

2. *Recensión*

*GARANTÍAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS ESPECIALMENTE
VULNERABLES EN EL MARCO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA, DE
HOYOS SANCHO, M. (DIRECTORA), TIRANT LO BLANCH, 2013*

PATRICIA TAPIA BALLESTEROS*

La obra que reseñamos comprende parte de los resultados obtenidos en el marco del Proyecto de Investigación cuyo objeto de estudio es la tutela jurisdiccional de las víctimas especialmente vulnerables, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, Plan Nacional I+D+i (Ref. DER2009-10749), del que ha sido investigadora principal Montserrat de Hoyos Sancho, profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid. Precisamente, con la presentación de esta obra se pone el broche final a dicho Proyecto, al tiempo que representa un punto de partida decisivo del que será el próximo Proyecto de Investigación del equipo, ya concedido en el momento en que se redactan estas líneas, y cuya temática entronca directamente con la anterior, pues tiene por objeto el análisis del estatuto general de la víctima de hechos delictivos.

Se trata de una edición bilingüe hispano-inglesa, en la que a través de sus veintinueve Capítulos, reputados juristas del ámbito universitario y/o de la práctica del Derecho han estudiado en profundidad el problema de la protección de las víctimas consideradas especialmente vulnerables, en el marco de la Unión Europea –centrándose especialmente en la Propuesta de Directiva por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹–, así como en su eventual transposición en el ordenamiento jurídico español, y otros países de nuestro entorno.

De este modo, inicia la obra VERVAELE justificando en el artículo 82 del Tratado de Reforma de Lisboa la necesidad de elaborar normas comunitarias relacionadas con los derechos de las víctimas de delitos. Se apoya, además, en normas de carácter internacional así como, fundamentalmente, en el estudio de la jurisprudencia más destacada de las Cortes internacionales –Corte Internacional de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Europea de Justicia de la Unión Europea–. Tras este análisis, el autor se cuestiona si con la Propuesta de Directiva se incorpora en la práctica una regulación paralela a la

* Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesora de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Chile. Colaboradora Honorífica de la Universidad de Valladolid.

¹COM (2011)275, convertida recientemente en la Directiva de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, el 12 de septiembre de 2012.

llevada a cabo en el ámbito comunitario respecto de los sospechosos y acusados. VERVAELE concluye rechazando esta opción porque no afecta al “núcleo duro de la actuación de la víctima”, a pesar de contener importantes innovaciones en lo que a los derechos procesales, a servicios y a protección se refiere.

TAMARIT SUMALIA y DE HOYOS SANCHO analizan detalladamente algunos aspectos de la Propuesta de Directiva. TAMARIT SUMALIA repasa las iniciativas comunitarias dirigidas a proteger a las víctimas desde la Decisión Marco de 2001 hasta la Propuesta de Directiva de 2011, deteniéndose en los cambios que en esos 10 años se han producido en el concepto y contenido de víctima especialmente vulnerable, concluyendo con una interesante reflexión sobre la transposición de la normativa europea en nuestro ordenamiento jurídico. El autor pone de manifiesto cómo la legislación española se ha limitado desarrollar una especial protección a las víctimas del terrorismo y de la violencia de género, olvidando otros sectores de la sociedad necesitado también de una especial protección, como son los menores y las personas con discapacidad.

Por su parte, DE HOYOS SANCHO alaba la inclusión en la Propuesta de un capítulo dedicado a las víctimas especialmente vulnerables, prestando especial atención a la trata de seres humanos y los menores víctimas de abusos sexuales y explotación sexual. Del estudio de la autora, cabe destacar su interesante propuesta de “Estatuto de la víctima”. DE HOYOS SANCHO defiende un estatuto en el que se incluyan, junto a los derechos, las obligaciones que como víctimas éstas deben asumir. Entre los derechos que deberían incorporarse y que, al día de hoy no se han reconocido, la autora alude a: el reconocimiento a la víctima del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; la participación de la víctima tanto en las distintas opciones de conformidad o de justicia penal negociada, como en la adopción de algunas decisiones destacadas en la fase de ejecución de la condena, y las consecuencias de la inobservancia de los derechos que tiene reconocidos. Todo ello, puntualiza, sin olvidar “las garantías y derechos procesales fundamentales del sospechoso/acusado/condenado en el marco del debido proceso”.

Tras estos tres primeros capítulos, de carácter general, a lo largo de la obra se analizan las distintas categorías de víctimas consideradas especialmente vulnerables: mujeres, inmigrantes, menores, mayores y personas con discapacidad.

Así, inician este bloque LAURENZO COPELLO Y MAQUEDA ABREU cuestionándose la inclusión de las personas inmigrantes y de las mujeres en la citada categoría de especialmente vulnerables. Ambas defienden que se trata de colectivos que, más que vulnerables *per se*, son situados en una posición de vulnerabilidad por la propia sociedad y los ordenamientos jurídicos. Sobre esta premisa, LAURENZO COPELLO cuestiona el objetivo real del delito previsto en el artículo 318 bis del Código Penal español, en el que se penaliza la inmigración clandestina. La autora considera que “La victimización de los inmigrantes se convierte [...] paradójicamente, en una herramienta bien pensada para consolidar una política

de exclusión fuertemente apuntalada por el Derecho Penal”. Y esto es así desde el momento que se persigue penalmente a cualquiera que ayude en el proceso de traslado, incluso cuando se lleva a cabo sin ánimo de lucro.

Una posición muy similar adopta MAQUEDA ABREU respecto al colectivo de las mujeres en relación al ejercicio de la prostitución y de la trata. La autora muestra cómo desde sectores feministas se ha potenciado la idea de que la mujer prostituta es un sujeto necesitado de una especial protección, asimilándola a los menores de edad. De este modo, se presume que “no son libres, [...] hay que protegerlas aun en contra de su voluntad como seres débiles que necesitan la tutela del derecho y del Estado”. Teniendo en cuenta esto, y unido a la posición de vulnerabilidad que se atribuye a los inmigrantes, la autora advierte que se ha creado un discurso victimista en torno a las mujeres inmigrantes que ejercen la prostitución, discurso que ha sido asumido por la normativa nacional e internacional. Ante esta situación, MAQUEDA ABREU insta a promover un cambio en la racionalidad jurídica, de manera que no se presuponga la vulnerabilidad de los inmigrantes y de las mujeres que ejercen la prostitución, como una característica inherente a su condición de tales.

Otro colectivo perteneciente a la categoría de víctima especialmente vulnerable es el de las personas mayores. De su análisis se encarga JAVATO MARTÍN, quien centrará su estudio en el maltrato y abandono de las mismas. Para ello, previamente, realiza un recorrido por los distintos tipos penales en los que se protege a este colectivo de manera específica, con lo que detecta una escasa atención a las personas mayores tanto en las normativas, nacional e internacional, como en la doctrina. No obstante, en base a la regulación vigente, el autor propone el uso de algunos mecanismos para que a lo largo del proceso penal el mayor vulnerable sea protegido. De este modo, considera que debería tomarse declaración al anciano en fase de instrucción como prueba anticipada, con el objeto de evitar, por un lado, su victimización y, por otro, perder la principal prueba de los hechos al no poder reproducir el relato en el juicio oral por estar enfermado o, incluso, por haber fallecido. También propone que se evite el uso del careo, fomentando en contraposición la videoconferencia. En este sentido, considera que la especial posición de vulnerabilidad del mayor obliga a adoptar determinadas medidas en su declaración y restricciones en la publicidad del proceso.

Tras un pormenorizado análisis de la protección jurídico-penal de las personas mayores, MIRANDA ESTRAMPES, SERRANO MASIP, GUILARTE MARTÍN-CALERO, VIDAL FERNÁNDEZ y GARCÍA MEDINA se ocupan de la protección de los menores, desde distintas vertientes.

Así, MIRANDA ESTRAMPES prestará especial atención a las medidas aprobadas en Europa para evitar la doble victimización del menor en el proceso penal. Tras ello, se referirá a la regulación vigente en España y a las modificaciones propuestas en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de julio del

2011. Al respecto, considera insuficientes las normas actuales aprobadas por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, mediante la que se estableció como imperativo legal que la toma de declaración de los testigos menores de edad se llevase a cabo “evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba” –artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–. Si se aprobase la propuesta de reforma, sin embargo, no cabría duda respecto a la posibilidad de que el menor víctima de un delito no declare en la fase del juicio oral, bastando con la reproducción de la declaración tomada por un especialista, presentes las partes mediante cámara o espejo unidireccional –tal y como, por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha admitido en sentencias como la 96/2009, de 10 de marzo–. Concluye el autor este capítulo, manifestando la necesidad de crear un estatuto autónomo y específico de los menores víctimas de delitos, de manera independiente, en el que se tuviera en cuenta la posición de especial vulnerabilidad que en la propuesta de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Penal, se presume.

Por su parte, SERRANO MASIP se ocupa de la protección civil que pueden precisar los menores en una situación de riesgo o desamparo, producida, en ocasiones, por los propios progenitores. En este contexto, la autora analiza quién o qué instituciones deben intervenir cuando se ven lesionados los derechos de un menor y cuáles son los procesos civiles que permiten otorgarles una adecuada protección. Además, expone las distintas iniciativas del Consejo de Europa y de algunas de las instituciones de la Unión Europea dirigidas a alcanzar una Justicia adaptada a los menores. No obstante, señala la insuficiencia del principio de reconocimiento mutuo en este ámbito del Derecho, considerando necesario llevar a cabo iniciativas que favorezcan la aproximación de las legislaciones de los distintos Estados. De este modo, igual que MIRANDA ESTRAMPES, aboga por la creación de un estatuto jurídico del menor, en este caso aplicable a los procesos civiles en los que se dilucidan derechos e intereses que han de salvaguardarse por los poderes públicos.

Siguiendo con la protección del menor, GUILARTE MARTÍN-CALERO y VIDAL FERNÁNDEZ, abordarán el problema de los conflictos parentales. La primera de estas autoras expone la situación en la que, en ocasiones, se sitúa a los menores dentro de un conflicto existente entre los progenitores. En este contexto, hace un repaso de la tipología de conflictos parentales en la que se puede ver inmerso un menor: desde el considerado estándar, caracterizado por la ruptura de la convivencia de los progenitores “asumida e incluso armoniosa”, en palabras de la autora, hasta supuestos en los que se priva de la patria potestad a uno, o a ambos, progenitores. GUILARTE MARTÍN-CALERO concluye realizando una reflexión sobre la necesidad de actuar siempre en el “interés superior del menor” –de cuyo concepto y contenido se encargará GARCÍA MEDINA en el Capítulo 21–, para lo que se precisa un sistema flexible, que permita adoptar la medida más adecuada

para el menor. Sólo así se evitarán automatismos indeseables por los que se deba mantener a toda costa la relación con los progenitores o, al revés, dicha relación deba desaparecer.

VIDAL FERNÁNDEZ concluye el estudio de la protección del menor víctima, ocupándose del problema de la sustracción parental transfronteriza de menores. Es decir, analizará aquellos supuestos en los que un menor es trasladado o retenido ilegalmente por uno de sus progenitores en otro Estado, vulnerando el derecho de custodia legal o judicialmente atribuido, o el mero derecho de visita legal o judicialmente establecido. La autora desarrolla las distintas opciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores –de aplicación, también, en el marco de la Unión Europea de forma simultánea con las reglas previstas en el artículo 11 del Reglamento 2201/2003, denominado Bruselas II bis–. VIDAL FERNÁNDEZ desde un punto de vista material, valorará positivamente el Reglamento Bruselas II bis, ya que conforma un “instrumento idóneo para que las libertades de circulación y de establecimiento no se vean atacadas por la existencia de fronteras judiciales”. Sin embargo, la autora entiende que ese no es el objetivo principal a alcanzar, si no la preservación del “superior interés del menor”. Por esta ineficacia, VIDAL FERNÁNDEZ propone distintas soluciones, entre las que se encuentra la mediación familiar internacional o una mejora del funcionamiento del sistema previsto en el Reglamento.

Como ya anunciáramos, GARCÍA MEDINA se ocupa de la delimitación del concepto y del contenido del interés superior del menor. Para ello, el autor distingue entre la idea de interés superior del menor como principio rector previsto en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 y el contenido que se atribuye al mismo. De tal manera que, como principio rector, “ha de estar presente y ser inspirador de cada una de las actuaciones que se llevan a cabo en ese proceso de decisión que acaba, en general, en una sentencia”, si bien, el concretar en qué consiste exactamente ese interés resulta una tarea especialmente compleja. En base a la normativa internacional –principalmente la Convención de Derechos del Niño de 1989– y nacional –en el paso de España, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor– ese contenido no será otro que el respeto y la garantía de los derechos y libertades fundamentales del menor. Sin embargo, en las situaciones denominadas “hard cases”, no siempre es fácil determinar cuál es la mejor solución para preservar sus derechos y libertades –el autor expone, entre otros, los problemas que surgen en torno al derecho a la intimidad del que el menor es titular y la necesidad de que preste declaración en determinados procesos de divorcio o separación de los progenitores–, de manera que los Jueces y Tribunales deben evaluar la situación. Siendo esto así, se reconoce una gran discrecionalidad judicial que sólo se verá limitada por la obligación de argumentar su decisión.

Junto con los colectivos estudiados, también son especialmente vulnerables las personas con discapacidad. De la concreción de su condición de vulnerables y de las medidas de protección se encarga GANZENMÜLLER ROIG. El autor analizará, principalmente, la llamada Convención del siglo XXI –Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la ONU de 13 diciembre de 2006, firmada por la Unión Europea el 30 de marzo de 2007–, con la que, más que reconocer nuevos derechos, se pretende garantizar el ejercicio de los derechos comunes en condiciones de igualdad a las personas con discapacidad. Para ello se prevén situaciones particulares en las que debido a su condición de persona con discapacidad pueden encontrarse y que no hacen más que agravar su posición de vulnerabilidad, como es la pobreza, situaciones de riesgo y emergencia humanitaria, explotación, violencia y/o abuso, etc. En concreto, el autor se detendrá en los supuestos de tortura y malos tratos, ya que no es extraño encontrar a personas con discapacidad bajo el control absoluto de otra, suelen ser objeto de formas de inmovilización en los casos de detención y reclusión, frecuentemente sufren abusos y violaciones de su derecho a la integridad física y mental mediante experimentos o tratamientos dirigidos a corregir y aliviar discapacidades concretas, etc. Teniendo en cuenta las múltiples situaciones de riesgo ante las que se encuentran las personas con discapacidad, GANZENMÜLLER ROIG concluye manifestando la necesidad de que estas personas tengan acceso a la Justicia para que puedan hacer valer sus derechos. Así lo exige la Convención, pero en la legislación española se prevé de manera vaga y dispersa.

Completando lo analizado respecto a los colectivos de menores y de personas con discapacidad, LÍBANO BERISTAIN lleva a cabo un estudio desde el punto de vista procesal, de las infracciones perseguibles a instancia de parte cuando la víctima es menor de edad o incapaz. Tal y como señala la autora, en los delitos no perseguibles de oficio, es el ofendido por los hechos delictivos quien está facultado para iniciar el proceso, si bien, en los casos estudiados por ella, la capacidad para actuar deberá completarse mediante un representante legal. En este contexto, LÍBANO BERISTAIN expone los eventuales problemas que pueden producirse en el acto de inicio del procedimiento, según la infracción penal enjuiciada sea pública o perseguible a instancia de parte, en aquellos casos en los que el agraviado haya sido un “impúber” o un menor emancipado. Además, señalará que en el caso de los incapaces, la determinación de qué sujetos lo son y cuáles no es compleja ya que no existe correlación con la declaración de incapacidad civil. Concluye su aportación exponiendo algunas de las peculiaridades que se producen en los procesos en los que se enjuicia un delito privado, defendiendo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal intervenga cuando se enjuicie un delito de calumnias o de injurias, del que es víctima un menor o incapaz, bastando, incluso, con la denuncia de aquél para iniciar el proceso.

Dentro de la obra, conforman otro bloque a destacar los capítulos dedicados a la violencia de género². De este modo, inicia el estudio GÓMEZ TOMILLO planteando los posibles conflictos que pueden producirse entre los deberes de denuncia y de confidencialidad, propios de los profesionales sanitarios. Y es que, en el transcurso de su actividad laboral no es difícil que detecten o directamente tengan conocimiento de actos delictivos, de los que han sabido sólo por su condición profesional. Así, el autor entiende que, en la actualidad, se otorga libertad al profesional de la sanidad en lo que a la denuncia de los hechos delictivos se refiere. Por ello, propone una regulación legal que, entre otros aspectos, proporcione a los pacientes confianza hacia los profesionales sanitarios pero también seguridad jurídica a éstos respecto de cuál es la conducta a seguir. GÓMEZ TOMILLO considera que no es viable la previsión de una obligación general de denuncia ya que sería incompatible con el deber-derecho de secreto profesional y los convertiría en “una especie de agentes del Estado”. De manera que defiende la existencia de un deber jurídico sólo en aquellos supuestos en los que se detecte que un “paciente no se encuentre en condiciones de autoprotegerse o de formarse un juicio sobre la trascendencia real de lo acaecido”. Siendo esto así, no estaría justificada la obligación de denuncia sistemática de todo acto de violencia contra una mujer.

Continúa SENÉS MOTILLA llevando a cabo un estudio sobre la especialización judicial en este ámbito, materializada en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. La autora considera que dicha especialización “no está suficientemente justificada desde el punto de vista técnico-jurídico”, lo que entiende se ha demostrado en las numerosas cuestiones de competencia promovidas desde su creación a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En este sentido, la autora defiende la aprobación de una reforma en la que se delimite la competencia de los Juzgados de Violencia con rigor técnico-jurídico, al tiempo que se concreten los tipos penales de los que debe ocuparse, dejando fuera aquellos que resultan “irreconciliables con la realidad que comporta la violencia de género” e incluyendo otros fundamentales, como es el del quebrantamiento de condena o de medida cautelar.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO se detiene en los aspectos civiles de las crisis matrimoniales cuando se enmarcan en un caso de violencia de género. De este modo, la autora expondrá las distintas consecuencias jurídicas previstas en los supuestos de separación y divorcio, valorando su adecuación cuando los anteriores se producen en un contexto de violencia de género. Al respecto, critica la ausencia de normas civiles adaptadas a estas situaciones, existiendo sólo una alusión a la

²Si bien, debemos advertir, no abordan el habitual análisis de los aspectos relacionados con la tutela jurisdiccional, estudiado ampliamente por la doctrina, en general, y por la propia DE HOYOS SANCHO, en particular, en una obra colectiva anterior, en la que participaba gran parte del equipo de profesionales aquí intervinientes –*Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 845–.

violencia de género en el ámbito de la guarda y custodia de los hijos. Siendo esto así, MARTÍNEZ ESCRIBANO advierte que “la violencia de género no se configura como un elemento determinante para el reconocimiento de derechos u obligaciones en la crisis matrimonial”, salvo en determinadas ocasiones en lo que a los hijos se refiere. Considera necesario potenciar los acuerdos prematrimoniales donde se establezcan las consecuencias derivadas de una eventual ruptura, evitando que una separación o divorcio de mutuo acuerdo se realice con vicio en el consentimiento, originado por una situación de violencia de género. En definitiva, advierte que el mero establecimiento de unos Juzgados especializados en violencia de género no son suficientes si no se prevén herramientas legales adecuadas a los supuestos con los que dichos Juzgados se van a encontrar.

De la posición de vulnerabilidad de las mujeres en el ámbito laboral se ocupará SERRANO ARGÜELLO. La autora relacionará la vulnerabilidad atribuida a determinadas mujeres víctimas de los delitos de violencia de género, situaciones de explotación y de trata de seres humanos, con los actos discriminatorios de los que son objeto, señalando la posibilidad de que existan casos de discriminación múltiple por contar con otro rasgo de especial vulnerabilidad, como son la etnia, la religión, la discapacidad, la edad o la exclusión social. Ante este panorama SERRANO ARGÜELLO rechaza como única medida la implantación de acciones de tutela –las únicas vigentes en la actualidad–. En este sentido, considera imprescindible conocer los motivos por los que la mujer llega a una situación de pobreza, convirtiéndola en un colectivo vulnerable. Bajo esta idea, expone las distintas medidas que en el ámbito del Derecho Comunitario se han llevado a cabo, analizando su implantación efectiva en el ordenamiento jurídico español.

Especial importancia ostenta también el estudio que se lleva a cabo de cuestiones procesales, como la protección de testigos o la protección de datos obtenidos en el proceso, las cuales afectan a todas las víctimas, con mayor incidencia a las especialmente vulnerables.

De la primera de las cuestiones citadas se ocupará JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, quien defiende la armonización de las políticas y programas relativos a los testigos en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea. De este modo, alaba los últimos movimientos efectuados en el ámbito comunitario, concretados en la Propuesta de Directiva de la orden de protección europea, aprobada el 23 de septiembre de 2011 por los Ministros de Justicia de la Unión Europea. El autor afirma que, de aprobarse, permitirá proteger de forma efectiva a los sujetos que ostentan la doble condición de testigo y de víctima o afectado por el delito. No obstante, critica la regulación prevista en el ordenamiento jurídico español ya que se ha prestado atención sólo a la vulnerabilidad de ciertas víctimas, como son las mujeres víctimas de violencia de género y los menores, olvidándose de otros colectivos necesitados también de protección y recogidos en la normativa comunitaria.

De la otra de las cuestiones citadas, el estudio de la protección de los datos personales de las víctimas, se encargará TORIBIOS FUENTES. Y es que, como señala el autor, cualquier proceso penal supone un auténtico repositorio de datos personales. Esto puede lesionar el derecho fundamental a la “autodeterminación informática”, reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución española. Como es sabido, este derecho otorga al sujeto el poder de controlar el uso y destino de sus datos personales, evitando así “su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad”, por lo que implica la imposición de deberes a terceros, como por ejemplo el deber de informar sobre el destino y uso de los datos recogidos. Tras exponer la regulación de este derecho en el proceso penal, advierte la existencia de una colisión entre el mismo y el derecho a la publicidad del proceso, reconocido dentro de la tutela judicial efectiva. Esta confrontación se dirime a favor del derecho a la autodeterminación informativa de las personas físicas, si bien habrá que tratar de ceder sólo en lo estrictamente necesario para que puedan satisfacerse ambos derechos, respetando el principio de proporcionalidad.

ARMENTA DEU analiza el Código de Buenas Prácticas para la protección de las víctimas vulnerables en Europa, nacido en el seno de una Ayuda Europea de la Comisión de Justicia sobre “La protección de la víctima en los sistemas penales europeos: los menores como víctimas especialmente vulnerables”. La autora expone los distintos derechos y aspectos procesales que deben estar presentes e inspirar a las legislaciones nacionales –derecho a recibir información, derecho de asistencia específica y gratuita, derecho a la protección y derecho a indemnización– según dicho Código, no sin antes aclarar los conceptos de víctima y de víctima especialmente vulnerable. Señala ARMENTA DEU que en el marco europeo se quiere potenciar la participación de la víctima en el proceso, de manera que se protejan sus intereses legítimos en el mismo, lo que se lleva a cabo mediante el denominado “derecho de audiencia”. Además, considera oportuno potenciar la formación de las personas intervinientes en el proceso, de manera que cuenten con los conocimientos necesarios para tratar con víctimas, sobre todo con aquellas especialmente vulnerables. En la línea de proteger a la víctima, se prevé también facilitar la declaración de aquellas víctimas que residen en un Estado miembro diferente a aquel en el que se ha cometido el delito, mediante el uso de videoconferencia e instrumentos de cooperación judicial.

Tras el estudio de las garantías y los derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el ordenamiento jurídico español y en el Derecho Comunitario, ARANGÜENA FANEGO analiza la eficacia transnacional de las medidas de vigilancia y de protección establecidas mediante la Decisión Marco sobre la orden europea de vigilancia o sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional, aprobada en 2009, y la Directiva que regula la orden europea de protección en materia penal, de 2011. La autora realiza una valoración positiva de ambas iniciativas. Entiende que con la Decisión Marco se evita una situación de discriminación entre los ciu-

dadanos europeos en atención a su nacionalidad, si bien ahora es necesario que se implemente en los ordenamientos jurídicos nacionales. Considera, además, que la Directiva es ciertamente positiva por aplicarse a toda clase de hechos delictivos, aunque critica la falta de exigencia a los Estados miembros de introducir medidas de protección, comunes y uniformes, en todo el territorio de la Unión, aunque reconoce que en la transposición a los Estados miembros resulta necesaria una “habilidad técnica considerable”, con el objeto de respetar los ordenamientos jurídicos nacionales.

BARONA VILAR, CASTILLEJO MANZANARES y MARTÍN DIZ analizan la posibilidad de acudir a la mediación penal. Al respecto, BARONA VILAR Y CASTILLEJO MANZANARES apuestan por su aplicación también en los supuestos en los que la víctima es especialmente vulnerable, mientras que MARTÍN DIZ duda de su adecuación.

En efecto, BARONA VILAR señala la importancia exponencial que este instrumento ha ido adquiriendo en determinados casos, debido a que trata de favorecer la reconstrucción de la paz social lesionada por el hecho delictivo a través del diálogo, buscando la reparación del daño y la prevención especial. La autora lleva a cabo una exposición de los tipos de mediación y de su cabida en nuestro ordenamiento jurídico, proponiendo, finalmente, la creación de una Ley de mediación penal. Dicha Ley debería regular qué es la mediación, cuáles son sus principios y elementos, así como el procedimiento y las consecuencias derivadas de obtener, o no, un acuerdo. La autora concluye su intervención advirtiendo que la delimitación objetiva y subjetiva de la mediación debe dejarse en manos de Jueces y Tribunales, de manera que sean éstos los que la recomienden, o no, a unas víctimas determinadas, evitando así la cosificación de las víctimas por parte del legislador.

CASTILLEJO MANZANARES continúa con este estudio, centrándose en la mediación para los supuestos de violencia de género. La autora señala cómo este instrumento de resolución de conflictos está previsto en materia de familia, desde la reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 5/2005, de 8 de julio, y sin embargo se prohíbe cuando se producen episodios de violencia de género, sin ningún tipo de matización, en contra de lo que propone la psiquiatría especializada. La autora entiende imprescindible valorar el apoyo social con el que cuenta la víctima así como los recursos psicológicos de afrontamiento, entre otros, para determinar si, efectivamente, la mediación se llevaría entre dos sujetos con voluntad.

Por su parte, MARTÍN DIZ expone los problemas y dificultades que implica la mediación penal cuando existe una víctima especialmente vulnerable. El autor tras un estudio exhaustivo de la mediación y de la condición de víctima especialmente vulnerable, considera que existen algunos efectos beneficiosos para ésta en la mediación, como son el menor coste temporal y económico –evitando que se produzca una victimización secundaria– y el alto grado de cumplimiento, y por lo tanto de

reparación de la víctima. Sin embargo, encuentra también aspectos negativos que deben valorarse. Y es que, resulta habitual que la víctima especialmente vulnerable ostente una posición débil frente al victimario, actuando en ocasiones sin pensar en su propio beneficio sólo para solucionar el conflicto. Teniendo en cuenta lo anterior MARTÍN DIZ analiza la casuística –menores, mayores, inmigrantes, incapaces, dependientes/enfermos y violencia de género– concluyendo lo que ya hemos adelantado: la mediación no es recomendable debido a la desigualdad existente entre las partes. En este sentido considera que, de admitirse, deberían establecerse las medidas necesarias para garantizar la igualdad y eliminar los problemas ante los que se enfrenta la víctima.

Otro modo de resolver el conflicto es a través de la llamada conformidad o acuerdo. Al respecto, GALAÍN PALERMO propone una modificación en el sentido de que la reparación del daño sea una respuesta penal. Y es que el autor entiende que sólo se debe alcanzar un acuerdo de resolución del conflicto penal respetando los principios del Estado de Derecho y haciendo partícipes a los protagonistas del delito: víctima y autor. Considera GALAÍN PALERMO que sólo la reparación pactada con la víctima debe ocupar un lugar en la punibilidad porque cumple con los fines materiales –como la protección de los bienes jurídicos– y los fines, preventivo general y especial, propios de la pena. De este modo, la reparación sería un “instituto del sistema penal funcional para el autor de un delito”, ya que valora el esfuerzo del autor de reparar voluntariamente a la víctima mediante un comportamiento positivo y porque le permite “librarse del proceso y del reproche de culpabilidad”. En estas condiciones, la víctima también se vería satisfecha porque ha participado en la decisión.

Terminamos nuestra reseña aludiendo al análisis de Derecho Comparado aportado por D’AGOSTINO, DAVO, FULCHIRON Y ALVES COSTA, quienes nos aproximan a los ordenamientos jurídicos italiano, francés y portugués, en lo que a la protección y garantía de las víctimas especialmente vulnerables se refiere.

Así, D’AGOSTINO muestra el modelo italiano, calificándolo de insuficiente. El autor advierte que la protección de la víctima especialmente vulnerable en el proceso penal, se concentra en el ámbito de las medidas cautelares personales y en lo relacionado con su declaración testifical. De este modo, desde 2001 se han ido incorporando medidas cautelares como el alejamiento del domicilio familiar o la prohibición de acercarse a determinados lugares, pero D’AGOSTINO critica que no puedan solicitarse directamente por la víctima ante el Juez. En cuanto a la declaración de la víctima como prueba, con el objeto de evitar una victimización secundaria, se prevé la posibilidad de que declare con anterioridad a que se produzca el juicio oral, sin que tenga que repetir su testimonio, aunque sólo en casos determinados por la Ley, lo que supone que sólo las víctimas de los delitos previstos sean consideradas vulnerables. El autor considera que hubiera sido deseable que se atribuyera al magistrado la valoración de la vulnerabilidad de la víctima, para

evitar que sujetos que sí lo son se queden fuera de dicha protección por el simple de que el delito del que han sido objeto no está previsto en el catálogo de la Ley.

DAVO se ocupará del modelo francés, centrándose en la protección penal. De este modo, señala que en este ordenamiento jurídico, se consideran especialmente vulnerables a “las personas mayores, los menores, los discapacitados, los incapacitados, las personas en situación de debilidad por su posición profesional (dependencia jerárquica) y cualquier vulnerabilidad que pueda ser permanente o continua, siempre que pueda ser probada”, así como a las víctimas de las sectas. Teniendo en cuenta esto, la autora expone las dos vías mediante las cuales se les protege en el ámbito penal, que son mediante la tipificación de infracciones específicas y a través de circunstancias agravantes. Tras ello, concluye que la regulación de la protección de las víctimas vulnerables no es todo lo eficaz que se desearía, ya que existen problemas a la hora de probar la vulnerabilidad de los sujetos víctimas. Parece aconsejable, tal y como señala la autora, crear subcategorías dentro de la propia de “vulnerable” para dar una respuesta concreta según las necesidades que presenten cada uno de los colectivos.

El estudio del ordenamiento jurídico francés lo completa FULCHIRON, analizando la protección de los mayores desde una perspectiva civil. El autor considera que la protección de las personas mayores vulnerables supone uno de los principales desafíos de las sociedades del momento –sobre todo europeas– debido al progresivo envejecimiento de la población. Sin embargo, critica, no existe una Declaración Universal o Convenio Europeo que ofrezca a los legisladores nacionales una guía a la que seguir. Tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto, limitándose su jurisprudencia a cuestiones procesales relacionadas con el internamiento de oficio en un establecimiento. Ante este panorama, FULCHIRON propone una relectura del Derecho francés en base a las Recomendaciones, principalmente las aprobadas en el Consejo de Europa de 1999, así como el Convenio de los derechos de las personas con discapacidad. Considera el autor que debe rechazarse un sistema que restrinja automáticamente la capacidad de las personas mayores vulnerables, siendo más acertado separar la protección civil de otros aspectos como son el derecho al voto o a testar, abogando por mantener la mayor capacidad posible.

El apartado de Derecho Comparado lo concluye ALVES COSTA, aportando unas indicaciones sobre el marco jurídico portugués. El autor parte de la exposición del marco común general, aplicable a todas las víctimas, para llevar a cabo posteriormente un estudio sobre las particularidades que existen en torno a cada una de las consideradas especialmente vulnerables: mujeres, menores, ancianos, incapaces, inmigrantes y trabajadores. De este modo, señala el reconocimiento de derechos intraprocesales con los que cuenta las víctimas, teniendo el Ministerio Público una especial obligación de protección de ciertas categorías. Resulta novedoso el tratamiento de los trabajadores asimilado a los menores o incapaces, el cual

fundamenta en su posición de inferioridad frente a la entidad patronal, pudiendo ser objeto de tratos abusivos que afectan a su dignidad, como persona.

Tras esta presentación de la obra dirigida por DE HOYOS SANCHO, sólo nos resta manifestar nuestra valoración positiva de la misma. Entendemos que se trata de un trabajo que satisface un área de estudio que se encontraba pendiente de explorar de forma exhaustiva. En él se recoge la evolución histórica de las distintas medidas protectoras que en el ámbito de la Unión Europea, principalmente, se han ido aprobando con el fin de proteger a las víctimas consideradas especialmente vulnerables. Pero, su verdadero valor añadido, se encuentra en las propuestas señaladas.

Parece que no cabe duda de la necesidad de crear un “Estatuto de la Víctima” más completo que el recientemente aprobado por la Directiva de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, el 12 de septiembre de 2012. Es una exigencia generalizada que, en él, además de sus derechos y obligaciones comunes, se tengan en cuenta las particularidades de cada uno de los colectivos que integran la categoría de especialmente vulnerables de tal manera que alcance una protección efectiva y, al mismo tiempo, se evite una sobreprotección que redunde en el ahondamiento de la vulnerabilidad.