



NOTA DE SERVICIO 1/2021

CRITERIOS ORIENTATIVOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS ARTS. 544 TER LECRIM Y 94.4 CC

Índice

1. Cuestiones preliminares.....	1
2. Realidad a la que están sometidos los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género ...	2
3. La consideración de las hijas e hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género como víctimas en el ordenamiento jurídico español	7
3.1 Fase primera	7
3.2 Fase segunda.....	12
4. Modificaciones del art. 544 ter LECrim	15
4.1. Modificación del apartado 6 del art. 544 ter LECrim. La protección de las mujeres y de sus hijas e hijos como objetivo único e inescindible.	166
4.2 Modificación del apartado 7, párrafos 2 y 3, del art. 544 ter LECrim.....	16
5. Conclusión.....	19

1. Cuestiones preliminares

La LO 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, ha introducido una importante modificación en el art. 544 ter LECrim, mientras que la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, ha modificado los apartados 4 y 5 del art. 94 CC. Ambas reformas afectan a la regulación del régimen de visitas en relación con los/as menores que conviven con las víctimas de violencia doméstica y de género —en el sentido del art. 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer*— en el contexto de la orden de protección y en el procedimiento de familia.

Si bien la orden de protección es un instrumento creado para proteger a todas las víctimas de violencia intrafamiliar, la mayoría de ellas se adoptan para



garantizar la seguridad de las víctimas de la violencia de género; en concreto, según publica el INE, en el año 2020 las órdenes de protección acordadas en el ámbito de la violencia doméstica fueron 8279 y en el de la violencia de género 29.215, es decir, el 78% de las órdenes de protección acordadas se han dictado para proteger a las mujeres y a sus hijos/as de la violencia que sufren las primeras por parte de sus parejas o ex parejas.

La mayoritaria utilización de esta herramienta legislativa para proteger a las víctimas de violencia de género, materia que coordina esta Unidad especializada de la FGE; el empleo de la orden de protección en todos los partidos judiciales, ya sea en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o en los Juzgados de Instrucción en funciones de guardia; las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil —familia—; y las dificultades que hemos detectado en la interpretación de estas reformas, hacen necesario facilitar a todos los miembros de la carrera fiscal una serie de criterios orientativos mínimos.

Para ello, debemos analizar en primer lugar cuál es la realidad a que están sometidos estos niños y niñas, cuyo conocimiento ha provocado sucesivas reformas para adaptar la norma a esa realidad social.

2. Realidad a la que están sometidos los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género

Los y las menores que conviven en el entorno de la violencia de género están sometidos a múltiples riesgos que comprometen seriamente su salud y desarrollo evolutivo y que podríamos concretar en dos aspectos: el altísimo



riesgo de ser ellos maltratados y el riesgo de sufrir graves daños por exposición a esta violencia.

Está constatado empíricamente que estos menores sufren un alto riesgo de ser ellos mismos maltratados ya que el maltrato a los menores es para el agresor una herramienta más para controlar y someter a la mujer, cobrando especial relevancia la violencia vicaria, es decir, aquella violencia que se ejerce sobre los niños y niñas con la sola intención de causar el máximo daño posible a sus madres.

Por otra parte, los niños expuestos a la violencia de sus madres sufren importantes daños en todas las esferas de su vida, razón por la que el legislador en el preámbulo de la LO 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, tras reconocer que cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable, calificó de “singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género”, e hizo referencia a las múltiples formas en que esa manifestación de violencia afecta a los menores: “[e]n primer lugar condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas”, para finalmente concluir manifestando que “[l]a exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de esta”.

En esa misma línea, el Parlamento Europeo, en la reciente Resolución de 6 de octubre de 2021, *sobre el impacto de la violencia de pareja y el derecho de*



