

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

José Francisco Etxeberria Guridi (director)
Goizeder Otazua Zabala (coordinadora)
Katixa Etxebarria Estankona (coordinadora)
Eneko Etxeberria Bereziartua
Enara Garro Carrera
Jon Mirena Landa Gorostiza
Dunia Marinas Suárez
Maite Zelaia Garagarza

La mujer víctima de violencia

Análisis multidisciplinar del
ordenamiento jurídico
español y europeo a la luz
del Convenio de Estambul

Oñati, 2022



© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea

ISBN: 978-84-7777-650-5

Fotocomposición e impresión: Grafo, S.A., Avda. Cervantes, 51-edificio 21 – 48970 Basauri (Bizkaia)

Índice

Abreviaturas	17
Presentación , por <i>José Francisco Etxebarria Guridi</i>	21
Capítulo I. Una visión general sobre el Convenio de Estambul como herramienta para la erradicación de las distintas formas de violencia contra la mujer <i>Goizeder Otazua Zabala, Katixa Etxebarria Estankona</i>	29
I. Introducción	29
II. El impulso internacional de los derechos humanos de la mujer: antecedentes normativos del Convenio de Estambul	30
1. El no a la discriminación como punto de partida	32
2. La naturaleza discriminatoria de la violencia contra la mujer	34
3. El reconocimiento de los derechos de las mujeres como parte de los derechos humanos	36
4. Los objetivos y medidas de Beijing en torno a la violencia de género	36
5. Actualización del concepto violencia por razón de género	38
III. El proceso de elaboración del Convenio de Estambul: los debates previos	39
IV. Las restricciones en cuanto al contenido de las reservas	44
V. El contenido del Convenio de Estambul	47
1. Objetivos y estructura del Convenio de Estambul	47
2. Luces y sombras en torno a las aportaciones del Convenio	51

VI. La evaluación de informes como sistema de control de la implementación del Convenio ...	58
1. El sistema de seguimiento de GREVIO.....	58
2. Informes GREVIO: el caso de España.....	60
VII. Conclusiones.....	65
Capítulo II. La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul: un proceso en construcción	
<i>Dunia Marinas Suárez</i>	69
I. Introducción.....	69
II. Plan de trabajo.....	77
III. Consideraciones previas.....	78
IV. La adhesión al Convenio de Estambul: proceso en construcción.....	86
1. La articulación jurídica de la adhesión al Convenio de Estambul.....	86
A) Aspectos generales.....	86
B) La selección de la base jurídica.....	92
C) Valoraciones a las Decisiones del Consejo.....	94
2. La solicitud del Dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	96
3. Las conclusiones del Abogado General.....	102
A) ¿Qué bases jurídicas son las apropiadas?.....	102
B) ¿Cuántas Decisiones son necesarias?.....	107
C) La práctica del «común acuerdo».....	107
4. La apreciación del Tribunal de Justicia.....	108
A) Las cuestiones de admisibilidad.....	108
B) El «común acuerdo» de los Estados miembros.....	111
C) Las bases jurídicas adecuadas para la celebración del acuerdo.....	115
D) La escisión del acto de celebración del Convenio en dos decisiones.....	116
V. Conclusiones finales en construcción.....	119
Capítulo III. El Convenio de Estambul y su acogida en materia de violencia física, psicológica y de control en el Derecho Penal español	
<i>Enara Garro Carrera</i>	127
I. Introducción.....	127
II. El Convenio de Estambul y su acogida en materia de violencia física, psicológica y de control en el Derecho Penal español.....	128
1. Síntesis y claves de la evolución normativa en España.....	128
2. Análisis de tipos penales sexuales y relativos a la violencia doméstica en el Código Penal español.....	135
A) Maltrato ocasional.....	135
a) Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 153 CP) ..	135
b) Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul.....	142

B)	Lesiones cualificadas contra la pareja, expareja o convivientes vulnerables....	145
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 148 CP)...	145
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	147
C)	Amenazas leves.....	149
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 171.4 CP)	149
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	152
D)	Coacciones leves	154
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 172.2 CP)	154
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	155
E)	Violencia habitual.....	157
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 173.2 CP)	158
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	161
F)	Injurias o vejaciones injustas de carácter leve	163
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 173.4 CP)	163
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	165
G)	Acoso predatorio o <i>stalking</i>	166
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 172 ter CP)	166
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	175
H)	Difusión no autorizada de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento	177
a)	Claves de configuración en el ordenamiento jurídico español (art. 197.7 CP)	177
b)	Valoración de la concordancia entre la disposición interna y el Convenio de Estambul	186
III.	Cuestiones transversales y perspectivas de futuro: viejos y nuevos signos del obcecamiento en la deriva punitiva	187
IV.	Conclusiones.....	208

Capítulo IV. **Derecho Penal sustantivo: la violencia sexual**

	<i>Jon Mirena Landa Gorostiza</i>	211
I.	Introducción	211
II.	Convenio de Estambul y violencia sexual: punto de partida.....	213
1.	Derecho Internacional de los derechos humanos: ámbito universal	214
2.	El ámbito regional europeo	218

III. Violencia sexual en el Código Penal de 1995	224
1. Delitos contra la libertad sexual <i>stricto sensu</i>	225
A) Agresión sexual	226
B) Abuso sexual	228
C) Agresión y abuso sexual a menores de 16 años.....	229
D) ¿Futura eliminación de la distinción entre agresión y abuso?.....	233
E) Acoso sexual.....	239
2. Matrimonios forzados.....	241
3. Mutilación genital femenina	242
4. Aborto y esterilización forzada.....	244
5. Agravación de penas por razones de género: una cuestión transversal	246
A) Antecedentes: una historia legislativa de expansión	248
B) Discusión doctrinal y toma de postura.....	249
C) La agravante por razones de género: evolución jurisprudencial	256
D) Valoración final.....	259
IV. Fortalezas y debilidades de la regulación española a la luz de los estándares del Convenio de Estambul: una valoración de conjunto	261
 Capítulo V. La extraterritorialidad jurisdiccional frente a los resquicios de impunidad	
<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	265
I. Introducción	265
II. Extraterritorialidad en el Convenio de Estambul.....	268
1. Principio de territorialidad.....	269
2. Principio de personalidad activa	271
A) Su reflejo en el Convenio de Estambul	271
B) Recepción en el ordenamiento español del principio de personalidad activa ...	275
a) Aplicabilidad del principio de personalidad activa conforme al art. 23.2 LOPJ.	276
b) Doble tipicidad y la ausencia de reserva	276
3. La recepción del Convenio de Estambul al amparo del art. 23.4.1) LOPJ, ¿principio de justicia universal?.....	278
A) ¿Existe el principio de jurisdicción o justicia universal en el ordenamiento español?	279
B) Adecuación de los elementos de conexión de la LOPJ a las exigencias del Convenio de Estambul.....	288
a) Que el procedimiento se dirija contra un español o un extranjero que resida habitualmente en España	288
b) Víctima de nacionalidad española o con residencia habitual en España (principio de personalidad pasiva)	290
c) El principio <i>aut dedere aut iudicare</i>	293

d) Límites derivados del principio de subsidiariedad.....	296
e) Límite derivado del principio <i>ne bis in idem</i>	299
f) La querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal como ¿presupuesto de procedibilidad?	302
4. Posibles conflictos de jurisdicción	310
5. El control de convencionalidad y su incidencia respecto del Convenio de Estambul	324
III. Conclusiones.....	332

Capítulo VI. **Tres herramientas básicas frente a las agresiones contra las mujeres: acceso (la garantía de participación en el proceso judicial), especialización (los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) y seguridad (las órdenes de protección)**

<i>Eneko Etxeberria Bereziartua</i>	335
I. Introducción	335
II. La garantía de participación en el proceso judicial	338
1. La evolución de los mecanismos de asistencia jurídica y participación judicial en relación a la violencia de género	340
A) Primera etapa: el asesoramiento sin especialidades	340
B) Segunda etapa: las especialidades de la prestación jurídica a las víctimas de la violencia de género	342
a) El asesoramiento proporcionado por una única dirección letrada	343
b) El asesoramiento jurídico inmediato.....	345
c) El asesoramiento jurídico especializado.....	345
C) Tercera etapa: el derecho universal y automático a la asistencia jurídica para las víctimas de violencia de género	345
2. El mandato del Convenio de Estambul en relación a la violencia ejercida contra las mujeres y la asistencia jurídica gratuita	348
A) El concepto de víctima de violencia de género estatal	350
B) El concepto de víctima de violencia de género del Convenio de Estambul.....	354
C) El impacto de la diferente concepción de violencia del Convenio de Estambul con respecto al derecho a la justicia gratuita.....	355
3. Las incoherencias del procedimiento para el reconocimiento del derecho en los supuestos de violencia de género.....	356
A) Contrariedades para el reconocimiento automático a las víctimas de violencia de género.....	357
B) La víctima de violencia de género y su exclusión de la prestación	359
4. Las especialidades que presenta la justicia gratuita en Euskadi	362
A) La regulación autonómica vasca de la asistencia jurídica gratuita.....	364
B) La regulación autonómica vasca sobre la igualdad de mujeres y hombres	367

III. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.....	368
1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer exclusivos y mixtos	371
2. Los requisitos básicos para atribuir la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer	373
A) Indicios o comisión de un delito penal.....	375
B) El catálogo delictivo específico.....	376
C) El elemento subjetivo	378
a) Violencia directa ejercida por los hombres contra las mujeres dentro del marco de la pareja.....	379
b) Violencia indirecta contra la mujer: violencia del hombre contra los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de la mujer	381
c) Violencia indirecta contra la mujer: violencia del hombre contra las personas discapacitadas relacionadas con la mujer	383
D) La conexión de pareja entre el hombre agresor y la mujer agredida	384
3. Las competencias en el orden penal de los JVM	385
4. Las competencias en el orden civil de los JVM.....	387
A) Los presupuestos necesarios para activar las competencias civiles en los JVM	388
B) La pérdida de la competencia del órgano judicial civil ordinario a favor del JVM cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.....	392
5. Los retos del Convenio de Estambul	394
A) Los problemas derivados del diseño legislativo estatal	394
B) El estándar del Convenio de Estambul.....	396
6. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en Euskadi	399
IV. La orden de protección	400
1. La regulación y el concepto de la orden de protección.....	402
2. Requisitos para la adopción de la orden de protección.....	403
A) Requisitos objetivos	405
a) El catálogo de delitos.....	405
b) El riesgo para la seguridad de la víctima	406
B) Requisitos subjetivos.....	407
3. La solicitud de la orden de protección	408
4. La tramitación de la solicitud de la orden de protección.....	410
5. La decisión sobre la orden de protección.....	412
6. El Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género para garantizar la efectividad de la orden de protección.....	413
7. El contenido de la orden de protección: el estatuto integral de protección.....	414
A) Medidas penales	414
B) Medidas civiles.....	415

C) Medidas de asistencia y protección social	420
D) Derecho a la información sobre el proceso penal.....	420
8. Las medidas cautelares de protección establecidas en el art. 544 bis LECrim	421
9. Quebranto de la orden de protección.....	423
10. Las órdenes de protección en Euskadi	424
11. El contraste con el Convenio de Estambul.....	425
V. Conclusiones y propuestas de mejora.....	431
Capítulo VII. Valoración y gestión del riesgo: una herramienta clave en la protección de mujeres y menores víctimas de violencia de género	
<i>Katixa Etxebarria Estankona</i>	441
I. Introducción	441
II. La valoración del riesgo en violencia de género	444
1. Los factores de riesgo en violencia de género.....	444
2. La importancia de valorar el riesgo.....	447
III. La valoración y gestión de riesgos en el Convenio de Estambul	451
IV. El sistema de valoración y gestión del riesgo en ordenamiento jurídico español: su acomodación a las previsiones del Convenio de Estambul	453
1. Un marco normativo difuso	453
2. El Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género: el universo VioGén.....	457
A) Su origen.....	457
B) Contenido y finalidad del fichero	458
C) El «caso» como elemento principal del fichero.....	461
D) Instituciones con acceso al sistema	462
3. La valoración policial del riesgo (VPR)	464
A) El protagonismo de las FCSE en la valoración del riesgo	464
B) La recopilación de información y valoración del riesgo.....	465
a) La aplicación del protocolo para la VPR.....	465
b) Estimación inicial a través del formulario VPR. Especial referencia a los factores de riesgo.....	467
c) Valoración de la letalidad: un protocolo dual	471
d) La Valoración Policial de la Evolución del Riesgo: el formulario VPER	474
e) Casos de especial relevancia y menores en situación de especial vulnerabilidad.....	477
f) Niveles de riesgo y adopción de medidas de protección policiales	480
4. La Valoración Forense del Riesgo (VFR).....	484
A) La necesidad de la VFR.....	484
B) Las Unidades de Valoración Forense Integral de violencia de género	487

C)	La Valoración Forense Urgente del Riesgo: antecedentes	489
a)	Protocolo médico-forense de valoración urgente del riesgo de violencia de género de 2011	489
b)	Los casos especialmente relevantes y casos con menores en situación de vulnerabilidad	492
D)	Protocolo de Valoración Forense Urgente del Riesgo de Violencia de Género: un avance importante	493
a)	Un complemento a la VPR: una fotografía más amplia sobre el riesgo y peligro real para la víctima	493
b)	¿Qué es la valoración urgente del riesgo?	495
c)	Principios rectores	496
d)	Metodología empleada: el juicio profesional estructurado	497
5.	La unión de fuerzas entre organismos: avances y limitaciones	499
V.	La valoración del riesgo en Euskadi	502
1.	«La Ley para la igualdad de mujeres y hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres» y sus referencias a la valoración del riesgo	502
2.	El Programa EBA (<i>Emakumeen eta Etxekoen Babesa</i>): el expediente VD/VG en Euskadi	505
3.	La Valoración Policial del Riesgo en Euskadi	507
A)	Modelo y estructura de actuación de la Ertzaintza: ¿especialización?	507
B)	Herramienta de valoración del riesgo: EPV-R	508
C)	Niveles de riesgo y medidas de protección	510
D)	Traslado de información y coordinación con otras FCSE	511
4.	La Valoración Forense del riesgo en Euskadi	512
VI.	Conclusiones	514
Capítulo VIII. La intervención de la víctima en el proceso y problemas derivados de su protagonismo probatorio		
	<i>José Francisco Etxeberria Guridi</i>	517
I.	Introducción	517
II.	Incoación del procedimiento	519
1.	La denuncia como presupuesto de procedibilidad	519
2.	El caso particular de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales	523
3.	La trascendencia del perdón del ofendido en los delitos semipúblicos	526
III.	La víctima epicentro probatorio. Algunas deficiencias desde la perspectiva del Convenio de Estambul	527
1.	Evitar la victimización secundaria: objetivo del Convenio de Estambul	527
2.	¿Cómo descentralizar el testimonio de la víctima? Las pruebas de ADN	530

3. Los problemas derivados del ejercicio por la víctima-testigo de su derecho a la dispensa de la obligación de declarar.....	534
A) El fundamento de la dispensa y los vaivenes interpretativos jurisprudenciales al respecto.....	534
B) La anhelada clarificación acerca de la dispensa por la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.....	543
4. Reiteración de testimonios, victimización secundaria y la prueba preconstituida (¿cómo posible solución?).....	549
A) Evitación de la reiteración de testimonios en el Convenio de Estambul.....	549
B) Preconstitución probatoria como solución. Posibles conflictos con el principio de contradicción.....	550
C) La preconstitución probatoria obligatoria en la LO 8/2021.....	560
IV. Conclusiones.....	567
Capítulo IX. La mediación en violencia de género: ¿prohibición?	
<i>Goizeder Otazua Zabala</i>	569
I. Introducción.....	569
II. Las previsiones del Convenio de Estambul sobre la mediación en los supuestos de violencia de género.....	571
1. La prohibición de la mediación obligatoria en el Convenio de Estambul.....	571
2. Aportaciones de GREVIO en relación al artículo 48 del Convenio de Estambul.....	573
III. La mediación penal en el ordenamiento jurídico español y su encaje en el Convenio de Estambul.....	576
1. La mediación: una aproximación a su concepto, fundamento y características.....	576
A) Concepto.....	576
B) La autonomía de la voluntad como clave de la mediación.....	578
C) Características de la mediación.....	578
2. Breves apuntes sobre la mediación civil y familiar en el ordenamiento jurídico español.....	580
3. La mediación penal: sus bases y ¿desarrollo?.....	583
A) Fundamento de la mediación en el ámbito penal.....	583
B) Marco normativo de la mediación penal.....	584
a) El origen: los instrumentos de Naciones Unidas sobre la justicia restaurativa y el Consejo de Europa.....	584
b) La normativa de la Unión Europea.....	587
c) El ordenamiento jurídico español: su situación embrionaria.....	590
4. La mediación en los supuestos de Violencia de Género.....	599
A) La prohibición categórica de la mediación penal en los supuestos de violencia de género: marco normativo.....	599

B)	Algunas apreciaciones sobre la prohibición legal de la mediación en violencia de género.....	600
a)	La limitación del concepto de violencia de género de la LOMPIVG	600
b)	La confusa ubicación sistemática de la prohibición	602
c)	La excepción de la mediación penal de menores	604
d)	Mediación no, ¿pero, sí conformidad?.....	604
C)	Bases sobre las que se asienta la prohibición de la mediación en violencia de género.....	605
D)	En defensa de la prohibición	609
E)	¿Un cambio de rumbo? Algunas voces y argumentos a favor de la mediación en violencia de género	610
F)	Propuestas <i>lege ferenda</i> para la aplicación de la mediación en violencia de género. ¿Pasos hacia una futura reversión de la prohibición?	614
IV.	Especial referencia a la mediación penal en Euskadi	616
V.	Conclusiones.....	621
Capítulo X. La transversalidad de género en materia de migración y asilo en un contexto de cooperación internacional a la luz del Convenio de Estambul		
	<i>Maite Zelaia Garagarza</i>	625
I.	Introducción	625
II.	Migración, asilo y cooperación internacional en el contexto ELSJ y su incidencia en el sistema competencial español y autonómico	627
1.	La identificación del marco de actuación y la concatenación de sistemas jurídicos	627
2.	La incidencia sobre el sistema competencial español.....	630
III.	El género como eje de la regulación en materia de migración y asilo	642
1.	Aspectos generales	642
2.	La transversalidad de género en los procedimientos vinculados al estatuto de residente	643
3.	El género como base de las solicitudes de asilo	649
4.	La exigibilidad del principio de no devolución	656
IV.	La cooperación internacional	658
1.	La cooperación internacional adquiere una dimensión abierta	658
2.	La cooperación internacional de carácter extrajudicial a modo de fina lluvia.....	659
3.	La cooperación judicial como la estrategia prioritaria en el ámbito europeo y estatal	663
A)	Aspectos generales.....	663
B)	La cooperación judicial diseñada por el Convenio de Estambul a la luz de las Directivas 2011/99/UE Y 2012/29/UE, y el Reglamento UE 606/2013	665
V.	Conclusiones.....	679

Recapitulación	683
I. Punto de partida: el Convenio de Estambul como instrumento de erradicación de las distintas modalidades de violencia contra las mujeres.....	683
II. El inacabado proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul	685
III. Respuesta desde el Derecho Penal al Convenio de Estambul: luces (cumplimiento formal) y sombras (excesivo protagonismo punitivo).....	691
IV. La extensión territorial de la jurisdicción como respuesta frente a la impunidad	695
V. Tres herramientas procesales básicas: el acceso a la jurisdicción, su especialización y las medidas de protección de las víctimas.....	698
VI. La valoración y gestión del riesgo: una herramienta clave para la protección de mujeres y menores víctimas de violencia de género.....	704
VII. La excesiva carga que recae sobre la víctima en la persecución de los hechos delictivos	706
VIII. La mediación en violencia de género: el eterno debate sobre su prohibición y las condiciones para su hipotética incorporación.....	708
IX. La transversalidad de género en las políticas de migración, asilo y cooperación internacional	710
Bibliografía	715

Capítulo X

La transversalidad de género en materia de migración y asilo en un contexto de cooperación internacional a la luz del Convenio de Estambul

Maite Zelaia Garagarza

Profesora Agregada de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

Es innegable que en el momento actual uno de los grandes desafíos a los que deben hacer frente los países europeos y, por ende, la UE, es el de la gestión de los flujos migratorios masivos procedentes de países africanos y asiáticos¹. En este contexto, las mujeres y niñas migrantes son extremadamente vulnerables, en tanto que a su condición de migrante se le añade la situación de riesgo y las formas específicas de violencia que sufren por ra-

¹ En palabras del Consejo de Europa, la salvación masiva de vidas humanas es el objetivo prioritario en la actualidad y la tarea institucional se centra en ordenar las rutas migratorias en el territorio europeo. *Vid.* CONSEJO DE EUROPA-COMISARÍA DE DDHH. *Una llamada de socorro por los derechos humanos*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2021.

zón de género. Precisamente, en muchas ocasiones, los motivos para emigrar de sus países de origen están además vinculados a razones de género, como son las prácticas de mutilación genital femenina (MGF), y los matrimonios, esterilizaciones o abortos forzados.

Precisamente, el Convenio trata de que estas situaciones sean tenidas en cuenta tanto a la hora de conceder o renovar el permiso de residencia como en las concesiones de asilo y las prestaciones subsidiarias. Dicho de otro modo, el Convenio pretende ser un nuevo instrumento para asegurar con una mayor eficacia la protección de las personas que, habiendo solicitado el asilo, se encuentran en escenarios de riesgo por razón de género². Salvo en el caso de la MGF y del aborto o esterilización forzada, el resto de preceptos sobre la violencia física, psicológica, sexual, acoso, acoso sexual o matrimonio forzoso son caracterizados utilizando una fórmula de género neutral, en una suerte de delitos generalizados con un tratamiento ciego respecto del género³. Ahora bien, en un texto externo al propio articulado del Convenio, el *Explanatory Report* que acompaña al mismo, se realiza una aclaración en la que se remite a los Estados la posibilidad de que estos puedan incorporar disposiciones específicas de género en sus normativas internas⁴.

