



N/Ref. 24/21-24

ASUNTO. Consulta protección nasciturus.

Con ocasión de la consulta realizada por la Ilma. Sra. D^a Gloria García, Fiscal Jefa de la Fiscalía de área de Granollers, en fecha 13 de noviembre de 2021 se emitió el siguiente **DICTAMEN**:

La necesidad de proteger al menor desde el mismo momento del nacimiento en situaciones como las descritas en el auto de orden de protección remitido a la Fiscalía de Sala, obliga a extender tanto la medida cautelar de prohibición de aproximación como en su caso la pena (si se dicta sentencia condenatoria) a la persona del nacido desde el momento en que el nacimiento se produzca.

El riesgo concreto a que está sometido el nasciturus desde el momento en que deje de serlo- hasta ese momento está protegido al estarlo la gestante-, lejos de ser un obstáculo para acordar aquellas medidas que le protejan respecto del riesgo detectado, se erige en una situación que exige de una respuesta efectiva y acorde a esa necesidad de protección.

Además de que es una cuestión de sentido común, existen argumentos jurídicos sobrados para ello. No podemos olvidar que el art. 39 CE dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e hijas; que la Convención de los Derechos del Niño exige a los Estados Parte el compromiso de asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (art. 3) y que garanticen en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño, (art. 6).

La Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, aludió en su exposición de motivos a la necesidad imprescindible de arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, “que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves”, en suma, una acción integral y coordinada orientada a impedir la realización de nuevos actos violentos e, incide en que, el objetivo es que con una misma resolución judicial se adopten las medidas necesarias para proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia.

Siguiendo la misma línea, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, prevé una serie de medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia.



Por su parte, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, que ha modificado el artículo 1 de la LO 1/2004, para hacer constar que la violencia de género a que se refiere dicha ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad, en su art. 29 dispone que “[l]as administraciones públicas deberán prestar especial atención a la protección del interés superior de los niños, niñas y adolescentes que conviven en entornos familiares marcados por la violencia de género, garantizando la detección de estos casos y su respuesta específica, que garantice la plena protección de sus derechos”.

Los niños tienen derecho a que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia (art. 2.2.c de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*) razón por la que se erige en principio rector de la actuación de los poderes públicos la protección de los menores contra toda forma de violencia (art. 11.2.j), a cuyo fin, las medidas de prevención y de detección temprana se erigen en fundamentales, razón que anima al legislador a adoptar otras medidas de protección de los niños y niñas incluso antes de su nacimiento y así, por ejemplo, se otorga especial relevancia a la intervención de la administración en las situaciones de posible riesgo prenatal (art. 17.9 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*) para evitar situaciones de riesgo y desamparo.

Obviamente el nasciturus aun no es persona; no obstante, el artículo 29 del Código Civil establece que “[e]l nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. De hecho, nasciturus puede ser sujeto de determinados derechos¹ al concebirse como una *vitae in fieri* (vida que será; vida que se está haciendo)

La adopción de medidas que le protejan de la violencia a partir de su nacimiento cuando el riesgo de sufrirla se ha evidenciado antes, no solo es, por tanto, una obligación de las administraciones, sino que se erige en un derecho a la luz de toda la regulación antes referida.

En el caso sometido a consulta, tal y como se dice en el auto, la denunciante, que está embarazada, ha relatado las **amenazas del investigado en relación con su hijo**, razón por la que, con buen criterio, apunta el juez que “debe ser protegido por este órgano judicial en aras a evitar un perjuicio o daño directo al niño o a la gestante”.

¹ Puede ser donatario (art. 627 CC); derecho a la herencia del póstumo (art. 959 y ss CC), tiene capacidad para ser parte (art. 6 y 7 de la LEC), ...



Efectivamente, existiendo no solo indicios de delito sino también un riesgo para la madre e hijo se ha de intentar la protección urgente e integral de ambos y, teniendo en cuenta que la necesidad de protección del nasciturus no desaparece con su nacimiento, más al contrario se hace más evidente al adquirir autonomía respecto de su madre, esa protección se ha de extender al momento inmediatamente posterior a que ese nacimiento se produzca para evitar vacíos que puedan perjudicar a madre e hijo.

Por todo ello, en relación con la medida cautelar, sin perjuicio de que la protección del nasciturus se garantiza al proteger a la madre durante el periodo de gestación, cuando el parto es inminente, en la comparecencia de la orden de protección, detectado el riesgo para el menor una vez nacido, se debe interesar que se acuerde la prohibición de aproximación al bebé a partir del momento en que se produzca el nacimiento. En este caso, dado que no se acordó así, si el parto se produjera antes de que el procedimiento finalice por sentencia firme, si subsisten los indicios de delito y de riesgo apreciados, debería interesarse la celebración de la comparecencia del art. 544 ter 5 de la LECrim. a fin de solicitar la medida cautelar de prohibición de aproximación respecto del nacido/a.

En cuanto a la pena, si el nacimiento se ha producido antes no tendremos ningún problema para solicitar en el acto del juicio oral, al formular conclusiones definitivas, la pena de prohibición de aproximación también respecto del recién nacido de conformidad con el art. 48 y 57.2 CP. Para el caso como el que comentas, en el que lo más probable es que el nacimiento no se haya producido en el momento de la vista pero, teniendo en cuenta que el mismo se producirá en poco tiempo y muy probablemente una vez dictada la sentencia en primera instancia y que la protección del nacido no se puede diferir a otro momento procesal, igualmente al formular conclusiones definitivas, deberíamos pedir que se imponga la pena de prohibición de aproximación a la madre y al menor desde el momento de su nacimiento, en la distancia y por el tiempo que proceda de conformidad con el art. 57.2 CP.

En supuestos como estos, además, deberíamos plantearnos solicitar la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.

Teresa Peramato Martín

Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer.