y Stuart Oskamp (eds.), *Violence in Intimate Relationships*, SAGE Publications, Inc., Londres, 1999, pp.17-44.

TAMARIT SUMALLA, Josep M., *Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad* 2013, *InDret* n.1, <http://www.indret.com/>

TARANILLA GARCÍA, Raquel, “Análisis lingüístico de la transcripción del relato de los hechos en el interrogatorio policial”, *Estudios de Lingüística UA* 2011, n.25, pp. 101-134.

TINOCO PASTRANA, Ángel, “El Estatuto español de la víctima del delito y el derecho a la protección”, *Processo penale e giustizia* 2015, n. 6, <http://www.processopenaleegiustizia.it>

TONG, Rosemarie, *Feminist Thought: a comprehensive introduction*, Unwin Hyman, Londres, 1989.

TORIBIOS FUENTES, Fernando, “La protección de datos de la víctima de violencia de género”, en Montserrat de Hoyos Sancho (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 231-259.

TORRADO TARRÍO, Cristina, “Violencia doméstica versus violencia de género: transitando por el universo psicojurídico” en Raquel Castillejo Manzanares, (dir.), Cristina Alonso Salgado

(coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, pp. 245-260.

UNDERDOWN, David, "The taming of the scold: the enforcement of patriarchal authority in early modern England", en Anthony Fletcher, John Stevenson (eds.), *Order and disorder in early modern England*, 1985, pp. 116-136.

VALCÁRCEL, Amelia, *Ahora, feminismo. Cuestiones candentes y frentes abiertos*, Cátedra, Madrid, 2019.

VALCÁRCEL, Amelia, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2012.

VALCÁRCEL, Amelia, *Sexo y Filosofía. sobre "Mujer" y "Poder"*, Anthropos, Barcelona, 1991.

VAN DIJK, Jan, "Free the victim: A critique of the western conception of victimhood", *International Review of Victimology* 2009, n.16, vol.1, pp. 1-33.

VAN DIJK, Jan, *The Mark of Abel, Reflections on the Social Labelling of Crime Victims*, Lecture on the occasion of the official acceptance of the Pieter van Vollenhoven Chair in Victimology, Human Security and Safety at Tilburg University on November 24, 2006.

VAN WIJK, Joris, "Who is the 'little old lady' of international crimes? Nils Christie's concept of the ideal victim reinterpreted", *International Review of Victimology* 2013, n. 19, vol.2, pp. 159-179.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, "La colaboración de las víctimas en la persecución penal de la violencia de género en España", en *Revista Derecho Penal y Criminología* 2017, vol. 38, n.105, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 101-125.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luís, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal: (estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español)*, Bosch, Barcelona, 1984.

VERD PERICÁS, Joan Miquel y LOZARES, Carlos, *Introducción a la investigación cualitativa*, Síntesis, Madrid, 2016.

VERVEALE, John A.E., "European criminal justice in the European and global context", *New Journal of European Criminal Law* 2019, vol. 8, n.3, pp. 1-10.

VERVAELE, John A.E, "El espacio de libertad, seguridad y justicia: ¿Hacia una protección equivalente de las partes/participantes en el proceso penal", en Montserrat de Hoyos (Dir.), *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 15-30

VERVEALE, John A.E., "El ministerio Fiscal europeo y el espacio judicial europeo. Protección eficaz de los intereses comunitarios o el inicio de un Derecho Procesal europeo", en AAVV, *Sistemas penales europeos*, CGPJ, Madrid, 2002.

VIDAL FERNÁNDEZ, Begoña, “Reparación de las víctimas de delito en la Unión Europea: tutela por el tribunal de Justicia de la UE del derecho a la indemnización”, *Revista de Estudios Europeos* 2015, n. 66, enero-junio, pp. 1-24.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, “La generalización del género: reflexiones en torno a la agravante de discriminación por razón de género”, *Revista General de Derecho Penal* 2019, n.32.

VILAS ALVÁREZ, David, “Use and abuse of the concept of fundamental rights. An obstacle for judicial cooperation?”, *EUCRIM. The European criminal law associations forum* 2018, n.1, pp.64-71.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, “Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género”, *Revista Penal* 2012, n.30, pp. 180-182.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2003

VIVEROS VIGOYA, M. “Teorías feministas y estudios sobre varones y masculinidades. Dilemas y desafíos recientes”, *La manzana de la discordia* 2007, n 4, pp. 25-36.

VON HENTIG, Hans, *The Criminal and His Victim: Studies in the Socio-biology of Crime*, Yale University Press, New Haven, 1948.

WALKLATE, Sandra, “Men, Victims and Crime”, en Michelle L. Meloy y Susan L. Miller, *The victimization of women. Law, policies and politics*, Oxford University Press, Londres, 2011, pp. 142-164.

WALKLATE, Sandra, “Can there be a feminist victimology?”, en Pamela Davies, Peter Francis and Victor Jupp (eds.), *Victimization: research, theory and policy*, Palgrave, Londres, 2004.

WALKLATE, Sandra, *Gender and Crime: an introduction*, Harvester Wheatsheaf, Londres, 1995.

WEST, Robin, GRANT BOWMAN, Cynthia (ed.), *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019.

WEYEMBERGH, Anne, “L’harmonisation des législations pénales: condition de l’espace pénal européen et révélateur de ses tensions”, *Editions de l’Université de Bruxelles*, 2004, pp. 31–36.

WISPÉ, Lauren, “The distinction between sympathy and empathy: To call forth a concept, a Word is needed”, *Journal of personality and social psychology* 1986, n.50, pp. 314-321.

WITTIG, Monique, *The Straight Mind and Other Essays*, Beacon Press, Boston, 1992.

YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 1990.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rafael, “La bunkerización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en M^a Isabel González Cano (dir.), *Integración europea y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp.165-206.

ZAPATERO, Justino, *El buen fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LEGISLACIÓN Y DISPOSICIONES NORMATIVAS

-CONSEJO DE EUROPA

Resolución 2290 (2019) de la Asamblea Parlamentaria, *Towards an ambitious Council of Europe agenda for gender equality*, 25 de junio de 2019.

Consejo de Europa, Estrategia para la igualdad de género 2018-2023.

Convenio de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia de género, n.210, Estambul, 11 de mayo de 2011.

Resolución 1582 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, “*Parliaments united in combating domestic violence against women*”: *mid-term assessment of the Campaign*”.

Protocolo n.12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 4 de diciembre de 2000.

Convenio del Consejo de Europa de 15 de mayo de 1972 sobre la transmisión de procedimientos en materia penal.

-UNIÓN EUROPEA

Reglamento (UE) 2019/1157 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el refuerzo de la seguridad de los documentos de identidad de los ciudadanos de la Unión y de los documentos de residencia expedidos a ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias que ejerzan su derecho a la libre circulación, DOUE de 12 de julio de 2019, n. L 188/67.

Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, DOUE de 10 de mayo de 2019, n. L 123, pp.18-29.

Recommendation CM/Rec(2019)1 of the Committee of Ministers to member States on preventing and combating sexism, de 27 de marzo.

Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de mayo de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (2016/2328(INI)).

Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, Tampere 15-16 de octubre de 1999.

Comité de Ministros, Estrategia para la Igualdad de Género 2018-2023, de 7 de marzo de 2018.

Comunicación (2017)2025 de 1 de marzo de 2017, Comisión Europea, *Libro blanco sobre el futuro de Europea. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025*.

Reglamento (UE) 2017/1954 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, de modificación del Reglamento (CE) n.º 1030/2002 del Consejo por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, DOUE de 1 de noviembre de 2017, n. L 286, pp. 9-14

Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo de 12 de octubre de 2017 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea DOUE de 31 de octubre de 2017, n.L 283, pp. 1-7.

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, DOUE de 31 de marzo de 2017, n.L 88, pp.6-21.

Protocolo 21 sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda con respecto al ELSJ, DOUE C 202, de 7 de julio de 2016, pp. 295–297.

Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, DOUE de 11 de marzo de 2016, n. L 65, pp. 1-11.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE de 31 de octubre de 2015, n. 261, pp.103291-103519.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 24 de octubre de 2015, n. 255, pp. 100224-100308.

Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (Texto pertinente a efectos del EEE), DOUE de 5 de junio de 2015, n. L 141, pp. 73-117.

Directiva (UE) 2015/413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial, DOUE de 13 de marzo de 2015, n.L 68, pp. 9–25.

Resolución aprobada por la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015 sobre la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la relativa a la orden europea de investigación en materia penal, DOUE de 1 de mayo de 2014, n.L 130, p. 1-36.

Reglamento (UE) 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, DOUE de 27 de junio de 2014, n. L 189/59, pp.59-92.

Reglamento (UE) 331/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014 , por el que se establece un programa en materia de intercambios, asistencia y formación para la protección del euro contra la falsificación de moneda (programa «Pericles 2020»), y se derogan las Decisiones 2001/923/CE, 2001/924/CE, 2006/75/CE, 2006/76/CE, 2006/849/CE y 2006/850/CE del Consejo, DOUE de 5 de abril de 2014, n. L 103, pp. 1–9.

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, DOUE de 6 de noviembre de 2013, n. L 294, pp. 1-12.

Reglamento (UE) 606/2013 Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013, DOUE de 29 de junio de 2013, n.L 181/4, pp.4-12.

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 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 Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DOUE de 14 de noviembre de 2012, n.-L 315, pp. 57-73.

Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales, DOUE de 1 de junio de 2012, n. L 142, pp. 1-10.

Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, P8TA(2018)0189.

Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección (2016/2329(INI)) de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 22 de julio de 2015, n.174, pp. 61593-61660.

Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección, DOUE de 21 de diciembre de 2011, n. L 338, pp. 2-18.

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, DOUE de 20 de diciembre de 2011, n. L 337, pp. 9-26

Directiva 2011/93/UE DOUE de 17 de diciembre de 2011, n. L 335, pp. 1-14.

Circular 6/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal

Directiva 2011/36/UE el Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, DOUE de 15 de abril de 2011, n. L 101, pp. 1-11.

Conclusiones del Consejo de 7 de marzo de 2011 sobre Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), 2011/C 155/02.

Directiva 2010/64/UE del Parlamento y del Consejo 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, DOUE de 26 de octubre de 2010, n. L 280/1.

Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, DOUE de 27 de marzo de 2009, n.L 81 pp. 24-36.

Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, BOE de 7 de febrero de 2009, n. 33, pp. 12994-13007.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, DOUE de 11 de noviembre de 2008, n. L 300, p. 42-45.

Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, DOUE de 6 de diciembre de 2008, n. L 328, pp. 55-58.

Protocolo n.2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad DOUE de 9 de mayo de 2008, n.C 115, pp. 206–209.

Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DOUE de 17 de diciembre de 2007, n. C 306, pp. 1–271.

DOUE de 14 de diciembre de 2007, C-303, pp. 17-35, Explicaciones sobre la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

Directiva 2004/80/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de delitos, DOUE de 6 de agosto de 2004, n. L 261, pp. 15–18.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE de 29 de junio de 2004, n.L 229, pp. 35-48

Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, DOUE de 30 de abril de 2004, n. L 143, pp.56-75.

Decisión Marco 2004/757/JAI el Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, DOUE de 11 de noviembre de 2004, n. L 335, pp. 8-11, y DOUE de 7 de junio de 2006, n.L 153, pp. 94-97.

Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE de 31 de julio de 2003, n.L 192, pp. 54-56.

Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, DOUE de 2 de agosto de 2003, n.L 196, pp. 45-55.

Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, DOUE de 18 de julio de 2002, n. L 190, pp. 1-20.

Decisión marco de 2002/584/JAI del Consejo de Europa, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados Miembros de la Unión Europea, DOUE de 18 de julio de 2002, n. L 190, pp. 1–20.

Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DOUE de 14 de noviembre de 2002, n. L 315, pp. 57–73

Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, DOUE de 15 de enero de 2001, n. C 012, pp. 10-22.

Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001.

Decisión marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, DOUE 22 de marzo de 2001, n. L 82, pp.1-4.

Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, DOUE de 18 de diciembre de 2000, n. C 364, pp.1-22.

Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, DOUE de 22 de septiembre de 2000, n.L 239, pp. 19–62.

Conclusiones del Consejo Europeo de Viena, los días 11 y 12 de diciembre de 1998.

Tratado de Ámsterdam, DOUE de 10 de noviembre de 1997, n. C. 340.

Tratado de Maastricht, DOUE de 29 de julio de 1992, n. L 191.

Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la aplicación del principio *non bis in idem* en el marco de la cooperación política europea el 25 de mayo de 1987.

-ESPAÑA

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE de 6 de diciembre de 2018, n. 294, pp. 119788-119857.

Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, BOE de 4 de agosto de 2018, n. 188, pp. 78281-78288.

Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, BOE n. 161, de 4 de julio de 2018, pp. 66621-67354.

Ley 4/2017, de 26 de septiembre, de Reconocimiento y Atención a las Víctimas del Terrorismo en Castilla y León, BOCL de 2 de octubre de 2017, n. 189 y BOE de 30 de octubre de 2017, n. 263.

Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, BOCM de 10 de agosto de 2016, n. 190, BOE de 25 de noviembre de 2016, n. 285.

Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE de 6 de octubre de 2015, n. 239, pp. 90240-9028.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE de 23 de julio de 2015, n. 175, pp. 61871-61889.

Real Decreto 385/2015 de 22 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial “Boletín Oficial del Estado”, BOE de 23 de mayo de 2015, n. 123, pp. 43483-43498.

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE de 28 de abril de 2015, n. 101, pp. 36569-36598.

Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985.

Dictamen 2/13 del TJUE, de 18 de diciembre de 2014, en relación con la adhesión de la UE al CEDH, ECLI:EU:C:2014:2454

Reglamento 671/2013, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, BOE de 18 de septiembre de 2013, n. 224, pp. 72190-72213.

Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, BOE de 23 de febrero de 2013, n. 47, pp. 15205-15218.

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, BOE de 23 de septiembre de 2011, n. 229, pp.100566-100592.

Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, BOE n. 310, de 27 de diciembre de 2007, pp. 53410-53416.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE de 23 de marzo de 2007, n. 71, pp. 12611-12645.

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, BOE de 16 de marzo de 2007, n. 65, pp. 11251-11253.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, BOE de 29 de diciembre de 2004, n. 313, pp. 42166-42197.

Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, BOE de 14 de octubre de 2003, n. 246, pp. 36770-36771.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE de 15 de noviembre de 2002, n. 274, pp. 40126-40132

Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE n.10, de 12 de enero de 2000, pp. 1139-1150.

Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio de 1999, BOE de 10 de junio de 1999, n. 138, pp. 22251-22253.

Real Decreto 738/1997 de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, BOE de 27 de mayo de 1997, n. 126, pp. 16244-16265.

Real Decreto 738/1997 de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE n.40, de 15 de febrero de 1996, pp. 5380-5435.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, BOE de 12 de enero de 1996, n. 11, pp. 793-803.

Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, BOE n. 296, de 12 de diciembre de 1995, pp. 35576 a 35581.

Código Penal, BOE de 24 de noviembre de 1995, n. 281, pp. 33987-34058.

Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, BOE de 24 de diciembre de 1994, n. 307, pp. 38669-38671.

Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, BOE de 30 de diciembre de 1988, n.313, pp. 36580-36635.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE de 2 de julio de 1985, n. 157, pp. 20632-20678.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, BOE de 13 de enero de 1982, n.11, pp. 708-714.

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978, BOE n. 311, pp. 29313-29424, accesible en [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)) (Último acceso: 11 de diciembre de 2019).

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, de BOE n. 248, de 17 de octubre de 1977, pp. 22765-22766.

Código Civil, Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889, n. 206

Ley de Enjuiciamiento Criminal, Gaceta de Madrid de 17 de septiembre de 1882, n. 260, pp. 803- 806.

-OTROS ÁMBITOS

Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito, *Vienna Declaration on Femicide*, 2013, E/CN.15/2013/NGO/1.

LOI du 9 juillet 2010, n.2010-769 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants NOR: JUSX1007012L

Protocolo sobre los derechos de la Mujer, adoptado en 2003 por la Unión Africana en Maputo, Mozambique, y en vigor desde el 25 de noviembre de 2005.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como “Convención de Belém do Pará”, adoptada en Brasil por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) el 9 de junio de 1994.

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Asamblea General de NNUU, Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993

NNUU, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

JURISPRUDENCIA

-ESPAÑA

STC 59/2008, de 14 de mayo, ECLI:ES:TC:2008:59

STS 258/2004, de 23 de septiembre, ECLI: ES:TS:2004:5895

STS 726/2006, de 5 de febrero, ECLI: ES:TS:2007:1961

STS 510/2009, de 12 de mayo, ECLI: ES:TS:2009:3351

STS 8/2010, de 20 de enero, ECLI: ES:TS:2010:99

STS 785/2010, de 30 de junio, ECLI: ES:TS:2010:4832

ATS de 8 de octubre de 2010, 20048/2009, ECLI: ES:TS:2010:12357A

STS 912/2012, de 20 de noviembre, ECLI: ES:TS:2012:7654

STS 532/2013, de 19 de septiembre mencionada en la STS 718/2013, de 26 de noviembre, ECLI: ES:TS:2013:5921

STS 815/2013, de 7 de diciembre, ECLI: ES:TS:2013:5437

STS 940/2013, de 13 de diciembre, ECLI: ES:TS:2013:5907

ATS 1430/2014, de 25 de septiembre, ECLI: ES:TS:2014:7531A

STS 400/2015 de 25 de junio, ECLI: ES:TS:2015:3166,

STS 807/2015, de 23 de noviembre, ECLI: ES:TS:2015:5739

STS 813/2015, de 7 de diciembre, ECLI: ES:TS:2015:5733

STS 2493/2015, de 19 de mayo, ECLI: ES:TS:2015:2493

STS 1162/2015, de 12 de marzo, ECLI: ES:TS:2015:1162

STS 486/2016, de 4 de junio, ECLI: ES:TS:2016:2631

STS 653/2016, de 15 de julio, ECLI: ES:TS:2016:3664

STS 165/2017, de 8 de marzo, ECLI: ES:TS:2017:858

STS 656/2017, de 5 de octubre, ECLI: ES:TS:2017:3565

STS 733/2017 de 15 de noviembre, ECLI: ES:TS:2017:4073

STS 699/2018, de 8 de enero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:22

STS 730/2018, de 1 de febrero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:228

STS 749/2018, de 20 de febrero de 2019, ECLI: ES:TS:2019:524

STS 205/2018, de 25 de abril, ECLI: ES:TS:2018:1629
ATS 26 de abril de 2018, ECLI: ES:TS:2018:4879A
STS 247/2018, de 24 de mayo, ECLI:ES:TS:2018:2003
ATS de 25 de mayo de 2018, ECLI: ES:TS:2018:5507A
STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018, ECLI:
ES:TS:2018:2747
STS 420/2018, 25 de septiembre, ECLI: ES:TS:2018:3164
STS 565/2018, de 19 de noviembre, ECLI: ES:TS:2018:3757
STS 677/2018, de 20 de diciembre, ECLI:ES:TS:2018:4353
STS 691/2018, de 21 de diciembre de 2018, ECLI: ES:TS:2018:4361
STS 184/2019, de 2 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1071
STS 188/2019, de 9 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1236
STS 223/2019 de 29 de abril, ECLI: ES:TS:2019:1415
ATS de 1 de julio de 2019, causa especial 20907/2017, ECLI: ES:TS:2019:7605A
STS 344/2019, de 4 de julio, ponente: Susana Polo García, ECLI: ES:TS:2019:2200
STS 452/2019, de 10 de octubre de 2019, ECLI: ES:TS:2019:3035
STS de 14 de octubre de 2019, causa especial 20907/2017
STS 459/2019, de 14 de octubre, ECLI: ES:TS:2019:2997
STS 542/2019, de 6 de noviembre, ECLI: ES:TS:2019:3554

STSJ de Galicia 421/2018, de 13 de abril, ECLI: ES:TSJGAL:2018:2484
STSJA 1098/2019, de 28 de mayo de 2019, ECLI: ES:TSJAS:2019:1361

SAP Albacete (Sección 2.^a) 60/2006, de 30 de octubre, ECLI: ES:APAB:2006:751
SAP (Sección 2.^a) Castellón 150/2006, de 12 de abril de 2006, ECLI: ES:APCS:2006:601
AAP Vizcaya 199/2010, de 8 de marzo, ECLI: ES:APBI:2010:37^a
SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5.^a) 514/2014, de 28 de noviembre, ECLI:
ES:APTF:2014:2307
AAP de Burgos, Sección 3, rollo: recurso de apelación 429/2016, de 7 de abril de 2017.
SAP Granada (Sección 2.^a) 349/2016, de 6 de junio, ECLI: ES:APGR:2016:904
SAP Granada 45/2017, de 31 de enero, ECLI: ES:APGR:2017:16
SAP Madrid 291/2017, de 20 de noviembre de 2019, ECLI: ES:APM:2017:13025
SAP de Navarra (Sección Segunda) de 38/2018, de 20 de marzo, ECLI: ES:APNA:2018:86
Sentencia del Juzgado n.1 de lo Penal de Granada 257/2018, de 18 de julio de 2018, ECLI:
ES:JP:2018:51
SAP de Madrid (Sección 29) 2/2019, de 1 de febrero, ECLI: ES:APM:2019:2
SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre,

- UNIÓN EUROPEA

STJUE de 27 de marzo de 1963, asunto *Da Costa*, 28/62, 29/62 y 30/62, ECLI:EU:C:1963:6
STJUE de 20 de febrero de 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Administración federal
alemana del Monopolio de los alcoholes*, ECLI:EU:C:1979:42
STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335
STJUE de 2 de febrero de 1989, asunto 186/87, *Cowan y Trésor Public*, ECLI:EU:C:1989:47
STJUE de 19 de diciembre de 1989, asunto *Brozicek c. Italia*,
ECLI:CE:ECHR:1989:1219JUD001096484

STJUE de 30 de abril de 1996, asuntos *P. y S. y Cornwall County Council*, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170

STJUE (Gran Sala) de 16 de junio de 2005, asunto *María Pupino*, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386

STJUE (Gran Sala) de 6 de diciembre de 2005, asunto *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-66/04, ECLI:EU:C:2005:743.

STJUE (Gran Sala) de 3 de mayo de 2007, asunto *C-303/2005 Advocaten voor de Wereld VZW vs. Leden van de Ministerraad*, de 3 de mayo de 2007, ECLI:EU:C:2007:261

STJUE (Gran Sala) de 18 de julio de 2007, asunto *Lucchini*, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434

STJUE (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2008, asunto *Katz c. István Roland Sós*, C-404/07, ECLI:EU:C:2008:553

STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2009, asunto *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, ECLI:EU:C:2009:616

STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2010, C-261/09, asunto *Gaetano Mantello*, ECLI:EU:C:2010:683

STJUE (Sala Cuarta) de 15 de septiembre de 2011, C-483/09 *Magatte Gueye*, y C-1/10 Valentín Salmerón, ECLI:EU:C:2011:583

STJUE (Gran Sala) de 29 de enero de 2013, asunto *Radi*, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39

STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105

STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11 ECLI:EU:C:2013:107

STJUE (Gran Sala) de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2.

STJUE (Sala Décima) de 6 de marzo de 2014, Asunto *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126

STJUE (Gran Sala), de 6 de mayo de 2014, C-43, ECLI:EU:C:2014:298STJUE

STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto *Google Spain S.L. y Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317

STJUE (Sala Quinta) de 10 de julio de 2014, asunto *Julián Hernández y otros*, C-198/13, EU:C:2014:2055

STJUE (Sala Segunda) de 10 de julio de 2014, asunto *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067

STJUE (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, asunto *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555

STJUE (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, asunto *Covaci*, C-216/14, ECLI:EU:C:2015:686

STJUE (Sala Segundo) de 11 noviembre de 2015, asunto C-505/14, cuestión prejudicial, ECLI:EU:C:2015:742

STJUE (Sala Cuarta) de 24 de mayo de 2016, asunto *Paweł Dworzecki*, C-108/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:346

STJUE (Gran Sala) de 5 de abril de 2016, asuntos *Aranyosi y Căldăraru*, C-404/15 y C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198

STJUE (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016, asunto *Balogh*, C-25/15, ECLI:EU:C:2016:423

STJUE (Sala Cuarta) de 28 de julio de 2016, asunto *JZ*, C-294/16, ECLI:EU:C:2016:610

STJUE (Gran Sala) de 11 de octubre de 2016, asunto *Comisión/Italia*, C-601/14, ECLI:EU:C:2016:759