La regulación ofrecida por el Convenio en relación con la Migración y Asilo se recoge en el Capítulo VII, en tres apartados bien diferenciados: 1) El estatuto de residente (art. 59); 2) Las solicitudes de asilo basadas en el género (art. 60); y 3) La no devolución (art. 61). Los tres apartados tienen en común la obligatoriedad impuesta a las partes firmantes del Convenio en la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de los fines previstos. El foco se coloca en la consideración de que las situaciones de abuso, violencia, explotación sexual y otras formas de violencia de género incidan en la normativa que los Estados firmantes adopten en relación con el estatuto de residencia, los procedimientos de asilo, así como en el respeto al principio de no devolución.

Es precisamente en este contexto en el que el Convenio se acerca al instrumento de la Cooperación Internacional (Capítulo VIII) como herramienta que adquiere una doble dimensión: una dimensión amplia, de carác-

² PETITPAS, Elise; NELLES, Johanna. «El Convenio de Estambul: nuevo Tratado, nueva herramienta», *Revista Migraciones Forzadas-RMF*, n.º 4, 2015, p. 83.

³ Un análisis crítico al respecto se realiza en: THILL, Magaly. «El Convenio de Estambul: Un análisis crítico y contextualizado», *Labrys, Études Féministes/Estudios Feministas*, julio 2017-junio 2018, p. 5.

⁴ Véase, CONSEJO DE EUROPA. «Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence», *Council of Europe Treaty Series*, n.º 210, p. 153.

ter extrajudicial, y otra dimensión más específica, de carácter judicial. Así, se incluyen medidas que desde los enfoques civil y penal deben procurar prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia, la protección y asistencia de las víctimas, la investigación de los delitos fijados en el Convenio, así como la aplicación de las sentencias civiles y penales emanadas de los órganos jurisdiccionales de las Partes, incluyendo las órdenes de protección (art. 62.1). A ello se añade que las Partes deberán adoptar las oportunas medidas de cara a que las víctimas de un delito (establecido conforme al Convenio) cometido en el territorio de una Parte distinta de aquella en la que sea residente, pueda presentar denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia (art. 62.2). En este Capítulo adquiere especial relevancia el hecho de que el propio Convenio se erige en base jurídica para la materialización de la cooperación en materia judicial en los casos en que no exista un Tratado firmado entre las Partes (art. 62.3).

II. MIGRACIÓN, ASILO Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO ELSJ Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA COMPETENCIAL ESPAÑOL Y AUTONÓMICO

1. La identificación del marco de actuación y la concatenación de sistemas jurídicos

El ámbito material abordado por el Convenio en los Capítulos VII y VIII enzarza con el ámbito que regula el ELSJ en la UE, objetivo sobre el que se reafirma el art. 3.2 TUE⁵. Por su parte, la referencia a la normativa nacida del Consejo de Europa pasa, además de por la norma nuclear que constituye el Convenio objeto de estudio, por el CEDH y la jurisprudencia emanada por el TEDH (tanto en lo referido al CEDH como al propio Convenio de Estambul)⁶.

⁵ El ELSJ se regula en el Título V TFUE (arts. 67 a 89) donde se fijan las bases de las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, la cooperación judicial en materia civil y en materia penal, así como la cooperación policial. Se incorporan salvedades al régimen general como es el caso de Dinamarca e Irlanda. En el caso de Dinamarca, en base al Protocolo n.º 22, no interviene en el Consejo en la adopción de las medidas incluidas en el Título V. Ello no obstante, desde 2001, aplica el acervo Shengen sobre una base intergubernamental. En cuanto a Irlanda, en base al Protocolo n.º 21, solo interviene en la adopción de medidas específicas tras una decisión de participación (*opt in*). Para un análisis del ELSJ en su conjunto, *Vid.* por todos: HOLZHACKER, Ronald; LUIF, Paul. *Freedom, Security and Justice in the European Union. Internal and external dimensions of increased cooperation after the Lisbon Treaty*, Springer, Viena, 2014.

⁶ La jurisprudencia básica la constituyen las siguientes sentencias: STEDH, *Opuz vs. Turquía*, n.º 33401/02, de 9 de junio de 2009; STEDH, *M.M.R. vs. Holanda*, n.º 64047/10, 24 de mayo de 2016; STEDH, *R.D. vs. Francia*, n.º 34648/14, 16 de junio de 2016; STEDH, *A.A. y otros vs. Suecia*, n.º 14499/09, 28 de junio de 2012; STEDH, *Sow vs. Bélgica*, n.º 27081/13, 19 de enero de 2016.

Pero será el ámbito de la UE el que mayor complejidad genere. Ello obedece a que la migración, el asilo y la cooperación internacional forman parte del eje central de las políticas diseñadas en el citado escenario ELSJ. De modo que, la asunción de lo fijado por el Convenio en esta materia por parte de España se verá tamizada, interferida o nutrida por la normativa dictada por la UE en el mismo ámbito. Como si de una matrioska se tratara, las referencias normativas se ajustan entre ellas en tanto normas cuyo ámbito de aplicación y alcance material pueden ser coincidentes. La UE, en base a sus Tratados y CDFUE, conecta la regulación de la migración, asilo y cooperación internacional al DUE derivado. Finalmente, el ordenamiento jurídico español y, en la medida en que el sistema competencial español lo permita, la normativa autonómica vasca, cierran la estructura reguladora en la materia.

La multiplicidad normativa responde a un sustrato competencial al que es necesario aludir, con un enfoque diverso para cada una de las materias, a saber, la migración y el asilo, por un lado, y la cooperación internacional, por otro. Precisamente, del engranaje normativo (internacional, europeo, estatal y, en su caso, autonómico) sin fisuras que se consiga articular dependerá que la protección de la víctima se pueda garantizar sin espacios huecos⁷. A ello se debe añadir que del carácter de acuerdo internacional del Convenio de Estambul, que no está diseñado teniendo en cuenta una arquitectura institucional y competencial como la de la UE, sino que su objetivo directo son los Estados, se deriva una dificultad añadida en el proceso de vincular jurídicamente a la UE con el Convenio⁸.

En este sentido, la afectación que en materia competencial genera la construcción normativa e institucional internacional y europea sobre el Estado español y la CAV tiene un doble sentido. Por un lado, como Estado integrante de la UE, todo aquello en lo que la UE tiene competencia exclusiva queda sometida a su jurisdicción normativa, y en un segundo escenario, en desarrollo de lo anterior, actuarán los Estados o, en nuestro caso, la CAV. Por otro lado, la posición que la UE adopte en relación con la adhesión al Convenio de Estambul genera que la estructura institucional de la UE como

⁷ AVILÉS PALACIOS, Lucía. «La ratificación por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Entre el *desideratum* y la realidad», en OTAZUA ZABALA, Goizeder; GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander. *Justicia en clave feminista. Reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial*, UPV/EHU, Leioa, 2021, p. 81.

⁸ Precisamente, uno de los aspectos clave observados en relación con la complejidad de la adhesión de la UE al Convenio es la inexistencia de una consideración diferente ni procedimientos ajustados a entidades supranacionales como la UE. Esta idea es el punto de partida de las Conclusiones del Abogado General Sr. Gerard Hogan en el marco del Procedimiento de Dictamen 1/19 (incoado en virtud de una solicitud presentada por el Parlamento Europeo), presentadas el 11 de marzo de 2021.

tal quedará sometida en el desarrollo de sus políticas y creación normativa al cumplimiento del contenido del Convenio, bien en su totalidad o bien en los aspectos en los que se adhiera.

La posición adoptada por las instituciones europeas en relación con la asunción por parte de la UE de los mandatos contenidos en el Convenio en materia de migración, asilo y cooperación internacional, han provocado una amalgama de resoluciones. Lo cierto es que, si bien inicialmente el planteamiento fue el de realizar una adhesión al Convenio en base a una única decisión (propuesta de la Comisión de una decisión al Consejo relativa a la firma del Convenio) y única base jurídica (realizando una adhesión respecto del conjunto de materias incluidas en el Convenio), los debates suscitados en el seno de los órganos preparatorios del Consejo derivaron hacia una estrategia basada en una reducción del alcance de la adhesión al Convenio, vinculando tal adhesión a aquellas competencias exclusivas de la Unión que no generaran controversia. De modo que se altera la base jurídica inicialmente compuesta exclusivamente por el art. 84 TFUE y se le añaden los arts. 82.2, 83.1 y 78.2 TFUE, con el propósito de propiciar que la decisión se aprobara por mayoría cualificada de los miembros del Consejo⁹.

En esta tesitura, la identificación de materias como la migración, el asilo y la cooperación internacional como núcleo competencial en exclusividad de la UE colocan el foco sobre ellas. De ahí que se decidiera que la propuesta de la Comisión al Consejo se refiriera a dos decisiones: la primera, relativa a la cooperación internacional en su vertiente de asuntos relacionados con la

⁹ El hilo de las resoluciones adoptadas por las instituciones europeas responde a una *iter* complejo en el que la Comisión, el Parlamento Europeo, el Consejo e incluso el TJUE van marcando líneas de actuación que, en algunas ocasiones, responden a un mismo procedimiento, pero no siempre. El hilo cronológico es el siguiente: Hoja de Ruta de la Comisión sobre la posible adhesión de la Unión al Convenio de Estambul, de octubre de 2015; Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2016, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul; Decisión (UE) 2017/865, del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal; Decisión (UE) 2017/866 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución; Acuerdo del Consejo de 13 de junio de 2017, instrumento de adhesión de la Unión al Convenio de Estambul, en los ámbitos de cooperación judicial en materia penal y asilo y no devolución; Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión de Consejo relativa a la celebración, por parte de la Unión Europea, del Convenio de Estambul; Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de abril de 2019, por la que se solicita el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de las propuestas relativas a la adhesión de la Unión Europea al Convenio de Estambul y sobre el procedimiento para dicha adhesión 2019/2678(RSP); Conclusiones Abogado General Hogan, cit., y Dictamen 1/19 del TJUE, de 6 de octubre 2021.

cooperación judicial en materia penal (base jurídica arts. 82.2 y 83.1 TFUE)¹⁰ y la segunda, referida al asilo y a la no devolución (base jurídica art. 78.2 TFUE)¹¹. En ambas decisiones se incide en que la firma del Convenio se restringe a los asuntos en los que es competente la Unión pero las «preocupaciones jurídicas» respecto de articular la adhesión en dos decisiones con diversa base jurídica, derivó en que, en una primera solicitud, las comisiones encargadas del desarrollo del procedimiento instaran a los servicios jurídicos del Parlamento Europeo a emitir un dictamen, y que este activara el procedimiento de solicitud de dictamen al TJUE sobre la compatibilidad con los Tratados de la propuesta de adhesión y el procedimiento para ello, en base al art. 218.11 TFUE¹².

Las Conclusiones del Abogado General Hogan emitidas en el procedimiento de solicitud de dictamen así como el propio Dictamen 1/19, tratan de responder a dos cuestiones sustanciales, ambas conectadas al engranaje competencial de la UE. Por un lado, se incide en las bases jurídicas adecuadas para la celebración del Convenio, y, por otro, se cuestiona si la UE puede celebrar el Convenio sin contravenir los Tratados en el caso de que no exista un «común acuerdo» de todos los EEMM para vincularse al Convenio¹³.

2. La incidencia sobre el sistema competencial español

En el marco estatal, en las materias relacionadas con la migración, el asilo y la cooperación internacional, la columna vertebral la constituye el art. 149.1 CE, en sus apartados 2, 3 y 6 (migración y asilo, relaciones internacionales y legislación procesal, respectivamente).

El art. 149.1.2. reserva al Estado la competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, que tiene, en lo que a este trabajo interesa, su reflejo en la LAPS¹⁴. Se trata de una

¹⁰ Decisión (UE) 2017/865 del Consejo, cit.

¹¹ Decisión (UE) 2017/866 del Consejo, cit.

¹² Resolución del Parlamento Europeo de 4 de abril de 2019, cit.

¹³ Conclusiones Abogado General Hogan, cit., apdo. 19. Para un análisis en profundidad de estas cuestiones, puede verse el Capítulo II de esta monografía.

¹⁴ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria (LAPS-Redacción actual conforme a la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado). En esta materia, además de la LAPS, son normas de referencia la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; Acuerdo de Adhesión de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de

competencia que, *ad extra*, contiene una referencia directa a la cooperación en el marco de la UE, al señalar que las autoridades españolas adoptarán las medidas oportunas para el reforzamiento del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)¹⁵. En su proyección *ad intra*, la LAPS señala que «las CCAA, de acuerdo con sus respectivas competencias en los ámbitos sanitario, educativo y social gestionarán los servicios y programas específicamente destinados a las personas solicitantes de asilo, en coordinación y cooperación con la Administración General del Estado»¹⁶. Se produce, de esta manera, un

Schengen (Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1993), Ley Orgánica 4/2015, de 24 de octubre por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. Entre todas las referencias normativas, en lo que aquí interesa, cabe destacar el art. 2 ter apdos. 1 y 2 de la LO 4/2000 en relación con las políticas de integración, convivencia y asunción de valores como la igualdad entre hombres y mujeres, cuando señala que: «1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley. 2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato. Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutario de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración».

¹⁵ El desarrollo del SECA es una de las prioridades de la UE desde 1999, con el objetivo principal de facilitar el acceso al procedimiento de asilo a quienes se encuentren en situación de desprotección y considerada como obligación internacional en base a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Pero las críticas doctrinales a la evolución del derecho de asilo y de la gestión del SECA tampoco faltan. Así, DE LUCAS incide en que, el derecho de asilo, aun disponiendo del rango de un «derecho humano fundamental y universal» ha sufrido una «desnaturalización» provocada por el proceso de «mercantilización» de los derechos con carácter general (DE LUCAS, Javier. «Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, p. 23). Esta desnaturalización genera un impacto más agresivo en aquellas personas solicitantes de asilo con mayor carga de vulnerabilidad y, por tanto, en el caso de las víctimas por violencia de género incidirá de un modo más virulento, lo que derivará en una necesidad de adoptar mecanismos paliativos de este aspecto devaluador del derecho de asilo.

¹⁶ Disposición Adicional Cuarta, par.1 LAPS. El alcance competencial (limitado) que para las CCAA tiene esta disposición en materia de asistencia social se evalúa en la STS 1639/2020, de 1 de diciembre de 2020, en relación con el recurso contencioso-administrativo (n.º 281/2019) interpuesto por la Generalitat de Cataluña contra el Real Decreto 302/2019, de 26 de abril de 2019, por el que se regula la concesión directa de una subvención a Cruz Roja Española, Comisión Española de Ayuda al Refugiado y ACCEM para el refuerzo de la actuación de primera acogida dentro del Sistema Nacional de Acogida e Integración de personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional. El TS desestima el recurso contencioso y considera que el hecho de que los servicios recogidos en el contenido del

reconocimiento a la función que las CCAA pueden cumplir en este espacio por ser las entidades que materializan el derecho de acogida y el de integración social¹⁷. Es, en definitiva, un reconocimiento jurídico a la exigencia de una distribución competencial equilibrada en esta materia¹⁸.

Precisamente, es el art. 148.1.20 CE el que permite que las CCAA asuman competencias en materia de asistencia social¹⁹. En el caso de la CAV²⁰, las acciones que conectan con la materia reservada al Estado en el art. 149.1.2 CE, y que podrían incidir en aspectos vinculados a la migración y asilo, encajan en los siguientes ámbitos competenciales estatutarios: asistencia social (art. 10.12 EAPV), desarrollo comunitario, políticas de género, infancia, juvenil y tercera edad (art. 10.39 EAPV), estadística (art. 10.37 EAPV) y ejecución de la legislación laboral (art. 12.2 EAPV).

A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha marcado una línea que podría calificarse, de inicio, como restrictiva del alcance limitador del art. 149.1.2 CE. La STC 31/2010 ha interpretado que las competencias esta-

Real Decreto y de las disposiciones autonómicas sean materialmente de la misma naturaleza es algo admisible por dos motivos: «En primer lugar, porque tienen lugar en momentos y lugares distintos y porque aquellos responden a una determinación legal específica. Y, en segundo lugar, porque no desapoderan ni menoscaban la competencia de la Generalitat de Cataluña en materia de fomento según el artículo 114.2 del Estatuto de Autonomía, ni en la de inmigración [...]» (FJ 4).

¹⁷ MIÑARRO YANINI, Margarita. *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los refugiados*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018, p. 86.

¹⁸ Para un acercamiento al efecto que genera la distribución competencial en los derechos de la ciudadanía, ver, por todos: GAVARA DE CARA, Juan Carlos (ed.). *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Bosch, Barcelona, 2010.

¹⁹ Sobre el alcance material concedido por la reciente jurisprudencia constitucional a este precepto, véanse las SsTC 82/2020, de 15 de julio de 2020; 25/2020, de 13 de febrero de 2020, y 2/2018, de 11 de enero 2018.

²⁰ En el caso de la CAV, su estructura institucional interna en TTHH y el reparto competencial entre estas y las instituciones comunes vascas, incorporan una mayor complejidad en el entramado competencial. La Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos (artículo 1, LTH) ordena la distribución competencial y asigna a los TTHH la competencia de ejecución en materia de asistencia social y desarrollo comunitario, condición femenina, política infantil, juvenil y de la tercera edad, sin perjuicio de la acción directa que las instituciones comunes puedan ejercer en dichos ámbitos (artículo 7.c) 1 y 2, LTH). El último escalón institucional lo compone el nivel local, regulado por la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE). Se trata de la competencia referida a la acogida de las personas refugiadas en los municipios vascos y asigna a las entidades locales la «gestión de las políticas de integración social en materia de inmigración, de acuerdo con la legislación en materia de extranjería y en cooperación con las instituciones autonómicas» (art. 17.1.35, LILE). *Vid.* al respecto: LUCAS AREIZAGA, Sofía; SOBOTOVICOVA, Simona; ZARAUZ GOYOAGA, Casilda. «La situación de las personas refugiadas en la CAPV. Informe de investigación», *Colección Derechos Humanos «Juan San Martín»*, n.º 9, 2020, pp. 64-67.

tales en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, con carácter general, deben respetar las competencias autonómicas y solo se limitarán cuando afecte a las actuaciones ejecutivas en materia de extranjería en sentido estricto (entrada, residencia, trabajo y régimen sancionador). Además, considera que es constitucional la previsión estatutaria (catalana, en el asunto referido) sobre que Cataluña pueda participar en las decisiones estatales sobre extranjería, en el caso de que tales decisiones tengan especial transcendencia para esa CA. El TC deja claro que el fenómeno de la inmigración incorpora necesariamente aspectos que van más allá del núcleo duro del mismo, sobre todo aquellos vinculados a la prestación de servicios sociales (educación, sanidad, asistencia social, vivienda, formación profesional, cultura...). De ahí que la integración de las personas inmigrantes constituya «un pilar básico de cualquier planteamiento que quiera hacerse del fenómeno migratorio, resultando que en dicha integración determinados aspectos claves vendrían configurados por las políticas autonómicas de naturaleza social, sin relegar la competencia que ostenta el Estado, lo que pondría de manifiesto que la imbricación entre unas y otras competencias es inescindible»²¹.

En esta misma línea, cabe citar la STS 5156/2016²², en la que, de nuevo en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la competencia autonómica referida a la asistencia social con base jurídica en el art. 148.1.20 CE, en lo referido a las acciones de fomento destinadas a personas inmigrantes, se interpreta a favor de la Generalitat. De modo que la actual situación de la inmigración no permite que el título competencial del art. 149.1.2 CE sea interpretado como «un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales sectoriales de las CCAA»²³. Incide la STC 87/2017 en que la competencia estatal del 149.1.2 CE no le otorga al Estado competencia normativa de carácter horizontal para establecer las condiciones básicas de igualdad entre todos los extranjeros que se encuentren en territorio del Estado²⁴.

²¹ STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, FJ 75. La competencia en materia de integración de las personas inmigrantes es una competencia que *de facto* está compartida entre el Estado, las CCAA y los propios municipios. FERNÁNDEZ SUÁREZ, Belén. *¿Quién gobierna? Políticas públicas e integración de inmigrantes en España*, Tirant lo Blanc/INAP, Madrid, 2018, pp. 59-60.

²² STS 5156/2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, 28 de noviembre de 2016, FJ 2 y 4.

²³ La jurisprudencia constitucional que avala esta posición se identifica con las siguientes sentencias: STC 227/2012, de 29 de noviembre de 2012; STC 26/2013, de 31 de enero de 2013; STC 154/2013, de 10 de septiembre de 2013; STC 33/2014, de 27 de febrero de 2014; y STC 78/2014, de 28 de mayo de 2014.

²⁴ La dinámica normativa desarrollada en los EEAA de nueva generación se analiza en: MARZAL YÉTANO, Elia. «Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración», *Revista de Derecho Político*, n.º 98, enero-abril 2017, pp.127-130.

Por contra, confirma que los títulos competenciales estatales de carácter sectorial y la potestad de fomento pueden incidir en la integración social de las personas inmigrantes²⁵.

En este contexto, Cataluña es la única CA que dispone de la competencia sobre inmigración transferida, en base al art. 138 del Estatuto catalán²⁶. Lo cierto es que los fenómenos migratorios masivos hacen pensar que las CCAA precisarán de herramientas para gestionar las acogidas de las personas migrantes y, volviendo al caso vasco, esta es una de las cuestiones que actualmente es objeto de negociación entre los gobiernos español y vasco. El único modelo de transferencia vigente en la materia es el catalán y se refiere básicamente a los siguientes aspectos: las funciones de primera acogida²⁷, la autorización de trabajo de las personas extranjeras²⁸, el régimen de inspección y sanción²⁹ y la participación en las funciones de la AGE³⁰.

²⁵ Los nuevos EEAA han asumido competencias en la materia dando traslado normativo a algo que ya se venía ejerciendo en la práctica. VIDAL FUEYO, Camino. «Las leyes autonómicas en materia de inmigración: algunas reflexiones respecto de su necesidad y contenido», en MATIA PORTILLA, Francisco Javier (ed.) y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (coord.). *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 29.

²⁶ La transferencia se ejecuta a través del Real Decreto 1463/2009, de 18 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de inmigración: autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. El art. 46.2 del Estatuto Catalán (LO 6/2006, de 19 de julio) incluye el mandato a los poderes públicos para emprender las acciones necesarias destinadas al establecimiento de un régimen de acogida de las personas inmigrantes y a la promoción de políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de esas personas, la igualdad de oportunidades, las prestaciones y las ayudas que permitan su pleno acomodo social y económico y la participación en asuntos públicos. Con un mayor detalle, el art. 138 del Estatuto incorpora estas competencias. Para un análisis de la cuestión competencial previo a la transferencia, *vid.* GARCÍA MURCIA, Joaquín y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia. «La distribución de competencias en materia de inmigración», *Temas laborales*, vol I., n.º 100, 2009, pp. 227-263; MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL FUEYO, Camino. *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

²⁷ Estas funciones de primera acogida incluyen: establecimiento y regulación de medidas necesarias para la integración social y económica; establecimiento y regulación de medidas de integración lingüística para facilitar y promover el conocimiento y uso normalizado de la lengua propia junto con el castellano; promoción e integración de las personas regresadas a la CAV e impulso a las políticas y medidas para facilitar el retorno.

²⁸ La autorización de trabajo de las personas extranjeras en la CAV incluye: tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo de las personas trabajadoras extranjeras por cuenta propia o ajena; tramitación y resolución de los recursos presentados contra las resoluciones de las autorizaciones iniciales de trabajo.

²⁹ El régimen de inspección y sanción incluye: tramitación y resolución de los expedientes de inspección y sanción en materia de inmigración; tramitación y resolución de los recursos presentados contra las resoluciones recaídas en materia de inspección y sanción.

³⁰ Se refiere a la participación en las decisiones del Estado en materia de inmigración con especial transcendencia para Cataluña.

Lo cierto es que, considerando insuficiente el formato catalán, el ejecutivo vasco ha desarrollado un *petitum* que incorpora la ejecución de la legislación comunitaria y estatal en materia de trabajo, de modo que ello permitiera asumir funciones en la tramitación y resolución de los permisos y no solo en las autorizaciones iniciales. Ello permitiría que las autoridades autonómicas pudieran incorporar la perspectiva de protección de las mujeres víctimas de violencia de género en el sentido que el Convenio de Estambul requiere en los procedimientos que se sustancien bajo su competencia. Asimismo, se insiste en que los instrumentos de colaboración de la CAV con el Estado podrían tener carácter bilateral³¹.

Refiriéndonos al Capítulo VIII del Convenio en relación con la cooperación internacional, esta materia se engloba en dos títulos competenciales. Por un lado, si atendemos a la cooperación internacional con carácter general, el título competencial habilitante para el ejercicio de competencias se encuadra en el art. 149.1.3 CE. Por otro, en lo referente a la cooperación internacional en materia judicial, debe añadirse el título competencial que aporta el art. 149.1.6 CE.

El alcance concedido a la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales del art. 149.1.3 CE ha generado una alta conflictividad entre el Estado y las CCAA desde el inicio, además de numerosa literatura doctrinal al respecto³², no siempre acorde con la jurisprudencia constitucional³³. La cuestión se ha centrado en desgajar las relaciones internacionales, la actividad autonómica con proyección exterior y la participación en asuntos europeos³⁴. La posición inicial del TC fue la de realizar

³¹ GOBIERNO VASCO-DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO. «Ficha 14: Inmigración», <https://legegunea.euskadi.eus/inicio/> [última consulta: 10-01-2022].

³² *Vid.* por todos, el análisis realizado en la década de los noventa en relación con el art. 149.1.3 CE por BUSTOS GISBERT, Rafael. *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1996.

³³ Una jurisprudencia iniciada por la STC 165/1994, de 26 de mayo de 1994.

³⁴ Puede afirmarse con MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES que es preciso incorporar en la combinatoria dos aspectos más sobre el propio diseño de actuación competencial fijado por el art. 149.1.3 CE y la jurisprudencia constitucional dictada al respecto. La primera de estas ideas se refiere a que, desde una perspectiva de Derecho Internacional, «el hecho de que los entes subestatales tengan algún tipo de participación en la acción exterior del Estado depende única y exclusivamente de la opción constitucional por la que opte cada Estado». En base al principio de autoorganización de cada Estado, si la Constitución del Estado lo prevé, el Derecho Internacional no puede impedir que los entes subestatales establezcan relaciones con otros Estados en calidad de sujetos de Derecho Internacional. En definitiva, los entes subestatales podrán concluir tratados internacionales en las materias sobre las que tengan competencia en base a la Constitución del Estado. Y la segunda de las ideas se refiere a que tras la incorporación de España a las Comunidades Europeas es preciso deslindar las relaciones exteriores de lo que son propiamente actuaciones autonómicas en materia europea. El TC ha sido tajante en este sentido al señalar que «cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura

una interpretación pegada a la literalidad del precepto constitucional: «el artículo 149.1 de la Constitución utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal, diversas técnicas [...] Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente entre la reserva de toda una materia (Relaciones Internacionales, Defensa y Fuerzas Armadas, Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso, la reserva estatal impide, no ya que una CA pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado»³⁵. El TC adoptó como base de su argumentario jurídico el art. 97 CE, con clara exclusión de las CCAA de la materia³⁶.

Ahora bien, parte de la doctrina marcó una línea argumental que no era acorde con la jurisprudencia constitucional, por considerar que el contenido del art. 148.1 CE, referido a materias sobre las que las CCAA podían asumir competencias, podría verse vaciado, debido a que cualquiera de las materias del listado era apta para disponer de proyección exterior. De modo que el planteamiento doctrinal discrepante de la jurisprudencia constitucional se decantaba por deslindar un «núcleo duro»³⁷ en la materia de las relaciones internacionales en la que el Estado mantuviera su exclusividad, permitiendo que el resto de ámbitos materiales quedaran disponibles para las CCAA³⁸.

jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales, pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como el interno». MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. «El Derecho de información de las CCAA en los procesos de celebración de tratados internacionales: evolución a la luz de la práctica y de las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía», en AJA, Eliseo (coord.). *Informe de las Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2008, pp. 89-90.

³⁵ STC 35/1982, de 14 de junio de 1982.

³⁶ Esta es la línea jurisprudencial que se sigue, entre otras, en las siguientes sentencias: STC 44/1982, de 8 de julio de 1982; STC 154/1985, de 12 de noviembre de 1985 y STC 137/1989, de 20 de julio de 1989. Un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional inicial en esta materia se realiza en CONDE MARTÍNEZ, Carlos. *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. La institucionalización de gobiernos territoriales y la integración internacional*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 61 y ss.

³⁷ Concepto que ya venía siendo utilizado por GONZÁLEZ PÉREZ, Manuel. «La acción exterior del Estado y las Autonomías: Desarrollos en la práctica estatutaria», en AA.VV. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, UPV/EHU, Leioa, 1986, p. 265.

³⁸ Destacamos la siguiente doctrina: REMIRO BROTONS, Antonio. «La actividad exterior del Estado y las Comunidades Autónomas», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, Manuel (ed.). *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 353 y ss.; del mismo autor, *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, vol. I; del mismo

En la materia que nos ocupa (la protección de la mujer como víctima de violencia de género), es el apdo. 20 referido a la asistencia social el que con esta interpretación restrictiva pudiera haber sufrido limitaciones, impidiendo que las autoridades autonómicas actuaran a través de esta línea competencial en materia de asistencia social.

Este posicionamiento jurisprudencial varía con la STC 165/1994³⁹ que reserva en exclusiva al Estado materias clásicas de carácter internacional como la representación exterior del Estado (arts. 56.1 y 63.1 CE), el *ius ad tractatum* (arts. 93 y 94 CE), la responsabilidad del Estado, la determinación de la posición española en materia exterior (art. 97 CE), así como el resto de cuestiones expresadas en el artículo 149.1 CE con una dimensión exterior propia (entre otros, la nacionalidad, la inmigración, la emigración, la extranjería y el derecho de asilo)⁴⁰. Se trata de una reserva del Estado cuando se trate de «las relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho Internacional»⁴¹. Salvados estos aspectos centrales, las CCAA podrían desarrollar actividades con proyección exterior que resultaran necesarias para el ejercicio de sus competencias constitucional y estatutariamente reconocidas⁴².

autor, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1985; MANGAS MARTÍN, Araceli. «Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 61, 1980, pp. 143-185; de la misma autora, *Derecho Comunitario europeo y Derecho español*, 1.ª edición, Tecnos, Madrid, 1986; JAUREGUI BERECIARTU, Gurutz. *Las Comunidades Autónomas y las relaciones internacionales*, IVAP, Oñati, 1986; BAÑO LEÓN, José María. *Las Comunidades Autónomas en la Comunidad Europea*, IVAP, Valencia, 1987; MORATA I TERRA, Francesc. *Autonomía regional e integración europea*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1987.

³⁹ La STC 153/1989, de 7 de octubre de 1989 (en un conflicto positivo de competencias sobre actividades de relevancia internacional de las CCAA) había recogido previamente que no existe impedimento constitucional para que una CA pueda desarrollar acciones con proyección o dimensión internacional. Ya en el voto particular de la STC 127/1987 se criticaba la rigidez y expansividad con la que se trataban las relaciones internacionales. Sobre la contraposición entre ambas tesis, ver: CASANOVAS I LA ROSA, Oriol. «La acción exterior de las comunidades autónomas y su participación en la celebración de tratados internacionales», en PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel (dir.). *La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*, vol. I, IVAP, Vitoria-Gasteiz, 1994, pp. 56-58.

⁴⁰ Art. 149.1 apdos. 2, 10, 11, 16 y 20 CE. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. «El Derecho de información...», cit., p. 89.

⁴¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «Estado, Comunidades Autónomas y acción exterior en el ordenamiento constitucional español», *Foro, Nueva Época*, n.º extraordinario 0, 2004, p. 115. La reserva estatal se ve ampliada por la posibilidad del Estado de fijar medidas de regulación y coordinación de la actividad comunitaria con dimensión externa, con el objetivo de «evitar o remediar los eventuales perjuicios que sobre la dirección y ejecución de la política exterior pudieran desencadenar aquellas actividades autonómicas», pp. 116-117 del mismo trabajo.

⁴² FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE realiza un balance de esta actuación en: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos. *La acción exterior de las Comunidades Autónomas* –

La línea jurisprudencial iniciada por la STC 165/1994 ha sido desarrollada profusamente en las siguientes décadas y coincidimos con PÉREZ TREMPs en que las conclusiones más relevantes se sintetizan en los siguientes aspectos: a) cualquier conexión exterior de una actuación no supone la competencia del Estado para llevarla a cabo: la acción exterior de las CCAA es constitucionalmente factible «en la medida en que los poderes centrales ni agotan ni pueden agotar toda la acción exterior y en que las competencias autonómicas no pueden dissociarse de la misma»; b) la autonomía es el fundamento constitucional de las actuaciones exteriores de las CCAA. En este sentido, la autonomía, considerada como conjunto de competencias y defensa de intereses, justifica la acción exterior de las CCAA y «la interdependencia entre la actuación exterior y las competencias propias no debe entenderse en un sentido estricto y de instrumentalidad inmediata»; c) la actuación exterior de las CCAA está sujeta a límites: estos límites se conectan a los ya mencionados *ius contrahendi* (identificado *de facto* con el *treaty making power*), la imposibilidad de crear obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, de generar responsabilidad del Estado frente a otros Estados y de no incidir en la política exterior del Estado, y el *ius legationis*⁴³.

Siguiendo esta línea, los EEAA de nuevo cuño han incorporado esta diferenciación: por un lado, las relaciones internacionales reservadas al Estado y, por otro, la actuación autonómica con dimensión exterior, y en el seno de esta segunda, la actividad autonómica en los asuntos europeos y la acción exterior con un carácter más amplio. Así, las normas estatutarias incorporan la «Acción exterior» como capítulo propio con el objetivo de conceder estatus jurídico a una actividad que las CCAA venían desarrollando sin previsión normativa y teniendo como referencia el contenido del Estatuto de Autonomía de Cataluña en esta materia, algunas de cuyas previsiones fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad⁴⁴. Con carácter general, los preceptos estatutarios se ordenan en dos partes: por una parte, las previsiones de carácter general sobre la acción exterior, cuyo objetivo principal es el de fijar que la CA dispone de capacidad para desarrollar acciones con proyección exterior (directamente o a través del Estado) que sean derivación de sus competencias. En la base de esta capacidad autonómica se encuentra la obligación de

Balance de una práctica consolidada, Dilex-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2001, pp. 215 y ss. Vid. asimismo SOBRINO HEREDIA, José Manuel. *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. Especial referencia a Galicia*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 2001, p. 29.

⁴³ PÉREZ TREMPs, Pablo. «La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Cataluña», en AA.VV. *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, IEA, Barcelona, 2004, pp. 355-366.

⁴⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. «El Derecho de información...», cit., p. 94.

la CA de proyectarse en el exterior y de promover sus intereses, actividad que ha de desarrollar respetando la competencia del Estado en materia de relaciones exteriores⁴⁵. Se trata del soporte sobre el que se asienta la estructura participativa que viene diseñada posteriormente en el segundo bloque. En este segundo bloque se desarrollan las previsiones específicas en relación con las actividades o herramientas de acción exterior. Los mecanismos propuestos por los distintos EEAA pueden englobarse en los siguientes apartados: las oficinas autonómicas en el exterior (que cumplen la finalidad de promover los intereses de la Comunidad Autónoma)⁴⁶; la firma de acuerdos de colaboración (con el objetivo de promover los intereses de la Comunidad Autónoma en su ámbito competencial)⁴⁷; el derecho a recibir información sobre los Tratados y convenios internacionales que afecten directa y singularmente a las Comunidad Autónoma⁴⁸, la solicitud al Estado para la celebración de Tratados internacionales en materias competenciales autonómicas⁴⁹ y para integrar representantes autonómicos en las delegaciones negociadoras del gobierno del Estado⁵⁰, la cooperación transfronteriza, interregional y al desarrollo⁵¹, la coordinación de las actividades de acción exterior de otros entes locales y otros entes públicos⁵², y la participación en la proyección internacional de las organizaciones autonómicas⁵³.

De toda esta batería de mecanismos para la acción exterior autonómica, las referidas a la suscripción de acuerdos de colaboración en su ámbito de competencias, la participación en organismos internacionales, la coordinación de acciones exteriores de otros entes y la promoción de la proyección internacional de las organizaciones autonómicas han sido objeto de recurso de in-

⁴⁵ Art. 193 EAC, art. 101 EAIB, art. 67.1 EACyL, art. 96. 1 y 2 EAAr, art. 62.2 EAV, art. 68 bis LORAFNA. En el caso del EAC, este precepto que sirve de fundamento al resto, no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad.

⁴⁶ Art. 194 EAC, art. 67.3 EACyL, art. 96.1 EAAr, art. 68 bis 2 LORAFNA.

⁴⁷ Art. 195 EAC, art. 101.3 EAIB, art. 67.2 EACyL, art. 96.2 EAAr, art. 241 EAA, art. 62.5 EAV.

⁴⁸ Art. 196.1 EAC, art. 102.1 EAIB, art. 68.3 EACyL, art. 97.2 EAAr, art. 240.1 EAA, 62.1.d EAV, art. 68 bis 2 LORAFNA. Se trata de un instrumento indirecto de extraordinaria relevancia al que no se le ha concedido la transcendencia que le corresponde y ha sido tratado como el «hermano pobre» de la acción exterior de las Comunidades Autónomas. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. «El Derecho de información...», cit., p. 83.

⁴⁹ Art. 196.3 EAC, art. 102.3 EAIB, art. 68.1 EACyL, art. 97.2 EAAr, art. 240.3 y 243 EAA, art. 68 bis 3 LORAFNA.

⁵⁰ Art. 196.2 EAC, art. 102.2 EAIB, art. 68.3 EACyL, art. 97.2 EAAr, art. 240.2 EAA, art. 62.1.b EAV, art. 68 bis 3 LORAFNA.

⁵¹ Art. 197 EAC, arts. 103 y 105 EAIB, art. 67.4 EACyL, art. 98 EAAr, art. 62.3 y 4 EAV. Sobre estos mecanismos de acción exterior, puede verse: MARTÍN MALLÉN, Juan Carlos. «La participación institucional y política de las regiones en los organismos europeos», en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (ed.). *De la reforma estatutaria*, Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza, 2005, pp. 387-394.

⁵² Es el EAC el único que regula este mecanismo en el art. 199.

⁵³ Art. 200 EAC, art. 104 EAIB, art. 67.2 EACyL, art. 242 EAA, art. 62.1.c EAV.

constitucionalidad, aunque ninguna de las impugnaciones ha sido estimada por el TC en la STC 31/2010. En relación con el derecho que el Estatuto de Autonomía de Cataluña concede a la Generalitat para suscribir acuerdos de colaboración en el ámbito de sus competencias⁵⁴, el TC considera que de esta regulación no se puede deducir el ejercicio de un *ius contrahendi*, ni que la actividad que se vaya a desarrollar origine obligaciones frente a poderes públicos extranjeros, ni tampoco que afecte a la política exterior del Estado, ni que genere responsabilidad del Estado frente a Estados extranjeros u organizaciones internacionales, todos ellos límites infranqueables por la actividad exterior de la CA. Aunque el precepto no recoja expresamente que esta actividad respeta tales límites, la mención al respeto de la competencia del Estado en materia de relaciones exteriores efectuada en el artículo que sirve de cabecera a la acción exterior se ha considerado suficiente⁵⁵.

De todo ello podemos extraer que, la limitación *ab initio* que se plantea respecto de que las CCAA puedan gozar de la condición de sujeto de Derecho Internacional es algo incuestionable⁵⁶. Ahora bien, en relación con la cooperación internacional, en su vertiente extrajudicial, si la competencia ejercida materialmente en el ámbito estatal corresponde a la CA, la mera proyección internacional o que la actuación autonómica adquiera dimensión internacional no es causa suficiente para determinar que la competencia se convierta en estatal. De ahí que cuando se trate de competencias que no conlleven ejercicio de *ius contrahendi*, podrán ser desarrolladas por la CA. Trasladando este argumento al Capítulo VIII del Convenio de Estambul, el espacio en el que la CA podría tener un acomodo podría ser, en su caso, el referido en el art. 62.4, englobándolo en la actividad autonómica vinculada a la cooperación al desarrollo⁵⁷.

⁵⁴ Art. 195 EAC.

⁵⁵ STC 31/2010, cit., FJ 126 y 129.

⁵⁶ ZELAIA GARAGARZA, Maite. «Las Comunidades Autónomas y la participación exterior y judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras las reformas estatutarias», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 26, 2012, pp. 30-43.

⁵⁷ Sin entrar en colisión con la cooperación a nivel estatal, las nuevas concepciones de la cooperación descentralizada pueden ofrecer distintas opciones que podrían servir de complementarias a la propia actuación estatal. Tal es caso de los programas y acuerdos desarrollados por entidades subestatales e incluso entidades no gubernamentales que alineados con los ejes institucionalmente marcados pueden aportar *know-how* y conocimiento del terreno. En el caso de la CAV, el Programa de Gobierno 2020-2024, XII legislatura «Euskadi en marcha», establece en su Compromiso 105 la elaboración y aprobación de una nueva Ley Vasca de cooperación para el desarrollo que dispone de una línea de trabajo vinculada a la promoción de la igualdad. Vid. UNCETA SATRÚSTEGUI, Koldo. *Informe sobre la Ley vasca de cooperación para el desarrollo*, Agencia Vasca de cooperación para el desarrollo, Vitoria-Gasteiz, 2021. https://www.elankidetzta.euskadi.eus/contenidos/informacion/planificacion_avcd/es_def/adjuntos/IV_Plan_Director_version_final_CR-CG.pdf [última consulta: 10/01/2022].

Como se ha avanzado, el Capítulo VIII del Convenio de Estambul también introduce una categoría específica de cooperación internacional como es la judicial, tanto en su vertiente civil como penal. En este terreno, entra en el tablero de juego el título competencial recogido en el art. 149.1.6 CE, referido a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las CCAA». Si bien la STC 47/2004⁵⁸ es la resolución central en la materia, previamente las SsTC 71/1982 y 83/1986 ya fijaron el núcleo sobre el que gira la exclusividad en materia de legislación procesal, que no es otro que el concepto de salvaguarda de la uniformidad de los mecanismos jurisdiccionales⁵⁹.

La cuestión se centra en si la salvedad constitucional referida a las particularidades del Derecho sustantivo de las CCAA pudiera dar cauce a la aprobación de normas autonómicas en desarrollo del Capítulo VIII del Convenio de Estambul, algo que en base a la jurisprudencia constitucional predominante no tendría viabilidad. Y es que la jurisprudencia constitucional ha considerado que la competencia que excepcionalmente se concede a las CCAA no habilita para que se puedan aprobar normas procesales vinculadas al Derecho sustantivo creado en el marco de sus competencias autonómicas, sino que las singularidades procesales deberán limitarse a las que tengan una vinculación directa con las especificidades del Derecho sustantivo autonómico y sean requeridas por el mismo⁶⁰. Las meras innovaciones de carácter procesal o *novum* que no tengan base justificatoria en la especialidad del Derecho sustantivo autonómico no podrán ser consideradas constitucionales⁶¹. Se trata en palabras de CABELLOS de la «uniformidad de los instru-

⁵⁸ STC 47/2004, de 25 de marzo de 2004, en relación con el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley autonómica sobre el recurso de casación civil foral de Galicia.

⁵⁹ SsTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio de 1986, FJ 2 y 173/1998, de 23 de julio de 1998, FJ 16 c).

⁶⁰ SsTC 123/1988, de 23 de junio de 1988, FJ 2; 47/2004, cit., FJ 4; 243/2004, de 16 diciembre de 2004, FJ 6; 135/2006, de 27 de abril de 2006, FJ 2 e); y 31/2010, cit., FJ 27.

⁶¹ STC 21/2012, de 16 de febrero de 2012, FJ 7 y 9. Este posicionamiento restrictivo ya se había definido en la STC 71/1982, en relación con la Ley vasca 10/1981 del Estatuto del consumidor. La ley autonómica introduce dos vías de legitimación para suscitar la defensa de intereses colectivos cuya constitucionalidad dependerá de si ambas variaciones tienen encaje (o no) en el Derecho sustantivo vasco. A lo que el TC responde de modo tajante señalando que la atribución de la legislación procesal al Estado y, por tanto, la determinadora de la legitimación, como toda regla del proceso que no esté justificada por la indicada particularidad, responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» (FJ 20). Lo mismo sucede en el caso de la Ley de normalización lingüística de Cataluña, que crea un supuesto de legitimación activa a favor del Consejo Ejecutivo de la Generalitat que el TC declara inconstitucional (STC 83/1986, cit., FJ 2).

mentos jurisdiccionales como presupuesto y la inevitabilidad de las especialidades procesales como requisito»⁶².

En lo referido a la normativa procesal penal, el TC se mantiene en la posición anterior e incluso con una mayor incidencia en la consideración de que existe invasión de la competencia estatal en materia de legislación procesal penal si no se justifican las peculiaridades sustantivas en el Derecho autonómico que justifiquen la aprobación de la norma autonómica⁶³. Es de referencia también en este ámbito la STC 31/2010, en la que el TC validó que el gobierno autonómico pudiera intervenir en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal con incidencia en el ámbito competencial de los menores, ya que el Estado dispone de la potestad para fijar el tipo de participación de las entidades autonómicas⁶⁴.

III. EL GÉNERO COMO EJE DE LA REGULACIÓN EN MATERIA DE MIGRACIÓN Y ASILO

1. Aspectos generales

En una clara identificación con la posición adoptada por el CEDH en relación con la titularidad de los derechos reconocidos en el mismo⁶⁵, el Convenio de Estambul también opta por un *locus standi* amplio en cuanto a la aplicación de las medidas de protección de los derechos de las víctimas, al referirse a que no podrá discriminarse, entre otros, a las personas emigrantes o refugiadas⁶⁶. De tal suerte que todas las víctimas que se encuentren en el marco de la jurisdicción del Estado, gozarán de la protección ofrecida por el Convenio independientemente de que se trate de nacionales, personas migrantes (regularizadas o que no lo sean), personas refugiadas o solicitantes de asilo. Se elude, por tanto, el parámetro de aplicación personal del Convenio, acudiendo al término «jurisdicción», que supera al de «territorio»⁶⁷. Ciertamente, los pasajes en los que mujeres y niñas que buscaban asilo han sufrido graves violaciones por motivo de género en sus largos trayectos hacia

⁶² CABELLOS ESPIERREZ, Miguel Ángel. «Las garantías procesales de los derechos estatutarios. Aspectos competenciales y jurisdiccionales», *Lex Social-Revista de los derechos sociales*, n.º 1, 2011, p. 43.

⁶³ STC 243/2004, cit., FJ 2.

⁶⁴ STC 31/2010, cit., FJ 104.

⁶⁵ Art. 1 CEDH.

⁶⁶ Art. 4.3 Convenio de Estambul.

⁶⁷ La aportación realizada por el TEDH a través de su jurisprudencia en torno a la eficacia extraterritorial del CEDH se puede encontrar en: GONZÁLEZ VEGA, Javier. «¿Colmando los espacios de “no Derecho” en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», *AEDI*, vol. 24, 2008, pp. 141 y ss.

y en países europeos, en los campos de personas refugiadas o en los centros de acogida, sometidas incluso a actividades de explotación sexual, no son aislados. De ahí que la extrema vulnerabilidad de las mujeres migrantes sea tenida en consideración en el Convenio y se las erija en titulares de todos los medios de protección que el Convenio recoge⁶⁸. Aun cuando, incluso en la actualidad, la política de asilo e inmigración se califica como una política neutral en materia de género, nada más lejos de la realidad⁶⁹. No hay más que ver el diverso efecto que generan las políticas supuestamente neutrales en mujeres y hombres⁷⁰. Una invisibilidad que las mujeres migrantes padecen a pesar de la aportación de las mismas al desarrollo económico y social de los EEMM de la UE, siendo las principales afectadas por la pobreza, exclusión social y violencia⁷¹.

2. La transversalidad de género en los procedimientos vinculados al estatuto de residente

Con un planteamiento novedoso, el art. 59 Convenio incorpora la posibilidad de obtención del permiso de residencia autónomo por parte de las mujeres migrantes cuya situación de residencia dependa del de su cónyuge o pareja de hecho, en los supuestos de «disolución del matrimonio o de la relación, en situaciones particularmente difíciles, con independencia de la duración del matrimonio o de la relación»⁷². Será el Derecho estatal el que fije las condiciones a cumplir para la concesión y respecto de la duración del permiso de

⁶⁸ Una reflexión en torno a la discriminación múltiple y la discriminación interseccional que pueden sufrir las mujeres migrantes o asiladas y las diferencias existentes entre ambos conceptos, se puede encontrar en: SERRA CRISTOBAL, Rosario. «El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n.º 27, 2020, pp. 137-158.

⁶⁹ FREEDMAN, Jane. «Mainstreaming Gender in EU Immigration and Asylum Policy», en MACRAE, Heather; WEINER, Elaine (eds.). *Toward gendering institutionalism*, Rowman & Littlefield International, London/New York, 2017, p. 149.

⁷⁰ MACKAY, Fiona. «Towards a feminist institutionalism», en KROOK, Mona; MACKAY, Fiona, *Gender, Politics and Institutions: Towards Feminist Institutionalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2011, pp.181-182.

⁷¹ EUROPEAN WOMEN'S LOBBY. *Equal rights, equal voices: migrant women in the European Union*, European women's lobby, Bruselas, 2007. https://www.womenlobby.org/IMG/pdf/1817_BR_en_MP01LR.pdf [última consulta: 10/01/2022]. Al hilo de esta idea, conviene traer a colación que la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) de la UE ha constatado el riesgo que a menudo sufren las mujeres migrantes en situación irregular cuando se emplean en el sector del trabajo doméstico. Vid. FRA. *Migrants in an irregular situation employed in domestic work: Fundamental rights challenges for the European Union and its Member States*, Oficina de Publicaciones FRA, 2011; y FRA. *Out of Sight: Migrant women exploited in domestic work*, Oficina de Publicaciones FRA, 2018.

⁷² STOYANOVA, Vladislava. «Start Choice: Domestic Violence or Deportation», *European Journal of Migration and Law*, n.º 20-1, 2018, pp. 53-82.

residencia autónomo (apdo. 1). En esta línea, la LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, son las normas españolas de referencia, junto con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género. Aun tratándose, en algunos casos, de normativa española previa a la firma española al Convenio, la línea de trabajo seguida es acorde con el Convenio, como veremos a continuación.

Precisamente para los casos en los que se produjera la disolución del matrimonio o la relación en las condiciones relatadas por el art. 59.1, se prevé la concesión de permisos de residencia y trabajo temporales⁷³. La solicitud se encuentra directamente relacionada con que se haya emitido una orden de protección a su favor o, en su caso, exista un informe de la Fiscalía que corrobore la existencia de violencia de género sobre la mujer extranjera en situación irregular. Los permisos de residencia se extienden a sus hijos e hijas menores de edad o incapaces de satisfacer sus propias necesidades por alguna discapacidad⁷⁴. Estos permisos provisionales de trabajo y residencia se extenderán hasta que se «concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales»⁷⁵. Ciertamente, las autorizaciones definitivas se concederán cuando en el procedimiento penal que se esté sustanciando se concluya mediante resolución judicial que la mujer ha sido víctima de violencia de género⁷⁶.

Una de las aristas del procedimiento fijado por la ley española se encuentra en la pieza probatoria que da lugar a la concesión de un permiso provisional. Y es que, con la normativa vigente, el requerimiento pasa por la obtención de una orden de protección, un informe de la Fiscalía o la condena del agresor, sin que adquieran fuerza probatoria las denuncias interpuestas, en nombre de la mujer migrante, por los servicios sociales, los refugios para víctimas o las Oficinas de Asistencia a las Víctimas. Coincidimos con GREVIO en que el contexto de la mujer migrante no es, en general, el propicio para una actuación ante las autoridades policiales o judiciales en primera persona, de lo que se concluye que las entidades con capacitación y

⁷³ Art. 31 bis LO 4/2004, añadido por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y posteriormente modificado por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000.

⁷⁴ Art. 31 bis apdo. 3 LO 4/2004, cit.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ A estos efectos se considerará incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado. *Ibidem*, art. 31 bis apdo. 4.

formación para ello actúen como intermediarios es una cuestión que debería incorporarse en la norma, en la línea de lo que propone el art. 18. 3 Convenio de Estambul⁷⁷.

En esta línea, recientemente se ha observado un avance legislativo que merece ser tenido en cuenta. El Real Decreto Ley 9/2018 ha modificado el art. 23 de la LO 1/2004, en relación con la acreditación de las situaciones de violencia de género en cuanto a los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social. Siguiendo lo pautado por los artículos 62 y 63 del Pacto de Estado contra la violencia de género⁷⁸, 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, señala que las situaciones de violencia también podrán acreditarse «mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la administración pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos». Además, se prevé la colaboración entre el Estado y las CCAA al señalar que «El Gobierno y las CCAA, en el marco de la Conferencia Sectorial de Igualdad, diseñaran, de común acuerdo, los procedimientos básicos que permitan poner en marcha los sistemas de acreditación de las situaciones de violencia de género»⁷⁹.

En definitiva, se trata de un doble avance: por un lado, en la concreción y ampliación de los títulos judiciales habilitantes para certificar la condición de víctima de violencia de género; y, por otra, en la apertura a otros títulos no judiciales para los supuestos en los que no exista denuncia ni, por tanto, procedimiento judicial expedito. Puede afirmarse, por tanto, que, en una valoración positiva, el legislador ha observado la necesidad de proceder a ampliar los instrumentos para acreditar la situación de violencia de género. Ahora bien, como se ha avanzado, la modificación afecta únicamente a la acreditación de la situación cuando lo que se encuentre en juego sean derechos laborales y prestaciones de la SS recogidos en la LO 1/2004, pero podría ser una reformulación legislativa que se incorporara con un carácter más amplio en la LO 4/2000.

⁷⁷ GREVIO. *Primer informe de evaluación España (Grevio/Inf (2019)19 España)*, Consejo de Europa, 2020, párrafo 282. En la línea de lo definido por el art. 18.3 Convenio, la protección de las víctimas de violencia de género no puede estar supeditada a que aquellas hayan adoptado acciones legales o que exista una declaración de culpabilidad de autor.

⁷⁸ Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Congreso + Senado, Disponible online en el siguiente enlace: <https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/igualdad/ficheros/PactodeEstado.pdf> [última consulta: 10/01/2022].

⁷⁹ Art. único, apdo. uno.

Un aspecto que el Convenio trata en una disposición autónoma, y que adquiere especial relevancia, es la cuestión de la suspensión de los procedimientos de expulsión. Así, los Estados «adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las víctimas puedan obtener la suspensión de los procedimientos de expulsión iniciados por causa de que su estatuto de residente dependa del de su cónyuge o de su pareja de hecho, de conformidad con su derecho interno, con el fin de permitirles solicitar un permiso de residencia autónomo» (art. 59.2). Tal y como recoge el *Explanatory Report*, en la mayor parte de los Estados que conforman el Consejo de Europa, el estatuto de residencia de la cónyuge o pareja de hecho va vinculada a la del miembro que dispone del estatuto de residente. La negativa a la suspensión del procedimiento de expulsión puede resultar, en algunos supuestos, una negativa *de facto* a la protección⁸⁰. De hecho, el efecto que puede generar la expulsión de la víctima a países de origen en los que los estándares de protección en el ámbito de la violencia contra la mujer son menores es ciertamente demoledor⁸¹.

La norma española incorpora la posibilidad de suspensión del expediente sancionador en el caso de detectarse una situación de irregularidad de la mujer denunciante de violencia de género, irregularidad que tendrá su origen en el estatuto de residente del denunciado. Así, el art. 31 bis apdo. 2 prevé que «no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas». Esta suspensión se mantendrá mientras se resuelva el procedimiento penal por violencia de género. Solo en el caso de que no pudiera probarse la existencia de la violencia de género, «se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente» (art. 31 bis apdo. 4). En definitiva, no estamos ante un permiso de residencia *per se* sino ante una fórmula que permite evitar la expulsión.

Los escenarios que podrían identificarse en la normativa española con la situación que define el art. 59.2 adoptan dos formas. Por un lado, la identificación con la reagrupación familiar en circunstancias especiales que define el art. 19.2 LO 4/2000, al referirse a que en los supuestos en los que la cón-

⁸⁰ Vid. «Explanatory Report...», cit., p. 306.

⁸¹ El art. 59.2 no menciona los motivos que hayan podido suscitar el procedimiento de expulsión. De ahí que uno de los motivos pudiera ser precisamente su actitud violenta y agresiva con la víctima por lo que hubiera sido sometido a un procedimiento penal. STOYANOVA, Vladislava. «Start Choice: Domestic...», cit., pp. 53-82.

yuge reagrupada fuera víctima de violencia de género podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, a partir de que se hubiera dictado una orden de protección hacia su persona o, en su defecto, aprobado un informe de Fiscalía indicando la existencia de indicios de violencia de género, sin que tenga que disponer de los medios económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades⁸². Por otro, la situación prevista en el Real Decreto 240/2007 al señalar que «en el caso de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o cancelación de la inscripción como pareja registrada, de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, con un nacional de un Estado que no lo sea, este tendrá obligación de comunicar dicha circunstancia a las autoridades competentes»⁸³. Para la conservación del derecho de residencia será preciso acreditar alguno de los supuestos definidos en el precepto que, en lo que aquí interesa, se identifican con dos circunstancias especialmente difíciles: 1.º Haber sido víctima de violencia de género durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista una orden de protección a su favor o informe del Ministerio Fiscal en el que se indique la existencia de indicios de violencia de género, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas⁸⁴, y 2.º Haber sido sometido a trata de seres humanos por su cónyuge o pareja durante el matrimonio o la situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional cuando exista un proceso judicial en el que el cónyuge o pareja tenga la condición de imputado y su familiar la de posible víctima, y con carácter definitivo cuando haya recaído resolución judicial de la que se deduzca que se han producido las circunstancias alegadas⁸⁵. El informe GREVIO no incorpora ningún apunte en lo relacionado con la citada normativa española en la materia, proyectando tácitamente una valoración positiva al respecto.

El Convenio de Estambul se refiere asimismo a situaciones en las que las autoridades competentes, de oficio, puedan conceder permisos de residencia renovables a las víctimas si se encontraran en una de estas situaciones⁸⁶: (a) cuando la autoridad valore que su estancia en el país es necesaria por su situación personal o (b) cuando la autoridad considere que la víc-

⁸² La condición de disponer de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades se establece con carácter general en el art. 19.1 LO 4/2000.

⁸³ Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

⁸⁴ *Ibidem*, art. 9.4 c, apdo. 1.

⁸⁵ *Ibidem*, art. 9.4 c, apdo. 2.

⁸⁶ Art. 59.3 Convenio.

tima pueda cooperar en alguna investigación o procedimientos penales. La LO 4/2000 y Real Decreto 557/2011 detallan aquellos supuestos en los que las situaciones descritas se pueden producir y, básicamente, se refiere a víctimas de trata, sean hombres o mujeres: «El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores»⁸⁷. Para el caso de víctimas de trata, la autoridad competente procederá a la concesión de un período de restablecimiento y reflexión de, al menos, noventa días en los que no se activará ningún proceso sancionador y se suspenderán los que se encuentren activos. Tras el citado período, la autoridad competente realizará una valoración de su situación personal de cara a determinar si el período debe extenderse⁸⁸.

Como cierre de la categoría del Estatuto de residente, el Convenio de Estambul se refiere a las víctimas de matrimonios forzosos. Así, el art. 59.4 establece un sistema de protección para que puedan recuperar el estatuto de residente del país en el que residan habitualmente cuando hayan perdido su estatuto de residente por haber sido llevadas a otro país para la celebración del matrimonio. El art. 59 bis LO 4/2000 y los art. 140 a 146 Real Decreto 557/2011 permiten que las mujeres víctimas de matrimonio forzado puedan obtener una autorización de residencia temporal y de trabajo si son identificadas como víctimas de trata a efectos de matrimonio forzado⁸⁹. Ahora bien, todas las formas de matrimonio forzado pueden no vincularse al

⁸⁷ Art. 59.1 LO 4/2000 (y art. 140-146 Real Decreto 557/2011).

⁸⁸ El art. 59 bis 2 párrafo 2 señala que: «Dicho período de restablecimiento y reflexión tendrá una duración de, al menos, noventa días, y deberá ser suficiente para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas. Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se le autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales».

⁸⁹ GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 282.

concepto de trata de personas, por lo que el riesgo de la norma española es que algunas víctimas de matrimonio forzoso que no encajen en el concepto no obtengan la autorización de residencia temporal y trabajo⁹⁰. De ahí que, si bien el planteamiento de la norma estatal está alineado con el Convenio de Estambul, el vacío de protección se puede generar en los casos de matrimonios forzosos no vinculados a la trata de personas.

3. El género como base de las solicitudes de asilo

La incorporación del asilo en el ámbito competencial de la UE tras el Tratado de Ámsterdam supuso un cambio transcendental respecto del escenario anterior en relación con la política de asilo en el contexto de la UE⁹¹. La progresiva implantación de un ELSJ genera la comunitarización del derecho de asilo y, aún más, la política de asilo se ha convertido en un objetivo político fundamental de la UE. Siguiendo el dictado del art. 78 TFUE, corresponderá a la Unión el desarrollo de una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, que ofrezca un estatuto apropiado a las personas nacionales de terceros países que precisen de protección internacional, además del respeto del principio de no devolución. Todo ello, en el marco de lo establecido por la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, el Protocolo (de Nueva York) de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados, el CEDH⁹² y la propia CDFUE⁹³.

El proceso de edificación del SECA ha supuesto que la UE lidere la política de inmigración y asilo en la UE con la consiguiente limitación de la capacidad normativa de los EEMM⁹⁴. El derecho de asilo, de ser un derecho

⁹⁰ No existe consenso sobre el modo en el que se debe tratar el matrimonio forzoso, si como trata de personas o como una forma de violencia de pareja contra la mujer. En cualquier caso, el art. 177 del Código Penal incluye la celebración de matrimonios forzosos en la categoría de trata de seres humanos. BARCONS CAMPMAJO, María. *Matrimonios forzosos en el Estado español: un análisis socio-jurídico desde una perspectiva de género*, 2018, tesis doctoral, UAB.

⁹¹ Esta comunitarización se realiza con una estrategia progresiva ya que los artículos 61 y 63 TCE se referían a una etapa transitoria de cinco años para la consecución del objetivo. El Consejo de Tampere incorporó el impulso final a la creación del SECA, con el diseño de una política coordinada en materia de inmigración y asilo.

⁹² Ciertamente el CEDH no reconoce expresamente el derecho de asilo, pero una interpretación laxa de los artículos 3, 5, 6 y 8 ha permitido elaborar una jurisprudencia de referencia en materia de derechos vinculados a la protección internacional. *Vid.* STEDH, Airey vs Irlanda, de 9 de octubre 1979.

⁹³ Art. 18 CDFUE reconoce el derecho de asilo y el art. 19 se refiere a la protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

⁹⁴ Una aportación crítica al sistema en: GONZÁLEZ VEGA, Javier. «Mitos y mistificaciones: La Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la "crisis de los refugiados")», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 56, 2017, pp. 27-75.

vinculado a la soberanía nacional del Estado pasa a configurarse como uno de los elementos estructurales del espacio único de protección en el que pretende constituirse la UE; un espacio en el que se garantice la protección de las personas refugiadas y aquellas que sin reunir los requisitos para la obtención de la condición de refugio, se encontraran en un riesgo real de sufrir graves daños si volvieran a su país de origen⁹⁵.

La comunitarización de la política de asilo se ha producido a través del Derecho derivado, que, a lo largo de décadas, ha generado una estructura normativa basada en reglamentos y directivas, con intervención estatal en aplicación de las primeras y en transposición de las segundas⁹⁶. Precisamente, de la diversa transposición de las Directivas que cada Estado realiza, se derivan diferencias considerables entre las normativas de los EEMM, sobre todo en relación con la Directiva sobre procedimientos de asilo y la Directiva sobre las condiciones de acogida. La diversa recepción estatal de los contenidos fijados por las directivas, sumada a la presión migratoria de los años 2014 y 2015, provocó una actuación proactiva de las instituciones eu-

⁹⁵ GARCÍA MAHAMUT, Rosario. «Artículo 13.4», en PÉREZ TREMP, Pablo y SÁIZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.). *Comentario a la Constitución Española. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 332.

⁹⁶ El complejo entramado normativo de Derecho derivado lo conforman: Directiva sobre reconocimiento (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, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida-refundición); Reglamento Eurodac (Reglamento UE 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento UE 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento UE 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia-refundición); Reglamento Dublin III (Reglamento UE 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida-Texto refundido); Directiva sobre condiciones de acogida (Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional-texto refundido); y Directiva sobre procedimientos de asilo (Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional-refundición). Para un análisis de estas normas, *Vid.*: DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre el asilo en España. Protección internacional y los recursos de acogida*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2016, pp. 20-25.

ropeas en aras a consolidar la aplicación efectiva del SECA como prioridad de la UE⁹⁷. En este sentido, una de las iniciativas legislativas se dirige a un cambio estratégico en la elección de la fuente jurídica que regule las materias del SECA, apartando la directiva como instrumento normativo de base para sustituirlo por el reglamento de aplicación directa, con la salvedad de la materia vinculada a las condiciones de acogida, que se mantendría regulada por directiva y transpuesta por el legislador estatal.

En el caso español, la falta de transposición se ha centrado básicamente en las Directiva sobre condiciones de acogida (2013/33/UE) y la Directiva sobre procedimiento de asilo (2013/32/UE)⁹⁸, lo que ha propiciado sendos pro-

⁹⁷ En esa línea se aprueban los Reglamentos 514/2014 y 516/2014, de 16 de abril de 2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, por los que crea y regula el Fondo de Asilo, Migración e Integración. Sin embargo, la aprobación de las citadas normas coincidió en el tiempo con la crisis migratoria y su operatividad se redujo. De ahí que el Consejo aprobara dos decisiones específicas para atajar algunas de las situaciones más acuciantes: Decisión 2015/1601, de 22 de septiembre, para medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia y la Decisión 2017/342, de 14 de febrero, relativa a la movilización del Instrumento de Flexibilidad para financiar medidas presupuestarias inmediatas para hacer frente a la actual crisis de migración, los refugiados y la seguridad.

Por su parte, el Consejo de Europa aprueba las Orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa (junio 2014) y la Comisión Europea aprueba la Agenda Europea de Migración (mayo 2015), que tratan de promover una coordinación de las políticas internas de los Estados con la de la UE, como único medio para la consecución de una política de asilo firme. Para un análisis de este proceso: ALARCÓN VELASCO, Noemí. «El sistema europeo común de asilo (SECA) y su aplicación en España», *Transatlantic Studies Network-TSN*, n.º 4, julio-diciembre 2017, <https://transatlanticstudiesnetwork.uma.es/el-sistema-europeo-comun-de-asilo-seca-y-su-aplicacion-en-espana/> [última consulta: 10/01/2022].

La actuación más reciente en esta materia ha sido el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la Comisión (23 septiembre 2020). La nueva propuesta fija un marco europeo común global para la gestión del asilo y la migración. Para ello se nutre de una serie de propuestas legislativas como: establecer un marco común que contribuya al enfoque global de la gestión del asilo y la migración; hacer que el sistema sea más eficiente y más resistente a la presión migratoria; eliminar los factores de atracción, así como los movimientos secundarios; luchar contra los abusos y prestar un mayor apoyo a los Estados miembros más afectados. En lo que a la cuestión de género se refiere, las líneas básicas de este Nuevo Pacto no incluyen ninguna mención expresa a la violencia por razones de género. Tratando de aportar elementos alineados con su Propuesta SHARE, el Gobierno Vasco emitió un dictamen sobre el Nuevo Pacto en el seno del Comité de las Regiones de cara fijar unas claves en relación con los siguientes temas: el esfuerzo de acogida e integración de personas migrantes basados en parámetros de población, desempleo y renta; el establecimiento de programas de patrocinio comunitario; políticas de apoyo y cooperación con los países de origen; la divulgación de buenas prácticas en materia de integración; y la promoción de campañas divulgativas de sensibilización y concienciación social. *Vid.* al respecto, MANCHÓN, Felipe. «El Pacto sobre Migración y Asilo ¿una nueva oportunidad para Europa?», *Documento de Opinión, Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 152, 2020 (http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO152_2020FELMAN_migraciones.pdf) [última consulta: 10/01/2022].

⁹⁸ Esta Directiva recoge (art. 18.4) de una forma novedosa la obligación de los EEMM de adoptar las medidas adecuadas para prevenir el acoso y los actos de violencia de género, incluida la violencia y el acoso sexuales, en los locales y centros de acogida que se les

cedimientos por incumplimiento por parte de la Comisión Europea contra España⁹⁹. Pero no solo esto. A falta de transposición y a raíz de un enfrentamiento interpretativo entre el Ministerio Fiscal y el Tribunal encargado del asunto sobre a quién corresponde tramitar las demandas de asilo, el TJUE responde a una cuestión prejudicial confirmando el efecto directo de las directivas, por la ausencia de transposición y por considerar que la Ley de Asilo y Refugio tampoco incorpora los objetivos de las directivas comunitarias¹⁰⁰.

Es en este escenario español de implementación parcial del SECA en el que aterriza el Convenio de Estambul en 2014. La actuación un tanto esquivada de las autoridades estatales en la transposición de las citadas directivas europeas, nos dirige a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (LAPS) como única norma de referencia en materia de asilo¹⁰¹.

La coyuntura actual en materia de solicitudes de asilo en España refleja un extraordinario aumento respecto de años anteriores. En lo que a este estudio respecta, el análisis desglosado de los últimos datos (2018) arroja un dato muy significativo en relación con las solicitudes de asilo presentadas en España por mujeres, el 43% del total¹⁰². La ceguera que en materia de género se producía en los procedimientos de asilo en la normativa internacional, se ha visto corre-

ofrezca a las personas solicitantes de protección internacional. Lo cierto es que no se trata de un motivo para el inicio del procedimiento de protección sino una referencia para cuando las personas solicitantes ya hayan obtenido tal protección y se encuentren bajo custodia de la administración pública en los centros habilitados para ello.

⁹⁹ España no ha sido el único EM contra el que se haya iniciado un procedimiento por incumplimiento. Alemania, Malta y República checa se han visto en la misma situación junto con España. Lo cierto es que la actuación de la Comisión no ha sido todo lo contundente que se esperaba, de ahí que se pueda hablar incluso de un consentimiento *de facto* de la Comisión a los incumplimientos de las obligaciones comunitarias. Y es que los procedimientos iniciados contra los EEMM no han continuado su curso por distintos motivos, que no siempre suponían el cumplimiento de las obligaciones fijadas por la directiva por parte de los EEMM. En concreto, el procedimiento por incumplimiento iniciado contra España se cierra el 10 de octubre de 2019, sin que exista una norma española que transponga el contenido de la Directiva. Vid. FERNÁNDEZ BURGUEÑO, Borja. «La transposición de la Directiva de Procedimientos de Asilo y la efectividad coercitiva de las decisiones de infracción de la Comisión Europea», *Revista Internacional de Estudios Migratorios (RIEM)*, vol. 7, n.º 4, 2017, pp. 257-269.

¹⁰⁰ STJUE de 25 de junio 2020, Asunto C-36/20. A raíz de ello, el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Santa Cruz ha sido el primero en aplicar la doctrina del TJUE más allá de lo fijado por la Ley de Asilo española, ampliando las posibilidades de demanda de asilo a toda persona que esté siendo perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, y en lo que aquí interesa, de género u orientación sexual.

¹⁰¹ El art. 40 LAPS ha sido modificado conforme establece la disposición final tercera de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, en relación con la extensión familiar del derecho de asilo o de la protección subsidiaria.

¹⁰² Los últimos datos en materia de solicitudes de asilo que ofrece ACNUR se refieren a un incremento del 75% del último año analizado (2018) respecto del anterior. <https://www.acnur.org/es-es/portal-de-datos.html> [última consulta: 10/01/2022].

gida con las lentes de género que el Convenio aporta y que, a falta de un análisis exhaustivo de las causas aportadas en los expedientes por las mujeres solicitantes de asilo en el contexto de los Estados firmantes del Convenio¹⁰³, se puede avanzar que el incremento en las solicitudes de mujeres desemboca en una valoración positiva *ab initio* del cauce abierto por el art. 60 del Convenio. Ahora bien, en el caso español, lo cierto es que la normativa básica sobre la materia, la LAPS, ya realizaba la previsión de que los procedimientos de asilo tuvieran en consideración los motivos de género u orientación sexual, adelantándose, de alguna manera, a las previsiones del Convenio¹⁰⁴.

La regulación en materia de asilo en España tiene su base en el mandato constitucional del art. 13.4 CE, que realiza una remisión a que por ley se establecerán los términos en los que las personas ciudadanas de otros países (en la actualidad, no comunitarios) y apátridas puedan hacer uso del derecho de asilo en España¹⁰⁵. Precisamente la citada LAPS desarrolla los aspectos mencionados, con el enfoque de pertenencia a la UE que en el texto constitucional obviamente no existía. La LAPS señala los actos de persecución que pueden encauzar el reconocimiento del derecho de asilo, señalando expresamente los actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual¹⁰⁶. En esta misma línea, al valorar los motivos de persecución, la LAPS indica que teniendo en cuenta las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluirá a las personas que huyen de su país de origen por fundados temores de padecer persecución por razón de género¹⁰⁷. En lo tocante al régimen general de protección, se deberá tener en cuenta la situación específica de las personas solicitantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad, tales como mujeres embarazadas, personas que hayan sufrido violencia psicológica, física o sexual, o víctimas

¹⁰³ ACNUR y la OAR (Oficina de Asilo y Refugio) no publican datos en relación con las causas que motivan la solicitud de asilo. Es muy complejo analizar la problemática sin disponer de los datos necesarios para ello, en este caso, los datos relativos a los motivos que llevan a las mujeres a realizar las solicitudes de asilo. De modo que la aportación de los datos segregados por sexo por parte de los EEMM no ha sido la deseada, aunque la normativa sobre política de migración de la UE así lo recomienda (Reglamento UE) 216/2010 de la Comisión del 15 de marzo de 2010 por el que se aplica el Reglamento del Consejo de Europa n.º 862/2007 sobre estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración y la protección internacional) y los indicadores del Programa Mujeres, Paz y Seguridad de Naciones Unidas así lo recomiendan. Véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina. «Asilo y desplazamientos forzados», *TSN. Transatlantic Studies Network*, n.º 4, 2017, pp. 129-133.

¹⁰⁴ Vid. DÍAZ LAFUENTE, José. «El Derecho de asilo por motivos de orientación sexual e identidad de Género», *Revista de Derecho político*, n.º 89, 2014, pp. 345-388.

¹⁰⁵ Vid. por todos, GARCÍA MAHAMUT, Rosario. «Artículo 13.4», cit., pp. 329-340.

¹⁰⁶ Art. 6.2.a se refiere a que los actos de violencia sexual son una categoría más de los actos de persecución (art. 6.1) que se sustentan en temores fundados de que una persona es perseguida por motivos, entre otros, de género u orientación sexual (art. 3).

¹⁰⁷ Art. 7.1 en relación con la valoración de los motivos de persecución.

de trata¹⁰⁸. En relación con todas ellas, y en base a su situación de vulnerabilidad, se deberán adoptar las medidas necesarias para conceder un tratamiento diferenciado a tales solicitudes de protección internacional, en los supuestos en los que sea preciso¹⁰⁹. Como elemento final reseñable incorporado por la LAPS, es de destacar la mención al tratamiento específico que las autoridades deberán conceder a quien haya sido objeto de persecución por más de uno de los motivos mencionados, en un claro reconocimiento de la categoría de la discriminación múltiple¹¹⁰.

El enfoque de la LAPS se encuentra totalmente alineado con el Convenio y con las categorías que maneja, en un afán de generar un sistema integral garantista que evite las discriminaciones por razón de género¹¹¹. Ahora bien, la LAPS adolece de una normativa de desarrollo, a la que el propio art. 46 hace alusión, y que deriva en que el GREVIO, que realiza una valoración positiva de la regulación que la LAPS realizó con anterioridad incluso a la aprobación del Convenio, cuestione la falta de creatividad normativa de las autoridades españolas que no han llegado a ejecutar lo establecido por la propia ley, lo que hace inoperativa la previsión del tratamiento específico para quienes se encontraran en las mencionadas situaciones de vulnerabilidad¹¹².

Por su parte, la formación de las personas trabajadoras del OAR en cuestiones de género y la incorporación de directrices para evaluar y procesar las solicitudes de asilo por razones de género también han sido positivamente valoradas por el GREVIO¹¹³. Ahora bien, la práctica revela que tales aspectos positivos no son suficientes para equilibrar las dinámicas procedimentales negativas a las que las mujeres solicitantes de asilo se encuentran. Así, en los supuestos en los que se accede a territorio español a través de los aeropuertos internacionales y por Ceuta y Melilla, el procedimiento de solicitud de asilo se ejecuta en un plazo de cuatro días siguiendo un procedimiento acelerado (con posibilidad de recurso administrativo). La brevedad con la que se desarrolla el procedimiento conlleva el riesgo de que las mujeres y niñas no se encuentren en un espacio de confianza en el que puedan manifestar información confidencial. Una de las cuestiones que nunca salen a la luz en estos procedimientos es precisamente el haber sufrido la MGF, una información que las mujeres y niñas evitan dar aunque

¹⁰⁸ Art. 46.1 sobre el régimen general de protección y la consideración de personas solicitantes de asilo en situación de especial vulnerabilidad.

¹⁰⁹ Art. 46.2 sobre la adopción de medidas necesarias para conceder un trato diferenciado (Título V).

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Preámbulo, art. 36.1.f y art. 40.1.b.

¹¹² GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 285.

¹¹³ *Ibidem*, párrafo 286.

sean concededoras de que constituye una causa para solicitar el asilo¹¹⁴. Una situación similar se produce en los procedimientos de asilo de carácter ordinario que se activan en los supuestos de acceso por mar. En este caso, las solicitudes se presentan tras el período inicial de 72 horas y la información relativa a posibles violaciones por motivo de género queda silente¹¹⁵. De modo que la identificación de las mujeres en situación de vulnerabilidad no se llega a producir, aun cuando existe un enfoque humanitario cada vez más intenso por parte de las autoridades públicas, incluyendo, por ejemplo, exámenes médicos obligatorios¹¹⁶. Y es que la demanda debe ir más allá, tal y como lo establece el propio art. 60.3: los Estados deberán diseñar procedimientos de acogida y de asilo sensibles al género, lo que lleva a la exigencia de procedimientos en los que los servicios especializados en cuestiones de género no sean de carácter extraordinario sino que sean parte sustancial en los procedimientos ante las autoridades públicas¹¹⁷.

En conexión con la incorporación de la perspectiva de género en los procedimientos de asilo, la temática del alojamiento inicial que se conceda a las mujeres y niñas también adquiere transcendencia. El art. 60 no menciona expresamente la prestación de alojamiento pero la LAPS lo introduce con un carácter de servicio prestacional de la administración pública dirigida a las personas asiladas que adquiere mayor transcendencia en el caso de las mujeres y niñas vulnerables¹¹⁸. De ahí que sea reseñable el esfuerzo reali-

¹¹⁴ *Ibidem*, párrafo 288. Ciertamente, la MGF, así como los abortos y las esterilizaciones forzadas son una realidad existente en Europa y precisan de medidas urgentes para erradicarla (art. 38 Convenio y Explanatory report p. 198). Ver al respecto, MERCADO CARMONA, Carmen. «La erradicación de la violencia contra la mujer “por Tratado”: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 30, 2017, p. 228.

¹¹⁵ En este sentido, GREVIO insta a la adopción de las medidas necesarias para que independientemente de si las mujeres solicitantes de asilo llegan por mar o por tierra, el procedimiento de asilo sea sensible al género y, entre otros aspectos, introducir un proceso sistemático identificar las situaciones de vulnerabilidad de mujeres y niñas para determinar sus necesidades de protección internacional y derivarlas a los oportunos servicios especializados (párrafo 295.b).

¹¹⁶ GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 290.

¹¹⁷ Uno de los aspectos en los que se incide es que muchas de las mujeres han tenido malas experiencias con las autoridades policiales de sus países de origen y el hecho de que la gestión de los procedimientos descansa en la actuación policial (local, en primera instancia) genera una alta desconfianza de cara a tratar de abrir sus experiencias personales para que sean incorporadas en los expedientes. Es por ello que interesa referirse a las buenas prácticas existentes en algunos Estados en los que, mientras se analiza la situación de vulnerabilidad de la mujer, el procedimiento de protección internacional queda en suspenso.

¹¹⁸ Art. 36.4 LAPS menciona que «en casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las administraciones públicas podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia».

zado por las autoridades españolas (estatales, autonómicas) en proporcionar alojamiento (y también manutención) a las personas solicitantes de asilo¹¹⁹. Ahora bien, el alojamiento proporcionado responde a criterios de urgencia y de necesidad de respuesta rápida más que a un diseño de alojamiento que aplique criterios de seguridad y sensibilidad a la cuestión de género, algo que GREVIO ha solicitado a las autoridades españolas.

4. La exigibilidad del principio de no devolución

El principio de no devolución reconocido en el art. 61 del Convenio arranca desde una categoría de principio de Derecho Internacional enfocado al reconocimiento, seguridad y protección de los derechos humanos de todas las personas por parte del Estado en el ámbito de su jurisdicción, en la línea del art. 1 CEDH¹²⁰. Se deduce, por tanto, una prohibición a los Estados de expulsar o devolver a una persona a un territorio en el que se pueda enfrentar a un verdadero riesgo de persecución o una grave violación de derechos humanos, en una interpretación acorde con el art. 3 CEDH¹²¹. En efecto, cuando la expulsión o devolución pueden derivar en la violación de un derecho como el derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes, el principio de no devolución se torna absoluto¹²².

Es en estas vulneraciones en las que coloca el foco el art. 61.2 Convenio y reitera «la obligación de los Estados de tomar las medidas legales o de

¹¹⁹ Se trata de programas autonómicos que podrían incorporarse a la categoría del *soft law*. En el caso de la CAV, podrían identificarse, entre otros, el Programa SHARE y el Pacto Social Vasco para la Migración 2020.

¹²⁰ Consagrado en el artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el principio de no devolución es un pilar del asilo y de la protección internacional de las personas refugiadas. Se coloca en la categoría de Derecho internacional consuetudinario, por lo que el principio se aplica a todos los estados, independientemente de si están obligados o no por la Convención de 1951. *Vid.* «Explanatory Report...», cit., p. 319.

¹²¹ La jurisprudencia del TEDH ha definido una línea interpretativa clara al respecto a través de las siguientes sentencias: STEDH, Hirsi Jamaa y otros vs. Italia, n.º 27765/09, de 23 de febrero de 2012; STEDH, Sharifi y otros vs. Italia y Grecia, n.º 16643/09, de 21 de octubre de 2014; STEDH, Tarakhel vs. Suiza, n.º 29217/12, de 4 de noviembre de 2014; STEDH, en M.S.S vs. Bélgica y Grecia, n.º 30696/09, de 21 de enero de 2011. *Vid.* al respecto: CRÉPEAU, François, «Non-refoulement as a principle of international law and the role of the judiciary in its implementation», *Dialogue between judges*, 2017, p. 12. https://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2017_ENG.pdf [última consulta: 10/01/2022].

¹²² STEDH, Saadi vs. Italy, n.º 37201/06, de 28 de febrero de 2008. En cambio, cuando los derechos que corren el riesgo de ser vulnerados en el país receptor en caso de producirse la expulsión o devolución estén conectadas a los arts. 5 (la detención ilegal) y 6 CEDH (derecho a un juicio justo), el principio de no devolución es objeto de valoración en función de la gravedad del riesgo.

otra índole necesarias para garantizar que las víctimas de violencia de género y que necesiten protección, no sean devueltas bajo ninguna circunstancia si hubiera un riesgo real, como resultado, de privación arbitraria de la vida o tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes», sin que tenga relevancia la situación o la residencia de las mujeres en cuestión¹²³. Este mandato normativo nos lleva a realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, la garantía del cumplimiento de estas obligaciones es independiente de la situación o la residencia de las mujeres en cuestión. De modo que la protección contra la expulsión y devolución se aplica a todas las víctimas de violencia contra las mujeres que aún no tengan admitida su solicitud de asilo como refugiadas en virtud de la Convención de 1951, independientemente de su país de origen o estado de residencia¹²⁴. En segundo lugar, las devoluciones o expulsiones de carácter indirecto también quedan prohibidas. De tal suerte que la víctima de violencia de género no podrá ser expulsada a un tercer país que posteriormente la reenvíe al lugar que se pretendía evitar¹²⁵. Y, en último lugar, el principio de no devolución que se proyecta en base al art. 60 del Convenio, y del CEDH, en relación con las víctimas de violencia de género se aplica a todas las devoluciones con independencia de las consideraciones de seguridad nacional u otro tipo de interés público del Estado¹²⁶.

En el caso español, es preciso acudir a la Ley 12/2009, de 30 de octubre, que afirma que todas las garantías disponibles para los solicitantes de asilo serán respetadas en los procedimientos internacionales de asilo. Al referirse a las resoluciones que no admiten las solicitudes de asilo, la Ley avanza que «el rechazo de la solicitud o el rechazo de la solicitud de asilo dará lugar a la devolución, expulsión, deportación o salida forzosa de España o traslado de los solicitantes de asilo al territorio del Estado encargado de examinar la solicitud de asilo salvo que, de conformidad con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y su legislación para su implementación, se aplica una de las siguientes circunstancias: [...] b) Su estancia o residencia

¹²³ «Explanatory Report...», cit., p. 322.

¹²⁴ Aun en el supuesto de que se rechace la solicitud de asilo, el Estado tendrá la obligación de garantizar que estas personas no sean enviadas a un Estado en el que exista riesgo real para su vida o que sean sometidas a torturas o tratos o penas inhumanos o degradantes. Sin embargo, este párrafo no debe interpretarse en el sentido de que contradice las disposiciones pertinentes de la Convención de 1951 y, en particular, no excluye la aplicación del párrafo 2 del art. 33 de dicha Convención. *Vid.* «Explanatory Report...», cit., pp. 322-323.

¹²⁵ STEDH, TI vs. United Kingdom, n.º 43844/98, de 7 de marzo de 2000; STEDH, MSS vs. Belgium and Greece, n.º 30696/09, de 21 de enero de 2011; STEDH, Tarakhel vs. Switzerland, n.º 29217/12, de 4 de noviembre de 2014.

¹²⁶ *Vid.* al respecto, HOOPER, Louis. *Gender-based asylum claims and non-refoulement: Articles 60 and 61 of the Istanbul Convention*. Council of Europe, Kiev, 2019, pp. 45-46.

en España está autorizada por motivos humanitarios como determinado en la legislación vigente» (art. 37). Asimismo, el art. 44. apdo. 4 manifiesta que «ninguna derogación o expulsión posterior puede resultar en el transporte de los interesados a un país donde su vida o su libertad estén amenazados o expuestos a torturas o tratos inhumanos o degradantes o, en su caso, carecen de salvaguardias efectivas contra la deportación al país donde son perseguidos o en riesgo».

Ambos preceptos, a falta de una mención expresa a que las víctimas de violencia de género puedan acogerse a la salvaguarda ofrecida, podrían considerarse como mandatos normativos alineados con las obligaciones legislativas impuestas a los Estados para el cumplimiento del principio de no devolución como categoría de principio de Derecho Internacional. Ahora bien, el reconocimiento a que las mujeres víctimas de violencia de género pudieran ocupar una posición de legitimación expresa es una cuestión que *de lege ferenda* podría proponerse. Asimismo, una vez más, la ausencia de valoraciones de situaciones de vulnerabilidad y de recogida de datos sobre tales situaciones son una cuestión sobre en la que cabría incidir de cara a obtener mejoras en la aplicación a nivel estatal del principio de no devolución¹²⁷.

IV. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

1. La cooperación internacional adquiere una dimensión abierta

La regulación de la cooperación internacional en el Convenio de Estambul (Capítulo VIII) arranca con la necesidad de que las partes firmantes celebren acuerdos en el ámbito de cooperación en materia civil y penal, en base a normativas con suelo común o uniformes y recíprocas, aplicar las sentencias civiles y penales dictadas por los Estados firmantes, así como las órdenes de protección. Pero esta cooperación no se limita al ámbito judicial, ya que se incluyen también otras vías de cooperación con el objetivo, entre otros, de

¹²⁷ GREVIO. *Primer informe de evaluación España...*, cit., párrafo 302. Una de las tareas asignadas a la Subdirección General de Sensibilización, Prevención y Estudios de la Violencia de Género (dependiente orgánicamente de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género) es precisamente la de impulsar la incorporación al ordenamiento jurídico español de las medidas previstas en el Convenio así como el diseño, elaboración y permanente actualización de un sistema de información en base de la recogida, análisis y difusión de datos relativos a la violencia contra las mujeres procedentes de las administraciones públicas y de otras entidades, al objeto de permitir el adecuado conocimiento de la situación, la planificación, la evaluación y el grado de efectividad de las medidas implantadas. Para ello deberá coordinarse con el Instituto Nacional de Estadística, y con el Centro de Investigaciones Sociológicas.

«prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia cubiertas por el ámbito de aplicación de este Convenio y a la protección de las víctimas»¹²⁸.

El artículo 62, referido a los principios generales, recoge materialmente la concreción del artículo 5.1 y 2, referido a las obligaciones del Estado y la diligencia debida¹²⁹. Ciertamente, la denominada violencia institucional o revictimización y la obligación de diligencia debida se han visto reflejadas de un modo específico en materia de cooperación internacional al fijar la obligación de las Partes de cooperar en la celebración de acuerdos en materia civil y penal, basándose en las legislaciones uniformes o recíprocas y en el Derecho interno con el fin de prevenir y combatir todas formas de violencia recogidas en el Convenio (art. 62.1.a), proteger y asistir a las víctimas (62.1.b), llevar a cabo investigaciones o procedimientos en relación con los delitos recogidos en el Convenio (62.1.c) y aplicar las sentencias civiles y penales dictadas por las autoridades judiciales de las partes así como las órdenes de protección (62.1.d)¹³⁰.

El diseño normativo de la cooperación internacional con una doble línea de trabajo en el Convenio de Estambul —una, de carácter abierto y, otra, de carácter judicial— se proyecta en España en una doble base jurídica competencial. Por un lado, las relaciones internacionales (149.1.3 Constitución Española) y, por otro, la legislación procesal (art. 149.1.6 Constitución Española). Ambos títulos competenciales exclusivos del Estado han generado una nutrida jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha servido para sellar el debate¹³¹.

2. La cooperación internacional de carácter extrajudicial a modo de fina lluvia

En lo concerniente a la cooperación extrajudicial, cobra relevancia la petición dirigida a las Partes en relación con la incorporación de la prevención

¹²⁸ Si bien la piedra angular de la cooperación es la judicial, el art. 62 del Convenio amplía su alcance.

¹²⁹ Cabe señalar que, entre los EEMM de la UE, la cooperación requerida está garantizada por el Reglamento de la UE, pero en las relaciones con terceros países, es necesario examinar la competencia de la UE para regular. La UE puede, en virtud del título VI del TFUE, establecer «todas las formas apropiadas de cooperación» con el Consejo de Europa (art. 220), pero estableciendo que dicha cooperación será ejecutada por el Alto Representante de la Unión. NOUSIAINEN, Kevät; CHINKIN, Christine. *Legal implications of EU accession to the Istanbul Convention*, Comisión Europea, Bruselas, 2016, p. 82.

¹³⁰ AVILÉS PALACIOS, Lucía. «La ratificación por...», cit., p. 91.

¹³¹ GALLEGO SÁNCHEZ, Gemma. «El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, n.º 2, 2015. <https://revistas.lefebvre.es/revista-de-jurisprudencia/hemeroteca/tribunas/1626> [última consulta 10/01/2022].

y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica en las estrategias asistenciales para el desarrollo que beneficien a terceros Estados. Se trata de programas de apoyo dirigidos a Estados que no forman parte del Consejo de Europa y en los que se haya constatado el tipo de violencia citado. En este contexto, parece apropiado que los programas de acción tengan en cuenta e incorporen debidamente las cuestiones relacionadas principalmente con la prevención de estas formas de delitos, incluso con miras a facilitar la protección de las víctimas de conformidad con el art. 18 apdo.5¹³².

Precisamente la dimensión supranacional o transnacional de algunos de los delitos recogidos en el Convenio hace absolutamente necesario el flujo de información entre las Partes, algo en lo que reparan los arts. 63 y 64 del Convenio. De tal modo que, si una Parte dispone de información suficiente para considerar que existen motivos para que una persona pueda verse abocada a ser víctima en otro Estado de alguno de los actos de violencia recogidos en los arts. 36 a 39 del Convenio¹³³, se alienta al primero para que transfiera la información al segundo con el objetivo de que se adopten las medidas necesarias para la protección de la persona en situación de riesgo (art. 63 Convenio). Los motivos han de ser *razonables* si bien el Convenio no identifica en qué consiste esa razonabilidad, de modo que corresponde a cada Parte adoptar la decisión de que el hecho de compartir la información pueda prevenir los actos de violencia¹³⁴. En cierta manera, el Convenio se hace eco de un principio, el de información, que forma parte del ADN de la cooperación internacional y que se sostiene sobre una relación de intercambio de información entre los Estados de cara a la prevención, investigación y enjuiciamiento de un delito. De modo que «la parte requerida deberá informar rápidamente a la parte requirente del resultado final de la acción ejercida, de conformidad con el presente capítulo» (art. 64.1). En cambio, no se plasma la obligatoriedad en el caso de la transferencia de información en relación con las propias investigaciones, de ahí que cada Parte podrá adoptar la decisión de hacerlo o no (art. 64.2)¹³⁵. Si en base a este procedimiento una Parte recibiera información, se remitirá a las autoridades competen-

¹³² Este precepto se refiere a la garantía ofrecida por «la protección consular u otra, y un apoyo a sus nacionales y a las demás víctimas que tengan derecho a la protección conforme a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional». *Vid.* «Explanatory Report...», cit., p. 332.

¹³³ Violencia sexual, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas, y aborto y esterilización forzosos, respectivamente.

¹³⁴ Lo que el Convenio concreta es que las órdenes de protección dictadas a favor de la persona en situación de riesgo deben ser puestas en conocimiento de la otra parte. *Vid.* «Explanatory Report...», cit., p. 333.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 334.

tes¹³⁶ para que puedan instarse los procedimientos oportunos o sean tenidos en cuenta en los procedimientos civiles y penales en curso (art. 64.3).

El flujo informativo entre distintas autoridades estatales conlleva *per se* el riesgo a que el derecho a la protección de datos de las personas pueda ser vulnerado. Por ello, en base al art. 65, los datos personales se deberán proteger según el dictado del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automático de datos personales¹³⁷. Esta cobertura convencional, con fundamento en el art. 8 CEDH¹³⁸, trae causa del peligro que puede producirse para las personas, en especial para las víctimas, en el caso de que al hilo de un procedimiento de transferencia de información, esta circulara sin garantía ni control¹³⁹. En esta línea, la legitimidad del tratamiento de los datos requiere que ese tratamiento mantenga la proporcionalidad con la finalidad perseguida (art. 5.1 y 5.4.c), que los datos se preserven de modo que se pueda identificar a las personas titulares de los mismos únicamente por el tiempo necesario para el cumplimiento de los fines (art. 5.4.e)¹⁴⁰.

Ahora bien, el Convenio citado por el art. 65 no es la única norma que en materia de protección de datos incide en este contexto. En lo concerniente a las obligaciones que un Estado Parte de la UE debe cumplir en esta materia, el marco jurídico de la protección de datos se inicia con el art. 16.1 TFUE al reconocer que «toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que le conciernan», derecho que se vuelca con una mayor definición al art. 8 CDFUE¹⁴¹. Desde este punto de partida nor-

¹³⁶ Las autoridades competentes se identifican con las autoridades policiales, fiscales o judiciales. *Ibidem*, p. 335.

¹³⁷ El Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automático de datos personales ETS 108+, aprobado en 2018, sustituye al Convenio anterior, vigente en el momento de la aprobación del Convenio de Estambul. La reforma se materializó a través de un Protocolo de Enmienda que España ha firmado el 28 de enero de 2021. *Vid. CONSEJO DE EUROPA. Convention 108+. Conventions for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*, Estrasburgo, 2018.

¹³⁸ Art. 8 CEDH referido al Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

¹³⁹ De la expresa mención al Convenio 108+ se deriva la situación que pudiera generarse si un Estado que no haya firmado previamente el Convenio 108+ firmara el Convenio de Estambul. Sobre esta cuestión y los sistemas informáticos de gran magnitud de la UE y la interoperabilidad de la información, *Vid. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración*, Oficina de Publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2020, pp. 53-83.

¹⁴⁰ «Explanatory Report...», cit., p. 336.

¹⁴¹ Art. 8 CDFUE: 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

mativo, el DUE derivado concreta los contenidos en el Reglamento General de Protección de datos (2016)¹⁴² y la Directiva de protección de datos en el ámbito penal¹⁴³. Por su parte, en el caso español, el texto constitucional, en el art. 18.4, remite al legislador la tarea de limitar el uso de la informática con el objetivo de garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de las personas así como el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4)¹⁴⁴. La normativa de desarrollo vigente se recoge en la Ley Orgánica 3/2018¹⁴⁵, concretada recientemente en la materia que nos interesa, por la Ley Orgánica 7/2021¹⁴⁶, que transpone la citada Directiva de protección de datos en el ámbito penal. El enfoque que interesa es precisamente el de la protección que la Ley Orgánica concede a las víctimas de violencia de género en los procesos de transferencia de información, consideradas en la categoría del art. 9.c en calidad de «víctimas o afectados por una infracción penal o que puedan serlo». En definitiva, las acciones de transferencia de información regulada en los arts. 63 y 64 del Convenio de Estambul deberán acogerse a las limitaciones y controles establecidos por el citado entramado normativo.

Para finalizar, cabe señalar que la exploración de las posibilidades existentes en materia de participación autonómica en el ámbito de la cooperación coloca el foco en la conexión entre los Capítulos VIII y IV (sobre protección y apoyo) que podría dar lugar a la citada intervención. Y es que del mandato convencional dirigido a los Estados para la adopción de las medidas legislativas necesarias para que, en base a su normativa interna, se establezcan las herramientas adecuadas para «poner en práctica una coope-

¹⁴² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos (que deroga la Directiva 95/46/CE).

¹⁴³ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 (que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo).

¹⁴⁴ El legislador español inicia el desarrollo legislativo por medio de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal que será derogada por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre).

¹⁴⁵ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos personales y garantía de los derechos digitales, que deroga la Ley Orgánica 15/1999, sin perjuicio de lo que la Disposición adicional decimocuarta y la disposición transitoria cuarta dispongan. Deroga asimismo el Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la UE en materia de protección de datos.

¹⁴⁶ Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, que ha entrado en vigor el 16 de junio de 2021.

ración eficaz entre los organismos estatales pertinentes, incluidas las autoridades judiciales, los fiscales, las fuerzas y cuerpos de seguridad, las autoridades locales y regionales, así como las organizaciones no gubernamentales y demás organizaciones o entidades pertinentes para la protección y el apoyo a las víctimas y testigos de todas formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio, remitiéndose incluso a los servicios de apoyo generales y especializados a que se refieren los arts. 20 y 22 del presente Convenio»¹⁴⁷, es un precepto que con un desarrollo adecuado en lo referido a la participación de las entidades locales y regionales, podría dar lugar a que las CCAA tuvieran acceso a las actividades de cooperación señaladas en el Convenio de Estambul.

3. La cooperación judicial como la estrategia prioritaria en el ámbito europeo y estatal

A) ASPECTOS GENERALES

La consideración de que la cooperación judicial ha sido la estrategia prioritaria se debe fundamentalmente a que los Estados y la propia UE han dado preferencia a esta modalidad de cooperación en sus dinámicas. El desarrollo normativo en la UE en materia de protección de víctimas se bifurca en la cobertura penal, por un lado, y en la cobertura civil, por otro¹⁴⁸. En materia penal, a su vez, la normativa de referencia se identifica con la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección¹⁴⁹, aprobada antes de la entrada en vigor del Convenio de Estambul, y la Directiva 2012/29/UE¹⁵⁰. Por su parte, la protección civil ha venido de la mano del Reglamento UE 606/2013, de 12 de junio de 2013, de reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. La elección del legislador europeo de instrumentos jurídicos de diversa vinculatoriedad y modo de impacto respecto de los EEMM genera distintas dinámicas en los mismos. Mientras el

¹⁴⁷ Art. 18.2 Convenio.

¹⁴⁸ Veremos a continuación que lo que la UE denomina protección de naturaleza civil, en el caso de España se identifica con aspectos de la protección penal.

¹⁴⁹ Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección. El Convenio se abrió a la firma el 11 de mayo de 2011, con su posterior entrada en vigor el 1 de agosto de 2014, mientras que la Directiva entró en vigor el 10 de enero de 2012.

¹⁵⁰ 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, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima (cuyo contenido ningún Estado miembro incorporó a su Derecho interno). Ha sido transpuesta por la Ley 4/2015, de 27 de abril (del Estatuto de la víctima), y el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre.

Reglamento UE 606/2013 se incorpora con efecto directo en el ordenamiento jurídico estatal, la Directivas 2011/99/UE y 2012/29/UE requieren normativa estatal de transposición para el cumplimiento de sus objetivos. En España, la primera se transpone a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre 2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE¹⁵¹ y la segunda, mediante la Ley 4/2015 del Estatuto de la víctima.

En definitiva, el campo de acción del Convenio se extiende a la protección de la mujer en todos los ámbitos, y la cooperación judicial en materia civil y penal es una pieza más de ese entramado protector. En sentido inverso, las citadas directivas y el reglamento como normas europeas (con distinta proyección) cumplen la función de generar un escenario protector en el marco de los EEMM independientemente de las causas por las que una persona sea considerada víctima y, por tanto, merecedora de protección. De ahí que la confluencia entre el Convenio, por un lado, y las directivas y reglamento, por otro, se produce en una intersección de conjuntos: la aplicación de la cooperación judicial diseñada por la UE en relación con las situaciones previstas en el Convenio de Estambul¹⁵². A estas cuestiones nos dedicaremos en las siguientes páginas, colocando el foco con una mayor intensidad en el ámbito penal, sobre todo, en la estrategia seguida por la Directiva 2011/99/UE, en tanto que la figura de las órdenes de protección tiene una mención expresa en el art. 62.1.d del Convenio de Estambul. En el ámbito de la cooperación en materia penal, nos referiremos asimismo a la Directiva 2012/29/UE y en materia civil al Reglamento UE 606/2013. Ahora bien, es preciso aclarar que en relación con la propia denominación del Reglamento e incluso por la terminología utilizada se puede generar alguna confusión en el ordenamiento jurídico español. Y es que el Reglamento no se refiere al reconocimiento de medidas de protección en materia civil que formen parte del Derecho privado, sino que son medidas de protección penal vinculadas a la comisión de un delito que en algunos EEMM se conectan al orden procesal civil pero que en el caso español se conectan con el penal. De forma que, en el sistema español, al igual que las Directivas, el Reglamento atiende materialmente a la protección penal¹⁵³.

¹⁵¹ Sobre el principio de reconocimiento mutuo, *Vid.* MORENO CATENA, Víctor. «El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo», en CARMONA RUANO, Miguel; GONZÁLEZ VEGA, Ignacio; MORENO CATENA, Víctor. *Cooperación judicial penal en Europa*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 41 y ss.

¹⁵² DE HOYOS SANCHO, Montserrat. «El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea. La Directiva 2011/99, el Reglamento UE 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán», *Revista de proceso y Derecho Penal*, n.º 38, 2015, pp. 63-105.

¹⁵³ RUIZ SUTIL, Carmen. «Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento de Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 615-641.

B) LA COOPERACIÓN JUDICIAL DISEÑADA POR EL CONVENIO DE ESTAMBUL A LA LUZ DE LAS DIRECTIVAS 2011/99/UE Y 2012/29/UE, Y EL REGLAMENTO UE 606/2013

En el ámbito del Consejo de Europa, la cooperación judicial en la esfera penal, con carácter general, cuenta con una estructura normativa nutrida: el Convenio Europeo de Extradición¹⁵⁴, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal¹⁵⁵, sus Protocolos Adicionales¹⁵⁶, Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales¹⁵⁷, el Convenio sobre blanqueo, registro, incautación y decomiso del producto del delito¹⁵⁸ y el Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, registro, incautación y confiscación del producto del delito y sobre el financiamiento del terrorismo¹⁵⁹. Estos tratados son instrumentos intersectoriales que se aplican a un gran número de delitos y pueden implementarse para permitir la cooperación judicial en materia penal en el marco de procedimientos dirigidos a los delitos tipificados en el Convenio de Estambul. La existencia de una red normativa, por un lado, y el hecho de que todos los EEMM del Consejo de Europa son partes en el Convenio Europeo de Extradición y el Convenio Europeo de Asistencia Legal Mutua, por otro, son aspectos que el *Explanatory Report* tiene en cuenta al recomendar una estrategia normativa fundamentada en que no se reproduzcan disposiciones sobre asistencia judicial recíproca y extradición en instrumentos especializados, sino que se incluyan las normas mencionadas. De manera que, el Convenio de Estambul no incorpora disposiciones que tengan el mismo alcance que los instrumentos normativos antes citados y únicamente incorpora referencias que añadan algún elemento *ex novo*¹⁶⁰.

Ahora bien, no son exclusivamente los instrumentos jurídicos del Consejo de Europa los que el Convenio de Estambul ha tenido en consideración en la regulación referida a la cooperación judicial en materia penal. Y es que el DUE, con base jurídica en el art. 82.1 TFUE, también ha generado una significativa influencia. Tal es así que el art. 62.2. del Convenio de Estambul trae causa de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de las víctimas en los procesos penales¹⁶¹, sustituido por la Directiva 2012/29/UE¹⁶². De este artículo nace que «las víctimas

¹⁵⁴ European Treaty Series n.º 24.

¹⁵⁵ European Treaty Series n.º 30.

¹⁵⁶ European Treaty Series n.ºs 86, 98, 99 y 182.

¹⁵⁷ European Treaty Series n.º 70.

¹⁵⁸ European Treaty Series n.º 141.

¹⁵⁹ European Treaty Series n.º 198.

¹⁶⁰ «Explanatory Report...», cit., p. 324 y 325.

¹⁶¹ El art. 11 apdos. 2 y 3 es el que sirve de referencia al Convenio.

¹⁶² 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

de un delito establecido conforme al presente Convenio y que haya sido cometido en el territorio de una Parte distinta de aquel del que ellas sean residentes, puedan presentar denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia», mecanismo que las Partes garantizarán adoptando las medidas legislativas oportunas. Se trata, en definitiva, de un mecanismo facilitador del procedimiento de denuncia que se concede a la víctima y que la Ley 4/2015 del Estatuto de Víctima transpone al ordenamiento jurídico español, concediendo una respuesta integral a las víctimas de delitos. La activación de la denuncia permite que, si la normativa estatal así lo establece, las autoridades puedan iniciar el procedimiento o, en su caso, remitir la denuncia a las autoridades del Estado en el que se cometió en delito, en base a las reglas existentes para la transferencia de información¹⁶³.

El itinerario normativo más complejo fue sin duda el planteamiento de la adopción de una directiva europea que permitiera la ampliación de la protección penal concedida a la víctima por parte de un EM al resto del territorio de la UE, en aras a obtener la garantía más sólida posible de que la víctima no vuelva a ser objeto de nuevas actuaciones delictivas por parte del mismo sujeto agresor. Este planteamiento dio lugar a la aprobación de la Directiva 2011/99/UE, de 11 de diciembre de 2011, sobre la OEP, con un procedimiento de aprobación copado de avatares, aunque cumpliendo el objetivo inicial: el de articular un mecanismo añadido para avanzar en la consolidación del ELSJ en la UE¹⁶⁴.

víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo, relativa al Estatuto de la Víctima (cuyo contenido ningún Estado miembro incorporó a su Derecho interno). Ha sido transpuesta por la Ley 4/2015, de 27 de abril (del Estatuto de la víctima) y el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre de 2015.

¹⁶³ «Explanatory Report...», cit., p. 330.