STJUE (Sala Quinta) de 11 de enero de 2017, asunto *Gundza*, C-289/15, ECLI:EU:C:2017:4

STJUE (Sala Quinta) de 22 de marzo de 2017, asunto *Tranca y otros*, C-124/16, C-188/16 y C-213/16
STJUE de 29 de mayo de 2017, asunto *Habran y Dalem c. Bélgica*, solicitud 43000/11 y 49380/11, ECLI:CE:ECHR:2017:0117JUD004300011
STJUE (Sala Quinta) de 12 de octubre de 2017, asunto *Sleutjes*, C-278/16, ECLI:EU:C:2017:757
STJUE (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, asunto *M.A.S. y M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936
STJUE (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, asunto *Piotrowski*, C-367/16, ECLI:EU:C:2018:27
STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, Asunto C-673/16, *Coman and Others*, ECLI:EU:C:2018:385
STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto *Kolev y otros*, C-612/15, EU:C:2018:392
STJUE (Sala Segunda) de 5 de julio de 2018, asunto *Lada*, C-390/16, ECLI:EU:C:2018:532
STJUE (Sala Quinta) de 25 de julio de 2018, Asunto *AY*, C-268/17
STJUE (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2018, asunto *Milev*, C-310/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:732
STJUE (Sala Primera), de 6 de diciembre de 2018, ECLI:EU:C:2018:991
STJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019, asuntos *O.G. y P.I.*, C-508/18 y C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456
Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de febrero de 2019, C-8/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:110
STJUE (Sala Primera) de 13 de junio de 2019, asunto *Moro*, C-646/17, ECLI:EU:C:2019:489
STJUE (Sala Primera) de 29 de julio de 2019, asunto *Gambino*, C-38/18, ECLI:EU:C:2019:628

-CONSEJO DE EUROPA

STEDH de 23 de noviembre de 1976, asunto *Engel y otros c. Países Bajos*, solicitudes 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1123JUD000510071
STEDH de 15 de julio 1982, asunto *Eckle c. Alemania*, solicitud 8130/78, ECLI:CE:ECHR:1982:0715JUD000813078
STEDH de 24 de noviembre de 1986, asunto *Unterpertinger c. Austria*, solicitud 9120/80, ECLI:CE:ECHR:1986:1124JUD000912080
STEDH de 29 de abril de 1988, asunto *Belilos c. Suiza*, solicitud 10328/83, ECLI:CE:ECHR:1988:0429JUD001032883
STEDH de 27 octubre de 1995, asunto *Baegen c. Países Bajos*, solicitud 16696/90, ECLI:CE:ECHR:1995:1027JUD001669690
STEDH de 22 de noviembre de 1995, asunto *C.R. c. Reino Unido*, solicitud 20190/92, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002019092
STEDH de 22 de noviembre de 1995, asunto *S.W. c. Reino Unido*, solicitud 20166/92, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002016692
STEDH de 26 de marzo de 1996, asunto *Doorson c. Países Bajos*, solicitud 20594/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0326JUD002052492
STEDH de 25 de junio de 1996, asunto *Amuur c. Francia*, solicitud 19776/92, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692
STEDH de 18 de diciembre de 1996, asunto *Aksoy c. Turquía*, solicitud 21987/93, ECLI:CE:ECHR:1996:1218JUD002198793
STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto *Osman c. Reino Unido*, solicitud 87/1997/871/1083, ECLI:CE:ECHR:1998:1028JUD002345294

STEDH de 28 de octubre de 1999, asunto *Brumărescu c. Rumanía*, solicitud 28342/95, párrafo 50, ECLI:CE:ECHR:1996:0625JUD001977692

STEDH de 29 de febrero de 2000, 39293/98, asunto *Fuentes Bobo c. España*, ECLI:CE:ECHR:2000:0229JUD003929398

STEDH de 6 de abril de 2000, asunto *Thlimmenos c. Grecia*, solicitud 34369/97, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003436997

STEDH de 4 de septiembre de 2002, asunto *P.S. c. Alemania*, solicitud 33900/96, ECLI:CE:ECHR:2001:1220JUD003390096

STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *M.C. c. Bulgaria*, Solicitud 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298

STEDH de 12 de febrero de 2004, asunto *Pérez c. Francia*, solicitud 47287/99, ECLI:CE:ECHR:2004:0212JUD004728799

STEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret anonim Sirketi c. Irlanda*, Solicitud 45036/98

STEDH de 26 de octubre de 2005, asunto *Siliadin c. Francia*, solicitud 73316/01, ECLI:CE:ECHR:2005:0726JUD007331601

STEDH de 24 de septiembre de 2007, asunto *Kontrovà c. Eslovaquia*, solicitud 7510/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0531JUD000751004

STEDH de 29 de septiembre de 2008, asunto *Wsserman c. Rusia*, párrafo 49, solicitud 21071/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0410JUD002107105

STEDH de 26 de enero de 2009, asunto *Romanov c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2008:0724JUD004146102