¹⁶⁴ La iniciativa de Directiva de Orden Europea de Protección fue presentada por un grupo de Estados (Bélgica, Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia) ante el Parlamento Europeo para su aprobación y posterior remisión al Consejo, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. La base jurídica elegida fue el artículo 82 apdo. 1 TFUE que, en la letra d), se refiere a la cooperación penal: en concreto señala que el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar medidas tendentes a facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones. Con algunos avatares, la iniciativa de Directiva se aprobó con un amplio respaldo en el Parlamento Europeo: 610 votos a favor, 13 en contra y 56 abstenciones. En un primer momento, la Comisión Europea se mostró reacia a admitir que esta iniciativa normativa siguiera su trayectoria institucional, fundamentando su argumentación en dos partes: a) La Comisión entiende que la base jurídica por la que se ha optado, el citado artículo 82 apdo. 1 d) es inadecuada, ya que esta solo abarcaría las medidas penales, de modo que la Directiva sobre Orden Europea de protección que se pudiera adoptar únicamente estaría dirigida al ámbito judicial penal, no al ámbito judicial civil. Obviamente tampoco tendrían encaje las medidas adoptadas por las autoridades administrativas, lo que podría reducir sustancialmente la eficacia de la iniciativa normativa; b) Incidiendo en la segunda parte de este argumento, la variedad normativa que en esta materia existe en los distintos EEMM genera no pocas dificultades técnico-jurídicas. Precisamente,

Ciertamente la materia vinculada a la protección de las víctimas ha sido una cuestión sobre la que los EEMM han incidido en el seno de sus propias políticas internas y que se vio trasladada al plano de la UE, sobre todo, al activarse el procedimiento de aprobación de la Directiva sobre la Orden Europea de protección de víctimas. Su gestación e *iter* institucional se activa bajo la presidencia española de la UE en el primer semestre de 2010 y su aprobación fue relativamente compleja. El elemento clave sobre el que gira esta iniciativa de protección de víctimas no es otro que la libertad de desplazamiento de la ciudadanía de los EEMM en el ámbito territorial de la UE. Dicho de otro modo, el ejercicio de esta libertad por parte de la ciudadanía de un EM hacia otros espacios de la UE genera un constante movimiento de sujetos de Derecho de un Estado a otro. Esta dinámica de desplazamiento puede tener incluso un mayor incentivo cuando a quien se desplaza se le une el perfil de víctima de un delito por razón de sexo. Y es que, además de los motivos que puedan acompañar a cualquier persona a ejercer la libertad de desplazamiento, en el caso de las víctimas de delitos por razón de sexo, se añade la legítima pretensión de alejarse del ámbito territorial y entorno en el que sufrió la vulneración. Pero el círculo no cierra obviamente ahí, ya que a ello debemos añadir que quien ha agredido también dispone de una libertad deambulatoria en el ámbito territorial de la UE, y que en el país de origen se encontraba sujeto a una serie de medidas restrictivas en relación con la persona sobre la que actuó delictivamente (es decir, la víctima). De ahí que se genere la necesidad de extender los mecanismos restrictivos de alcance exclusivamente estatal a todo el conjunto del territorio de la UE. En el caso de que no se apreciara la extensión de las restricciones estatales al resto de los EEMM de la UE, podría hablarse de un debilitamiento del ejercicio del derecho de circulación y residencia de la víctima, por no disponer del mismo nivel de protección en el resto de EEMM que el que dispone en el suyo. Incluso en el caso de que la víctima ejerciera su derecho de circula-

las voces críticas señalaban que la iniciativa únicamente comprendía las órdenes o medidas de protección dictadas por las autoridades judiciales. En este sentido, algunos Estados (como Italia y los Países Bajos) defendían que la OEP solo debía incorporar las medidas de protección estatales que provinieran de procedimientos penales. En cambio, la mayoría de los EEMM defendían que también deberían ser tenidas en cuenta las medidas de carácter administrativo y civil. Asimismo, algunos Estados, como Hungría, solicitaron que se estableciera una clara diferenciación entre los procedimientos de carácter civil y de carácter penal. El *gap* principal se encontraba, por tanto, en que cada Estado utiliza un diseño específico para la aprobación y ejecución de mecanismos de protección de víctimas. Mientras en algunos Estados estas órdenes de protección deben ser necesariamente adoptadas por el poder judicial (ya sea civil o penal), en otros Estados no se requiere la intervención judicial y basta con que las adopten las autoridades policiales o administrativas (a través de los correspondientes servicios sociales). *Vid.* ZELAIA GARAGARZA, Maite. «El complejo alumbramiento de la Orden Europea de Protección de víctimas», en ORDENANA GEZURAGA, Ixusko (coord.), *Víctimas en distintos ámbitos del Derecho*, UPV/EHU, Leioa, 2011.

ción y residencia en territorio europeo podría apreciarse una especie de renuncia tácita a la protección ofrecida por el EM del que sale y la asunción de un riesgo vinculado al ejercicio de su libertad deambulatoria. El modo de evitarlo no debería pasar por la limitación de la libertad a la víctima, convirtiéndose en una especie de doble victimización, sino en la adopción de fórmulas que sirvieran para una extensión de la protección estatal.

Las fuentes de inspiración para las instituciones europeas a la hora de diseñar la Directiva sobre la Orden Europea de Protección de víctimas fueron, por tanto, estatales, pero no solo, ya que además de ello se contó con otras fuentes de índole europea e internacional. En el marco de Naciones Unidas, la Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (1985)¹⁶⁵ supuso un avance, por medio de la cual se solicitaba a los Estados que adoptaran las normas necesarias para crear las herramientas oportunas con el fin de reducir la victimización y ofrecer la asistencia apropiada a las víctimas. En un ámbito más identificado con la violencia contra las mujeres, la Declaración sobre eliminación de la violencia contra las mujeres (1993)¹⁶⁶ fijó el compromiso de las Partes en la erradicación de la violencia contra la mujer. Para ello se requería la elaboración de políticas de carácter preventivo, la creación de medidas jurídicas, políticas, administrativas y culturales que fomentaran la protección de la mujer frente a la violencia y que evitaran la reincidencia en la victimización de la mujer. Siguiendo el citado hilo conductor, el Marco de Acción para acabar con la violencia contra las mujeres (2008)¹⁶⁷ recoge como actuación preferente de los Estados aquella dirigida a la adopción y aplicación de normas estatales que castiguen la violencia contra las mujeres, generando paralelamente las necesarias políticas de prevención de la violencia. Lo cierto es que las citadas aportaciones de las Naciones Unidas tienen como destinatarios a los EEMM.

En el ámbito del Consejo de Europa, debemos mencionar la Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal (1985)¹⁶⁸ a través de la cual el Consejo de Europa recalcó a los EEMM que la protección de las víctimas y de sus intereses es un principio de la justicia penal. Asimismo debemos traer a colación como fuente de inspiración de la iniciativa de la Directiva sobre la Orden Europea de Protección, la Recomendación sobre la protección de las mujeres contra la vio-

¹⁶⁵ Resolución 40/34 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985.

¹⁶⁶ Declaración de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1993.

¹⁶⁷ Marco de Acción de Naciones Unidas 2008/2015.

¹⁶⁸ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de junio de 1985.

lencia (2002)¹⁶⁹, en la que el Consejo de Europa incita a los Estados a actuar diligentemente en la prevención, investigación y castigo de los actos de violencia, tanto en el caso de que sean provocados por autoridades públicas como por particulares, ofreciendo además la necesaria protección a las víctimas.

En el ámbito de la UE, existe un antecedente materialmente cercano y que ha servido, en algunos aspectos, como punto de partida de la Directiva sobre la Orden Europea de Protección. Se trata del Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001)¹⁷⁰, que pretendía resolver los conflictos generados en relación con los derechos procesales de la víctima en el ámbito penal. Esta norma europea fue desarrollada pocos años más tarde con la Directiva sobre indemnización a las víctimas de delitos (2004)¹⁷¹. Por su parte, el Programa Marco de derechos fundamentales y justicia (2005)¹⁷² también ha servido de referente normativo de la Directiva sobre la Orden Europea de Protección ya que trata la violencia contra las mujeres, los jóvenes y niños como un mal a superar de cara al objetivo común de afianzar el espacio de libertad, seguridad y justicia. Por último, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y futuras acciones (2006)¹⁷³ en relación con la garantía para obtener protección jurídica por parte de las mujeres y las pautas a seguir en los EEMM en esta materia¹⁷⁴. Con la llegada del Tratado de Lisboa, el ELSJ, en el que se inserta la materia objeto de análisis, recibe un nuevo impulso, convirtiéndose en una política comunitaria más, desvaneciéndose el Tercer Pilar de la Unión Europea¹⁷⁵. El propio TUE garantiza a la ciudadanía un espacio de libertad, seguridad y jus-

¹⁶⁹ Recomendación 2002/5 del Consejo de Europa, de 30 de abril de 2002.

¹⁷⁰ Decisión Marco 201/220/JAI, del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001.

¹⁷¹ Directiva 2004/80/CE, cit.

¹⁷² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo COM (2005)0122 que fija el Programa marco para el ciclo 2007/2013.

¹⁷³ Resolución 2004/2220 (INI) del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2006.

¹⁷⁴ Previamente, el 16 de septiembre de 1997, ya se adoptó una Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, que solicitaba a los EEMM que revisaran la aplicación de las herramientas jurisdiccionales y adoptaran las medidas necesarias para que las mujeres pudieran obtener una adecuada protección jurídica.

¹⁷⁵ La política de libertad, seguridad y justicia que trata de propiciar el Tratado de Lisboa incorpora un elenco de materias que podrían resumirse en: la defensa de los derechos fundamentales con carácter general; la libertad de circulación de personas, asilo e inmigración, la cooperación judicial civil y penal, la cooperación policial aduanera, la lucha contra el terrorismo, la lucha contra la delincuencia organizada, la lucha contra las drogas o la trata de seres humanos y la lucha contra la corrupción. Para un análisis del espacio de libertad, seguridad y justicia tras Lisboa, *Vid.* CARRERA, Sergio, y GEYER, Florian. «El Tratado de Lisboa y un ELSJ: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 29, 2008, pp. 133-162. Para un análisis del estado de la cuestión con carácter previo, véase: AA.VV. *El tercer pilar de la Unión Europea. La Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

ticia sin fronteras entre los EEMM, quedando garantizados tanto la libertad de circulación de las personas además de las medidas precisas para el control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia (art. 3.2).

En esta misma línea, el TFUE¹⁷⁶ insiste en garantizar el ELSJ, incorporando, en este caso, menciones expresas al respeto de los derechos fundamentales y a los sistemas y tradiciones jurídicas propias de cada uno de los EEMM (art. 67.1). Todo ello vendrá garantizado por: una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores (art. 67.2); las correspondientes medidas de carácter preventivo y punitivo contra la delincuencia, el racismo y la xenofobia; las medidas de coordinación y colaboración entre autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros; el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, en caso de que fuera preciso, la aproximación de legislaciones penales (art. 67.3). De modo más específico, el TFUE hace especial mención a la problemática de las víctimas de delitos. En concreto, se diseña una modalidad de regulación de mínimos por parte de la UE en el ámbito de los derechos de las víctimas de los delitos. Así, el art. 82.2 indica que en el caso de que sea preciso para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en materia penal con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo tendrán competencia para fijar las normas mínimas a través de un instrumento concreto, la directiva, y siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. Ahora bien, la normativa de mínimos deberá, en todo caso, reparar en las tradiciones y sistemas jurídicos propios de los EEMM que, además, podrán mantener o instaurar un nivel más elevado de protección de las víctimas que el fijado en la norma europea de mínimos¹⁷⁷.

Como se viene indicando, esta Directiva se crea con el objetivo de que las medidas de seguridad adoptadas por las autoridades de un EM de cara a obtener la protección de la víctima, puedan ser también aplicadas con carácter automático cuando se desplace a otro EM de la UE. El período de transposición fijado por la Directiva para el 11 de enero de 2015 se cumplió por parte de España con la adopción de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre

¹⁷⁶ Artículos 67 a 89 (Título V, Parte Tercera) TFUE.

¹⁷⁷ Si la UE pretende consolidarse como un verdadero ELSJ, las desigualdades y violaciones de derechos fundamentales provocadas por razones de género no pueden formar parte del tablero de juego por lo que las instituciones europeas deben entrar al juego articulando políticas públicas y procedimientos administrativos y judiciales dirigidos a la protección eficaz e integral de la mujer. MONTIEL ROIG, Gonzalo. «La Orden Europea de Protección: indicadores sociales, violencia de género y cambio social», en MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (dir.). *La Orden Europea de Protección. La protección de víctimas de violencia de género y cooperación judicial penal en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 20.

de 2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, modificada por la Ley 3/2018, de 11 de junio de 2018, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE para regular la Orden Europea de Investigación.

La Directiva 2011/99/UE se dirige a todo tipo de víctimas sin que sea relevante el origen de la victimización. Y precisamente la pretensión ha sido la de hacerla lo más extensiva posible. Tal es la pretensión de extender el ámbito de aplicación de esta norma que incluso un familiar de la víctima protegida en el EM de origen podría solicitar la OEP. Ello no obstante, el prototipo de víctima a quien en mayor grado podría resultar aplicable esta norma, es la víctima de violencia de género¹⁷⁸. Así, en lo referido a los delitos de violencia de género, las medidas protectoras previstas por la Directiva 2011/99/UE se dirigen a proteger las mujeres contra los actos de carácter delictivo de un hombre que sean susceptibles de poner en riesgo su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual. La diversidad normativa de los EEMM en esta materia lleva al legislador europeo a la consideración de que no se produce la obligatoriedad de modificación de los sistemas internos para la aplicación de las medidas de protección. De forma que el EM al que corresponda la ejecución podrá adoptar las medidas que considere adecuadas con «un margen de apreciación para adoptar cualquier medida que estime oportuna y adecuada, con arreglo a las disposiciones de su Derecho nacional para un asunto similar, con el fin de garantizar la protección ininterrumpida de la persona protegida, teniendo en cuenta la medida de protección adoptada en el Estado de emisión descrito en la OEP»¹⁷⁹.

Fijando la mirada en el plano español, la Ley 23/2014 dedica el Título VI a la transposición de la Directiva y en el umbral del Título realiza una serie de consideraciones generales¹⁸⁰. Por un lado, define la OEP como «una re-

¹⁷⁸ No cabe duda de que la protección de las víctimas supone no solo un derecho a la reparación de las lesiones causadas y a que quien las haya generado tenga su castigo, sino también el derecho a no sufrir la misma vulneración por parte de quien ha sido castigado por ello. Y lo cierto es que la reincidencia delictiva sobre la misma víctima es algo que se observa frecuentemente en los casos de violencia de género. *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ RIVERA, Pedro. «La Orden de Protección en violencia de género», en FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.ª Begoña (coord.). *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 373-389.

¹⁷⁹ Considerando 20 de la Directiva 2011/99/UE. *Vid.* al respecto, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. «La Orden europea de Protección aplicada a las víctimas de violencia de género», en MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; PARRILLA VERGARA, Javier (dirs.). *Mujer y Derecho Penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?*, Bosch, Barcelona, 2019, p. 537.

¹⁸⁰ Sobre esta Ley, véase: FREIXES, Teresa; ROMÁN, Laura (dirs.). *La Orden Europea de Protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid, 2015.

solución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un EM en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio»¹⁸¹. Por otro, señala a las autoridades competentes en España para emitir y recibir una OEP, identificándolos con «los jueces o tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección»¹⁸², «los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo»¹⁸³, o el juez o Tribunal que previamente hubieran reconocido y ejecutado resoluciones de libertad vigilada o de otras medidas alternativas a la prisión provisional¹⁸⁴.

En cuanto a los requisitos materiales exigibles para que una OEP pueda ser solicitada en un EM al que la víctima se ha desplazado, la Directiva recoge uno que actúa como *conditio sine qua non* y sin el cual no cabría el inicio del procedimiento. Se trata precisamente de la previa existencia de la medida de protección al amparo de la normativa estatal. Incluso, la Directiva menciona, y posteriormente la norma española de transposición lo reitera, que la medida de protección estatal debería incorporar, al menos, una de las siguientes obligaciones o restricciones a la persona agresora: a) una prohibición de entrar en determinadas localidades, espacios o áreas cuando la persona protegida resida en ellas o las visite; b) una prohibición de contactar (o contacto previamente reglado) con la persona protegida por cualquier vía de comunicación (telefónica, correo postal o electrónico, fax...); y/o c) una prohibición de acercarse (o acercamiento previamente reglado) a la persona protegida a una distancia determinada¹⁸⁵.

Tras las oportunas consideraciones de carácter general, tanto la Directiva como la Ley 23/2014 realizan la identificación de los dos escenarios que pueden surgir en la aplicación de una OEP, siguiendo la línea de la Directiva: por un lado, la acción de las autoridades españolas hacia el exterior, es decir, la emisión y transmisión de una OEP a otro EM¹⁸⁶, y, por otro, la recep-

¹⁸¹ Art. 130.1 Ley 23/2014, cit.

¹⁸² *Ibidem*, art. 131.1.

¹⁸³ *Ibidem*, art. 131.2.

¹⁸⁴ Sobre la inadmisión de la petición de una OEP en base a los artículos 130 y 131 puede verse el Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa 277/2019, de 5 de noviembre de 2019.

¹⁸⁵ Art. 5 Directiva 2011/99/UE, cit., y art. 130.2 Ley 23/2014, cit.

¹⁸⁶ Arts. 133 a 137 Ley 23/2014, cit., y arts. 6 a 8 Directiva 2011/99/UE, cit.

ción por parte de las autoridades españolas de una solicitud de ejecución de una OEP¹⁸⁷.

En el supuesto de que alguno/s de estos requisitos se cumpliera/n, la persona protegida podría solicitar la OEP cuando decidiera residir (o realizar una estancia) o incluso cuando ya se encuentre residiendo (o realizando la estancia) en otro EM¹⁸⁸. El EM receptor deberá fundar su decisión de conceder la OEP o no concederla en la duración de la estancia de la persona protegida y el alcance o gravedad de la situación. En concreto, la Directiva establece algunos motivos por los que la OEP podría ser rechazada, que podría reconducirse a las siguientes¹⁸⁹: a) cuando la medida de protección solicitada se refiera a una actuación que en el EM receptor no sea delito; b) cuando el acto o comportamiento por el que se ha originado la medida de protección en el Estado de origen haya prescrito en el EM al que se le haya solicitado la aprobación de la OEP; c) cuando la concesión de la OEP pudiera generar una violación del *principio ne vis in idem*; d) cuando en base a la normativa del EM al que se le haya solicitado la OEP, la persona agresora contra la que se solicita la medida de protección no genera peligrosidad criminal debido a su edad; o e) cuando la medida de protección se vincule a un delito que, según el EM al que se le ha solicitado la OEP, haya sido cometido en su integridad o en gran medida en el territorio del Estado que reconoció la medida de protección.

En el caso de que el EM receptor rechace la solicitud, la Directiva indica¹⁹⁰ que este: a) deberá informar inmediatamente tanto a la persona protegida como al EM que le había reconocido la medida protectora; b) si procede, deberá informar a la persona protegida de la posibilidad de solicitar la adopción de una medida de protección de acuerdo con la normativa de su Estado de origen; y c) si procede, deberá informar a la persona protegida sobre los recursos disponibles a nivel estatal contra la negativa de reconocimiento de la OEP.

¹⁸⁷ Arts. 138 a 142 Ley 23/2014, cit., y arts. 9 a 12 Directiva 2011/99/UE, cit. Un análisis exhaustivo del procedimiento y del modo de actuar del Estado español en las dos facetas, como Estado de emisión y de recepción, puede encontrarse en: BORGES BLÁZQUEZ, Raquel. «La Orden de Protección Europea y su aplicación en España», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 41, 2020-I, pp. 93-127.

¹⁸⁸ Uno de los aspectos que resultan clave es el de la determinación de si una víctima que no quiere ser protegida está en condiciones de valorar el riesgo que sufre. BORGES BLÁZQUEZ señala que ese tipo de valoración depende en gran medida de los elementos culturales instalados en las sociedades de cada EM. Es ese contexto cultural y social el que influye en la adopción de las decisiones individuales, que afectan a la comprensión e interpretación del problema de la violencia contra la mujer como aspecto estructural del sistema, más allá de una cuestión privada. BORGES BLÁZQUEZ, Raquel. «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 43, 2021-I, p.192.

¹⁸⁹ Art. 10.1 Directiva 2011/99/UE, cit.

¹⁹⁰ *Ibidem*, art. 10.2.

Con carácter general, la estrategia de transnacionalizar la protección de las víctimas de violencia de género es una cuestión que únicamente puede recibir una valoración positiva. De modo que la OEP supone un extraordinario avance en la carrera hacia una protección integral respecto de los tipos de delito recogidos en el Convenio de Estambul. La voluntad mostrada por los EEMM ha conseguido superar las iniciales reticencias de estos a renunciar a parte de la soberanía que en materia de Derecho Penal ha sido indiscutible históricamente con el objetivo de obtener una armonización europea en materia de protección de mujeres, una armonización que en gran medida llega de la mano del proceso penal¹⁹¹.

En definitiva, el Consejo de Europa a través del Convenio de Estambul y la UE con la Directiva 2011/99/UE, han alineado, de alguna manera, sus posiciones, de tal modo que, cada cual en su ámbito de actuación ha regulado la protección de las víctimas. Además, el art. 19.2 de la Directiva se remite a las posibles Tratados y Convenios que los EEMM puedan firmar respecto de la misma materia. Es cierta la existencia de un afán armonizador de la UE, a través de la Directiva, de cara a que las legislaciones estatales se acompañen para el cumplimiento de objetivos comunes. Pero no es menos cierto que la responsabilidad que recae en la parte judicial requiere que se genere una tupida trama de autoridades judiciales de los EEMM que sea capaz de articular eficazmente las solicitudes y recepciones de las OEP de mujeres víctimas de violencia de género.

Reconociendo la categoría de piedra angular de la cooperación judicial en materia penal a la Directiva 2011/99/UE, el anclaje de la protección de las víctimas en el ámbito penal en la línea señalada por el Capítulo VIII del Convenio de Estambul (art. 62.1 y 2) no se materializa sin la norma de referencia europea en cuanto a la protección de las víctimas en relación con los procedimientos penales en la UE. Se trata de la Directiva 2012/29/UE¹⁹² (que sustituyó a la Decisión Marco 2001/220/JAI), cuya transposición en España se realiza a través de la Ley 4/2015¹⁹³ y Real Decreto 1109/2015¹⁹⁴.

¹⁹¹ 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*, n.º 71, 2018, p. 84.

¹⁹² Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre sus derechos, apoyo y protección.

¹⁹³ Ley 4/2015, de 27 de abril de 2015, del Estatuto de la víctima del delito.

¹⁹⁴ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre de 2015, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 25 de abril de 2015, del Estatuto de víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito.

A este respecto, cabe señalar que la ausencia de normativas estatales suficientemente garantistas respecto de la víctima¹⁹⁵ y la relativa ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI¹⁹⁶ produjeron que la Comisión Europea planteara la aprobación de un paquete de derechos básicos que debían acompañar al estatuto jurídico de la víctima y que adquirirían mayor sentido, si cabe, por su extrema vulnerabilidad, en el supuesto de las víctimas de violencia de género. Se trataba de una batería de herramientas que se pueden englobar en: a) El reconocimiento y trato profesional respetuoso; b) Protección frente al riesgo de sufrir una doble victimización debido a la participación en los procedimientos de investigación y judiciales sin las suficientes garantías; c) Apoyo mediante la asistencia de emergencia psicológica tras ser víctima del acto delictivo; d) Acceso a la justicia, con la obligación de la autoridades judiciales de poner a disposición de la víctima una adecuada representación, facilitándole la comprensión de los derechos que le asisten, la información que reciba así como las actuaciones que le puedan afectar en el proceso penal; y e) Compensación y reparación, con garantía de que puedan acceder a una indemnización adecuada por los daños y perjuicios sufridos por el delito¹⁹⁷.

La Directiva 2012/29/UE recogió la estrategia de la Comisión Europea y plasmó un cuadro de mando fijando las bases jurídicas de los siguientes derechos: a) Derecho a la información; b) Derecho a la participación en el proceso penal; c) Derecho a la reparación e indemnización; y d) Derecho a la

¹⁹⁵ Con carácter previo a la aprobación del Convenio de Estambul, en España la LO 1/2004, de 20 de diciembre de 2014, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, recogía algunos aspectos identificables con las exigencias del Convenio, pero insuficientes a todas luces. MERINO-SANCHO, Víctor. «La (a)simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma de la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul», *Anuario de Filosofía de Derecho-AFD*, n.º 35, 2019, pp. 93-126.

¹⁹⁶ La necesidad de reforma de la DM es una cuestión que, de inicio, ya se observaba. Fundamentalmente, su ineficacia se vinculaba al contenido ambiguo de muchos de sus preceptos y la inexistencia de herramientas que permitieran activar procedimientos por incumplimiento contra los Estados que las incumplieran. De ahí que la necesidad de un nuevo marco legal fuera algo que las instituciones europeas no cuestionaban. La iniciativa de reforma se dirige hacia una línea de trabajo clara: el fortalecimiento de la situación de las víctimas en cuanto al acceso a la justicia, derechos y servicios básicos de apoyo en todos los EEMM, sin fisuras ni diferencias jurídicas en las regulaciones estatales. Un estudio crítico del contenido del DM y sus limitaciones en: VILLEGAS DELGADO, César. «La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa», en ARMENTA DEU, Teresa; OROMÍ VALL-LLOVERA Susana (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010.

¹⁹⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José. «El nuevo Estatuto de las víctimas del delito en el proceso penal según la Directiva europea 2012/29/UE, de 25 de octubre, y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-24, 2016 <http://criminol.ugr.es/recpc/18/recpc18-24.pdf> [última consulta: 10/01/2022].

protección de su seguridad e intimidad¹⁹⁸. Precisamente, la norma de transposición española, la Ley 4/2015, de 27 de abril de 2015, del Estatuto de la Víctima del delito, incorpora al ordenamiento jurídico estatal aspectos novedosos en relación con las víctimas por violencia de género. Estos elementos se refieren, entre otros, a la ampliación de la asistencia y protección de la víctima en base a los derechos procesales y extraprocesales; la inclusión de la figura de víctima indirecta (identificada con cónyuge, hijos e hijas, progenitores y personas bajo la tutela de la víctima; la notificación de oficio de resoluciones para estar informada sobre la situación penitenciaria o medidas cautelares del agresor (salvo que se solicite que no se informe); la consideración de víctima de las personas menores de edad si se encuentran en un espacio de violencia de género; legitimación para interponer recurso (sin ser parte en la causa) cuando se trate de (a) la clasificación del condenado en tercer grado [...]; (b) beneficios penitenciarios; (c) concesión de la libertad condicional; (d) las necesidades de protección de la víctima se tendrán en cuenta para evitar la victimización secundaria, con especial atención en el riesgo de reiteración de los actos de violencia de género; (e) reforzamiento de la protección de las hijas e hijos de las víctimas de violencia de género, en el contexto de la orden de protección. En definitiva, la Ley 4/2015 incorpora un haz de mecanismos que tratan de ajustar las garantías del Convenio al ordenamiento jurídico español.

¹⁹⁸ Para un análisis detallado del contenido y proyección de la Directiva 2012/29/UE, *Vid.* la abundante doctrina al respecto: BLÁZQUEZ PEINADO, María Dolores. «La Directiva 2012/29/UE ¿Un paso adelante en materia de protección a las víctimas en la Unión Europea?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 46, 2013, pp. 897-934; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. «Un nuevo impulso a las garantías procesales de las víctimas en la Unión Europea (La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre)», en MARTÍN OSTOS, José. (coord.). *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo. Estudios dedicados al Catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 175-188; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. «La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos, el apoyo y la protección a las víctimas de delitos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 12, 2013, pp. 37-58; 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*, n.º 34, 2014, pp. 1-53; GARCÍA RODRÍGUEZ, Manuel José. «Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo», *La Ley Unión Europea*, n.º 14, 2014, pp. 47-58; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. «La protección de las víctimas de delitos en el marco de la Unión Europea», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 112, 2014, pp. 307-336; OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susana. «Víctimas de delitos en la Unión Europea. Análisis de la Directiva 2012/29/UE», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 30, 2013, pp. 1-31; PEREIRA PUIGVERT, Silvia. «Normas mínimas para las víctimas de delitos: análisis de la Directiva 2012/29/UE. Especial referencia al derecho de información y apoyo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, 2013, pp. 1-21; SANZ HERMIDA, Ágata María. «El nuevo marco de los derechos de las víctimas en la UE: La Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 29, 2013, pp. 1-6.

En el ámbito identificado como «cooperación judicial en materia civil», en lo concerniente al ámbito europeo, el art. 81 TFUE impone su obligatoriedad. A ello se le añade el mecanismo para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil a través del Reglamento 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Este instrumento normativo, a diferencia de lo que ocurría con dos Directivas mencionadas, dispone de efecto directo y, por tanto, no precisa de normativa estatal para su incorporación al ordenamiento jurídico estatal. La elección de un instrumento jurídico obligatorio y directamente aplicable como es el Reglamento responde al objetivo de lograr la libre circulación de las medidas de protección de carácter judicial¹⁹⁹. Ahora bien, su contenido acusa cierta falta de concreción que la normativa española, inexistente hasta la actualidad, podría resolver²⁰⁰.

En una línea diferente a la marcada por la Directiva 2011/99/UE, en la que la OEP dispone de una doble dirección, con España como solicitante a otro EM y también como receptora de solicitud, el Reglamento 606/2013 únicamente realiza la previsión del segundo escenario, con lo que la situación difiere de la que se da con las directivas anteriores. No genera, por tanto, ningún problema la actuación de las autoridades judiciales estatales, ya que vincularán sus peticiones a la OEP, al tratarse de medidas de naturaleza penal²⁰¹. En cambio, el modo de reconocer y ejecutar las medidas de protección de naturaleza civil que provengan de otros EEMM no dispone de concreción jurídica en el ordenamiento jurídico español²⁰².

Corresponde, por tanto, aplicar directamente el contenido del Reglamento UE 606/2013 en los términos previstos en el mismo. Un contenido que incorpora los aspectos conceptuales y procedimentales de carácter substancial, tales como qué se debe considerar como una medida de protección, los ór-

¹⁹⁹ Considerando 5 Reglamento UE 606/2013, cit.

²⁰⁰ La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil tampoco hace referencia al Reglamento UE 606/2013 ni al modo de recepción y ejecución de las peticiones de medidas de naturaleza civil de otros EEMM.

²⁰¹ En cumplimiento del art. 18.1 Reglamento UE 606/2013, España incorpora la Comunicación referida a las autoridades competentes para dictar medidas de protección señalando que al no existir órdenes de protección como las descritas en el Reglamento UE 606/2013 en el sistema español, «no hay autoridades judiciales competentes para la emisión de esta orden y sus certificados en los términos del art. 5 del reglamento». Véase: https://e-justice.europa.eu/352/ES/mutual_recognition_of_protection_measures_in_civil_matters?SPAIN&member=1 [última consulta: 10/01/2022].

²⁰² Un análisis del estado de la cuestión en Alemania, Austria, Italia, Francia, Bulgaria y Rumania se realiza en: DE HOYOS SANCHO, Montserrat. «La Orden Europea de protección de víctimas desde la perspectiva española», <https://docplayer.es/66723528-La-orden-europea-de-proteccion-de-victimas-desde-la-perspectiva-espanola-1-montserrat-de-hoyos-sancho.html>, pp. 3-4 [última consulta: 10/01/2022].

ganos judiciales competentes para aplicarla y el margen de actuación del que disponen. A estos efectos, la medida de protección se identifica con cualquier tipo de decisión, independientemente de su denominación, que haya sido emanada por una autoridad judicial u otra autoridad competente, con garantía de imparcialidad y cuyas resoluciones sean recurribles ante una autoridad judicial²⁰³. La citada medida será apta para la imposición de una serie de obligaciones a la persona que haya causado el riesgo en aras a la protección de la integridad física o psíquica de otra. Tales medidas podrían ser: «a) la prohibición o regulación de la entrada en el lugar en el que la persona protegida reside o trabaja o que frecuenta o en el que permanece de manera habitual; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, con inclusión de los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio; c) la prohibición o regulación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prescrita»²⁰⁴.

El principio de confianza mutua entre los EEMM y, por ende, entre las autoridades judiciales estatales, deriva en el reconocimiento directo de las medidas de protección aprobadas en un EM por los demás EEMM, sin necesidad de desarrollar ningún tipo de procedimiento. De este reconocimiento directo nace la prohibición del Estado requerido de revisar la medida de protección en cuanto al fondo y, por tanto, la aplicación directa²⁰⁵. Ahora bien, el Reglamento prevé escenarios en los que el Estado requerido pueda denegar la ejecución de una medida de protección, cuando así lo solicite la persona que haya causado el riesgo a la víctima de violencia de género y se reconozca alguno de estos supuestos: a) que el reconocimiento de la medida de protección «sea manifiestamente contrario al orden público del EM requerido», o b) que «sea incompatible con una sentencia dictada o reconocida en el EM requerido»²⁰⁶. En cambio, no será argumento para la denegación que el Derecho del EM requerido no permite una medida de protección basada en la misma situación de hecho²⁰⁷, negativa que consolida de alguna manera el principio de confianza mutua entre los EEMM²⁰⁸.

²⁰³ Arts. 3.1 y 4 Reglamento UE 606/2013, cit.

²⁰⁴ *Ibidem*, art. 3.1.a), b) y c).

²⁰⁵ *Ibidem*, Considerando 4 y art. 12.

²⁰⁶ *Ibidem*, art. 13.1.

²⁰⁷ *Ibidem*, art. 13.2.

²⁰⁸ La aceptación de que el EM requerido pudiera denegar la medida de protección fundamentándose en que no existe una identidad en el tratamiento jurídico respecto del hecho que origina la medida, además de suponer una posible quiebra de la confianza mutua entre EEMM puede provocar, a su vez, la vulneración de los derechos fundamentales de la víctima por violencia de género. Para un análisis de la protección de los derechos fundamentales en el ELSJ, *Vid.* UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio; LABAYLE, Henry. «La tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea», *European Inklings*, n.º 8, 2016.

Una lectura de conjunto de las Directivas 2011/99/UE, 2012/29/UE y Reglamento 606/2013 permite deducir que, *de facto*, la propia UE entra a formar parte de las estructuras institucionales vinculadas en calidad de firmante del Convenio de Estambul. El DUE derivado provoca un alineamiento institucional y normativo tanto de las propias estructuras comunes como de las estatales a los dictados del Convenio de Estambul. Como se ha indicado, la formalización de la adhesión *de iure* de la UE al Convenio resulta harto compleja pero el escenario dibujado a través de Derecho derivado permite deducir una vinculatoriedad material a los objetivos del Convenio. Asimismo, cada uno de los EEMM, además de ser Parte firmante del Convenio y, por tanto, obligado a su cumplimiento, se ve «acompañado» en el cumplimiento de las obligaciones convencionales por la UE a través de su normativa: por un lado, con la obligación de lograr los objetivos fijados en la directiva en el plazo fijado para ello, y por otro lado, en cumplimiento del reglamento como norma europea con efecto directo²⁰⁹.

V. CONCLUSIONES

Puede que no se trate de la mejor de las estrategias la que el Convenio de Estambul propone en materia de aplicación de la transversalidad de género en las políticas de migración, asilo y cooperación internacional. Pero hay que reconocer la virtud del Consejo de Europa de colocar en escena una temática poliédrica, sobre la que el consenso en relación con las cuestiones generales es amplio pero que genera dificultades en cuanto se baja al ejercicio detallado. De inicio, por tanto, la caja de herramientas que facilita el Convenio para operar sobre las materias analizadas ofrece el utillaje necesario y merece una valoración positiva. Partiendo de esta idea inicial, en las siguientes líneas apuntaremos los aspectos conclusivos que, a nuestro juicio, provoca la aplicación del Convenio de Estambul en las materias que nos ocupan.

La cuestión de la legitimación competencial para actuar normativamente en cumplimiento del mandato convencional es un aspecto previo que ofrece un retrato relativamente nítido. Por un lado, el propio Consejo de Europa busca una interlocución unívoca y lo fija en las Partes firmantes, identificadas con los Estados, en su calidad de sujetos de Derecho Internacional como algo incuestionable. La voz ante el Consejo de Europa deberá ser

²⁰⁹ Parte de la doctrina considera que ambas normas se conectan en base a una complementariedad. En este sentido, *Vid.* ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa. «La protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Especial referencia al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil», *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 5, n.º 2, p. 969.

única. Por otro lado, en relación con el mapeo competencial constitucional y estatutariamente diseñado, la jurisprudencia constitucional aporta luz a la literalidad de la norma constitucional.

En este sentido, en relación con las competencias estatales en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, el TC ha interpretado que, con carácter general, se deben respetar las competencias autonómicas y estas solo se limitarán cuando afecten a las actuaciones ejecutivas del núcleo esencial de esas materias. El art. 149.1.2 CE no puede constituirse en un título horizontal de alcance ilimitado que anule los títulos competenciales sectoriales autonómicos y que, en el caso de la CAV, se identifican, en lo que aquí interesa, con la asistencia social, desarrollo comunitario, políticas de género, infancia, juvenil y tercera edad, estadística y ejecución de la legislación laboral. Algo similar se puede interpretar respecto de la cooperación internacional, en su vertiente extrajudicial. Cuando la competencia ejercida materialmente en el ámbito interno del Estado corresponde a la CA, la mera proyección internacional o que la actuación autonómica adquiera dimensión internacional no es causa suficiente para determinar que la competencia se convierta en estatal. De ahí que cuando se trate de competencias que no conlleven ejercicio de *ius contrahendi*, podrán ser desarrolladas por la CA, cuestión que se podría considerar viable en relación con la actividad autonómica vinculada a la cooperación al desarrollo que permitiría activar algunos aspectos del Convenio de Estambul. En cuanto a la cooperación internacional judicial, la capacidad normativa autonómica queda limitada en base a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal nacida del art. 149.1.6 de la CE, sin que la salvedad de las peculiaridades sustantivas del Derecho autonómico permita justificar la actuación normativa autonómica en la materia.

No cabe duda de que políticas públicas estatales de migración y asilo (pertenecientes al SECA) deben responder en la actualidad a una situación de crisis global que en el caso de las mujeres migrantes víctimas de violencia de género adquiere unos tintes de extrema vulnerabilidad. No es gratuito, por tanto, que las solicitudes de asilo presentadas por mujeres en España se hayan incrementado en los últimos años, de lo que se concluye una valoración positiva del cauce abierto por el Convenio de Estambul. Ahora bien, el aspecto que se valora positivamente es la incorporación de la causa de la violencia de género en las solicitudes de asilo y no tanto el resto del contenido. Y es que los procedimientos administrativos, policiales y judiciales siguen manteniendo su ceguera respecto de las mujeres migrantes víctimas de violencia de género. La pretendida concepción neutra respecto del género (que en realidad es una concepción androcentrista) en los citados

procedimientos genera indudablemente efectos perjudiciales sobre la categoría de las mujeres migrantes, pero también sobre el conjunto de unas estructuras institucionales y sociales que defienden los derechos humanos. La tarea es harto compleja: se trata de deconstruir unos procedimientos con planteamientos patriarcales para la construcción de otros en los que la vulnerabilidad de la mujer migrante víctima de violencia de género sea un elemento central sobre el que pivoten los procesos. Solo así será posible atender la complejidad y magnitud de este fenómeno, y ofrecer una protección integral a las víctimas.

En el plano estatal, el enfoque que incorpora la LAPS responde a las líneas y categorías conceptuales que inspiran el Convenio. De ahí que, posicionándonos con el GREVIO, la valoración de inicio sea positiva (incluso tratándose de una norma estatal anterior a la aprobación del Convenio) pero se cuestione la falta de creatividad normativa de las autoridades españolas que no han desarrollado la propia ley, lo que hace inoperativa la previsión del tratamiento específico para quienes se encontraran en situaciones de vulnerabilidad. En los procedimientos acelerados de asilo, la brevedad con la que se desarrolla el procedimiento conlleva el riesgo de que las mujeres y niñas no se encuentren en un espacio de confianza en el que puedan manifestar información confidencial. Precisamente una de las cuestiones que nunca salen a la luz en estos procedimientos es el haber sufrido la MGF, siendo incluso conocedoras de que esta situación constituye una causa para solicitar el asilo. Una situación similar se produce en los procedimientos ordinarios de asilo en los que la dificultad de la víctima para mostrar su situación de vulnerabilidad y necesidades específicas se mantienen. Urge, en este sentido, una reforma de los procedimientos de asilo que ofrezcan garantías para que aflore la situación de la víctima, y que no se acabe corriendo un tupido velo sobre ella.

El impulso a las reformas legislativas como las planteadas requieren una alta dosis de trabajo preparatorio. Un trabajo preparatorio que, a su vez, exige conocer el terreno, la situación de hecho, manejar datos reales y, en base a ello, realizar comparativas entre Estados y diagnósticos para la resolución de los problemas. De ahí que uno de los aspectos en los que se debe incidir para poder efectuar propuestas de *lege ferenda* es el de la creación de un sistema de información fiable y actualizado en base a la recogida, análisis y difusión de los datos relacionados con las mujeres víctimas de violencia de género. En la actualidad, el acopio de estos datos no se realiza en muchas ocasiones de un modo sistematizado e incluso se prescinde de la recogida y análisis de los datos de un modo segregado, información fundamental para el desarrollo de iniciativas legislativas de procedimientos de asilo en los que el género actúe de un modo transversal.

La ausencia de datos actualizados no es un hecho aislado en el caso de España. En el ámbito de la UE tampoco existen datos fidedignos en una cuestión clave como son los procedimientos de las OEP en supuestos de víctimas por violencia de género. Un registro unificado de datos, entre otros, de las motivaciones, procedimientos de solicitud y recepción, denegaciones, o terceros Estados que provocan solicitudes de asilo por violencia de género, permitirían disponer de un panel de control en relación con la aplicación de la Directiva UE/2011/99, la Ley 23/2014 que la transpone y Reglamento 606/2013. Ello podría repercutir en distintos ámbitos. Sirvan como ejemplo los siguientes: por un lado, en el plano de la cooperación judicial, el manejo de datos podría promover que se tejiera una red más tupida entre los órganos judiciales competentes en la materia de los EEMM; y, por otro, en el plano de la cooperación internacional de carácter general, el conocimiento de estos datos permitiría realizar diagnósticos reales de los terceros Estados originarios de las mujeres víctimas de violencia de género, en los que pudieran activarse proyectos preventivos, educativos y sanitarios en base a la línea competencial de la cooperación al desarrollo, un ámbito en el que las CCAA podrían aportar *know-how* y recursos materiales a través de la creación de programas, proyectos o planes en terreno.

En definitiva, tenemos la caja de herramientas aun sin explorar en su integridad, de ahí que tanto las autoridades estatales como autonómicas deban actuar de un modo colaborativo en el desarrollo normativo y ejecución del Convenio, y de la normativa de la UE alineada con la primera. Y es que no podemos dejar pasar por alto que estamos ante una cuestión de defensa de derechos humanos que requiere una gestión individual por parte de la víctima, pero que dispone de una vertiente social ineludible. Las dos facetas son inescindibles y no cabe duda de que corresponde a los poderes públicos de los distintos niveles territoriales humanizar y feminizar los procedimientos y redirigirlos con una visión acorde a una sociedad del siglo XXI, desenmascarando todo vestigio androcentrista, que, generalmente, irá oculto en manifestaciones normativas y procedimentales supuestamente neutras.