STEDH de 2 de febrero de 2009, asunto *Trofimov c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD000111102

STEDH de 15 de abril de 2009, asunto *Tomasic y otros c. Croacia*, solicitud 46598/06, ECLI:CE:ECHR:2009:0115JUD004659806

STEDH de 9 de septiembre de 2009, asunto *Opuz c. Turquía*, solicitud 33401/02, ECLI:CE:ECHR:2009:0609JUD003340102

STEDH de 1 de junio de 2010, asunto *Gäfgen c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805

STEDH de 2 de octubre de 2010, asunto *S.N. c. Suecia*, solicitud 34209/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0702JUD003420996

STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, ECLI:CE:ECHR:2011:1025JUD001609608

STEDH de 15 de diciembre de 2011, asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, solicitudes 26766/05 y 22228/06, ECLI:CE:ECHR:2011:1215JUD002676605

STEDH de 3 de abril de 2012, asunto *Van der Heijden c. Países Bajos*, solicitud 42857/05, ECLI:CE:ECHR:2012:0403JUD004285705

STEDH de 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*, ECLI:CE:ECHR:2012:0320JUD004918308

STEDH de 29 de septiembre de 2012, asunto *Damir Sibgatullin c. Rusia*, ECLI:CE:ECHR:2012:0424JUD000141305

STEDH de 10 de octubre de 2012, asunto *Vidgen c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306

STEDH de 19 de octubre de 2012, asunto *Sievert c. Alemania*, ECLI:CE:ECHR:2012:0719JUD002988107

STEDH de 26 de junio de 2013, asunto *Valiulienė c. Lituania*, demanda 33234/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0326JUD003323407

STEDH de 28 de enero de 2014, asunto *O'Keefe c. Irlanda*, solicitud 35810/09, ECLI:CE:ECHR:2014:0128JUD003581009

STEDH de 23 de abril de 2014, asunto *W. c. Eslovenia*, solicitud 24125/06, ECLI:CE:ECHR:2014:0123JUD002412506

STEDH de 27 de mayo de 2014, asunto *Lučić c. Croacia*, solicitud 5699/11, ECLI:CE:ECHR:2014:0227JUD000569911

STEDH de 15 de diciembre de 2015, asunto *Schatschaschwili c. Alemania*, solicitud 9154/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1215JUD000915410

STEHD de 23 de marzo de 2016, asunto *Blokhin c. Rusia*, solicitud n. 47152/06, ECLI:CE:ECHR:2016:0323JUD004715206

STEDH de 2 de marzo de 2017, asunto *Talpis c. Italia*, demanda 41237/14, solicitud 41237/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714

STEDH de 29 de junio de 2017, asunto *Lorefice c. Italia*, solicitud 63446/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0629JUD006344613

STEDH de 18 de septiembre de 2017, asunto *Talpis c. Italia*, solicitud 41237/14, ECLI:CE:ECHR:2017:0302JUD004123714

STEDH de 5 de junio de 2018, asunto *Artur Ivanov c. Rusia*, solicitud. 62798/09, ECLI:CE:ECHR:2018:0605JUD006279809

STEDH de 28 de noviembre de 2018, asunto *Cabral c. Países Bajos*, ECLI:CE:ECHR:2018:0828JUD003761710

STEDH de 3 de diciembre de 2018, asunto *N.K. c. Alemania*, solicitud 59549/12, ECLI:CE:ECHR:2018:0726JUD005954912

STEDH de 15 de enero de 2019, asunto *Gjjini c. Serbia*, solicitud 1128/16, ECLI:CE:ECHR:2019:0115JUD000112816

STEDH de 24 de enero de 2019, asunto *Demjanjuk c. Alemania*, solicitud 24247/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0124JUD002424715

STEDH de 21 de febrero de 2019, asunto *Lolov y Otros c. Bulgaria*, solicitud n. 6123/11, ECLI CE:ECHR:2019:0221JUD000612311

STEDH de 19 de marzo de 2019, asunto *E.B. c. Rumanía*, solicitud 49089/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0319JUD004908910

STEDH de 4 de julio de 2019, asunto *Kurt c. Austria*, demanda n. 62903/15, ECLI:CE:ECHR:2019:0704JUD006290315

STEDH de 9 de julio de 2019, asunto *Volodina c. Rusia*, solicitud 41261/17, ECLI:CE:ECHR:2019:0709JUD004126117

- OTROS ÁMBITOS

SCPI de 11 de julio de 2008, asunto *Fiscalía c. Thomas Lubanga Dyilo*.

SCIDH de 29 de julio de 1988, asunto *Velásquez Rodríguez c. Honduras*.

SCIDH de 16 de abril de 2001, asunto *Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil*.

FIGURAS

Figura n.1. Estructura temática de la tesis. Fuente: elaboración propia.

Figura n.2. Principales aspectos temáticos de la tesis. Fuente: elaboración propia.

Figura n.3. Confianza mutua. Fuente: elaboración propia.

Figura n.4. Instrumentos procesales basados en los principios de reconocimiento mutuo y de aproximación legislativa. Fuente: elaboración propia en base a la información en la página oficial del Parlamento Europeo.

Figura n.5. Composición política de los Gobiernos de los EEMM. Fuente: elaboración propia.

Figura n.6. Normas mínimas del proceso penal. Fuente: elaboración propia en base a la información de la página oficial del Parlamento Europeo.

Figura n.7. STEDH y violaciones CEDH. Fuente: elaboración propia.

Figura n.8. TEDH respecto del artículo 6 CEDH. Fuente: elaboración propia en base a la información de la página web oficial el TEDH (traducción propia).

Figura n.9. Concepto de la Justicia. Fuente: FRA

Figura n.10. derechos procesales de las víctimas. Fuente: elaboración propia.

Figura n. 11. Los niveles victimológicos. Fuente: elaboración propia.

Figura n.12. Ejemplo de iter víctima completo. Fuente: elaboración propia.

Figura n. 13. Victimidad sin victimización. Fuente: elaboración propia.

Figura n.14. Victimidad por hecho típico no imputable y victimización auto/heteropercibida. Fuente: elaboración propia.

Figura n.15. Victimidad por hecho no típico no imputable y victimización auto/heteropercibida Fuente: elaboración propia.

Figura n.16. Victimidad por hecho no típico no imputable sin victimización auto/heteropercibida. Fuente: elaboración propia.

Figura n.17. Victimización por hecho no típico sin vulneración de derechos cuya repercusión es reconocida en la víctima. Fuente: elaboración propia.

Figura n.18. Sin victimización pero sí victimidad por hecho no típico y sin vulneración de derechos. Fuente: elaboración propia.

Figura n.19. Estados con mayor número de personas sospechosas y delincuentes y personas detenidas diferenciados según el sexo de la persona. Fuente: elaboración propia en base a la información de EUROSTAT.

Figura n.20. Personas condenadas por delitos de homicidio doloso, agresiones sexuales y violaciones. Fuente: elaboración propia en base a la información de EUROSTAT.

Figura n.21. Víctimas de homicidios dolosos y agresiones sexuales y violaciones. Fuente: elaboración propia en base a la información de EUROSTAT.

Figura n.22. El modelo ecológico de la violencia contra la mujer por su esposo/novio según la OMS. Fuente: traducción y elaboración propia.

Figura n.23. Residentes nacidos y nacidas en el extranjero por lugar de nacimiento. Fuente: elaboración propia.

Figura n.24. Index Game. España. Fuente: EIGE

Figura n.25. Index Game. Polonia. Fuente: EIGE

Figura n. 26. La violencia en la pareja en textos internacionales y europeos. Fuente: EIGE

Figura n.27. Definiciones de violación, feminicidio y violencia en la pareja. Fuente: elaboración propia.

Figura n.28. Resumen de la tipificación autónoma de las formas de violencia contra la mujer en los EEMM. Fuente: elaboración propia.

Figura n.29. Delitos de violencia de género en España: penas y comparativa si la víctima es hombre. Fuente: elaboración propia basada en el CP.

Figura n.30. Acogimiento a la dispensa del deber de declarar en caso de violencia de género, año 2018. Fuente: elaboración propia en base a la información del CGPJ.

Figura n.31. Interés en mayor participación en víctimas de violencia en la pareja. Fuente: FRA.

Figura n.32. Interés de mayor participación en víctimas de violencia fuera de la pareja. Fuente: FRA.

Figura n.33. Obstáculos de las mujeres como víctimas. Fuente: elaboración y traducción propia en base a la información del Consejo de Europa.

Figura n.34. Clasificación general de los derechos de las víctimas. Fuente: elaboración propia.

Figura n.35. Articulado Directiva 2012/29/UE. Fuente: elaboración propia.

Figura n.36. Confianza en la independencia de la justicia. Fuente: EUROSTAT

Figura n. 37. Confianza en el sistema judicial. Fuente: INE

Figura n. 38. Percepción de independencia de la judicatura. Fuente: FRA

Figura n.39. Razones para la percepción de la falta de independencia. Fuente: Comisión Europea, Informe “The 2018 EU Justice scoreboard”, 2018.

Figura n.40. Percepción de la judicatura de la independencia judicial. Fuente: Comisión Europea, Informe “The 2018 EU Justice scoreboard”, 2018.

Figura n.41. Disponibilidad de medios electrónicos. Fuente: Comisión Europea.

Figura n.42. Procedencia de la denuncia en casos de violencia de género. Fuente: CGPJ

Figura n.43. Interés en las víctimas de violencia en la pareja de tener mayor participación. Fuente: FRA

Figura n.44. Interés de las víctimas de delitos de violencia contra las mujeres (excepto de violencia en la pareja). Fuente: FRA

Figura n. 45. Porcentaje referente a la forma de terminación asuntos en sede de los Juzgados de violencia sobre la Mujer, Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales. Fuente: CGPJ

Figura n. 46. Percepción como intimidatoria de la presencia del agresor. Fuente: FRA

Figura n.47. Órdenes de Protección en los JVM. Fuente: CGPJ