custodia en las mujeres y los niños (2019/2166(INI)), manifiesta con absoluta contundencia que “los niños también pueden sufrir lo que se denomina ‘violencia presenciada’ en el hogar y en el entorno familiar, al experimentar cualquier forma de maltrato llevado a cabo mediante actos de violencia física, verbal, psicológica, sexual y económica contra figuras de referencia u otras figuras afectivamente significativas”; que “dicha violencia tiene consecuencias muy graves para el desarrollo psicológico y emocional del niño, y que, por lo tanto, es esencial prestar la debida atención a este tipo de violencia en las separaciones y en los acuerdos de custodia de los padres, garantizando que el interés superior del niño sea la consideración primordial, en particular para determinar los derechos de custodia y de visita en los casos de separación”; que “la exposición de los niños a la violencia doméstica debe considerarse como violencia contra los niños; que los niños expuestos a la violencia doméstica sufren consecuencias negativas para la salud mental y/o física que pueden ser de carácter agudo y crónico”; que “la victimización de los niños en situaciones de violencia contra las mujeres puede continuar y agravarse en el contexto de las disputas parentales sobre la custodia y el cuidado”; y que “los agresores suelen utilizar los litigios para ampliar su poder y control, y para seguir intimidando e incitando al miedo a sus víctimas; subraya a este respecto que el niño y la solicitud de custodia compartida suelen ser utilizados por el progenitor violento para seguir llegando a la madre después de la separación; (...) los agresores suelen maltratar, o amenazar con dañar o llevarse a los niños, para perjudicar a sus parejas y ex parejas, lo que repercute gravemente en el desarrollo armonioso del niño; recuerda que se trata también de una forma de violencia de género”. Finalmente, y tras aludir al art. 31 del Convenio de Estambul, manifiesta que “la violencia de pareja es claramente incompatible con el interés superior del niño y con la custodia y el cuidado compartidos, debido a sus graves consecuencias para las mujeres y los niños, incluido el riesgo de violencia posterior a la separación y los actos extremos de feminicidio e infanticidio”.



El impacto de estas dos situaciones —maltrato y exposición— es igualmente negativo para el desarrollo de los menores; si bien, como dice la doctrina, “el sufrimiento aumenta en aquellos casos en los que los niños son víctimas del fenómeno conocido como “doble golpe” o “doble daño” (...) en el que el maltrato y la exposición a violencia entre los progenitores se vuelven circunstancias concomitantes”¹

Si descendemos a los datos, que reflejan mucho mejor si cabe esta realidad, podemos empezar aludiendo a aquellos que recoge la doctrina: “entre el 30 y el 60 por ciento de los casos de violencia conyugal se solapan, a su vez, con el ejercicio añadido del maltrato infantil. Otras aportaciones determinan que los hijos resultan agredidos físicamente en el 50 por ciento de los casos en los que existe violencia entre sus progenitores (Holden, 2003; Renner y Slack, 2006). Por su parte, Herrenkohl, Sousa, Tajima, Herrenkohl y Moylan (2008) estiman que los hijos testigos de violencia en el hogar corren un riesgo, entre 3 y 15 veces mayor, de sufrir violencia de este tipo. Estudios recientes señalan que el porcentaje de menores maltratados físicamente, bajo estas circunstancias familiares, oscila entre el 45 y el 70 por ciento (Gustafsson y Cox, 2012)”.²

En España contamos con datos facilitados por el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, según los cuales —a fecha 17 de septiembre de 2021— 1113 mujeres han sido asesinadas en nuestro país por sus parejas o exparejas desde el año 2003. Asimismo, entre el año 2013 y el 18 de septiembre de 2021, 42 niños y niñas han sido asesinados en un contexto de violencia de género, quedando 323 menores huérfanos de madre.

¹ Carracedo Cortiñas, S. Menores testigos de violencia entre sus progenitores: repercusiones a nivel psicoemocional. 5. COLECCIÓN: Premio de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género a Tesis Doctorales sobre Violencia de Género. 2018. Pág. 51

² Carracedo Cortiñas, S. Menores testigos.... Pág. 52



Contamos, además, con la información facilitada por las Macroencuestas de 2015 y 2019, cuyos datos evidencian los riesgos a los que estos menores están sometidos.

En la Macroencuesta de 2015 se constató que en el caso de las mujeres que han sufrido violencia física y que tenían hijos e hijas en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el porcentaje que manifiestan que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia asciende al 73,5%, y en el caso de las mujeres que han sufrido violencia sexual y que tenían hijos e hijas en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia, el porcentaje que manifiestan que los hijos e hijas presenciaron o escucharon alguna de las situaciones de violencia asciende al 70,3%.

La Macroencuesta de 2019 refleja que el 89,6% de las mujeres que han sufrido violencia física, sexual o emocional de alguna pareja, que tenían hijos en el momento en el que se produjeron los episodios de violencia y que responden que sus hijos presenciaron o escucharon la violencia contra la madre, dicen que los hijos eran menores de edad cuando sucedieron los episodios de violencia, y el 51,7% de quienes tenían hijos/as menores que presenciaron o escucharon la violencia contra la madre afirman que estos hijos/as sufrieron violencia a manos de la pareja violenta.

A nivel europeo, la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA), en la Encuesta a escala de la UE³ nos facilitó los siguientes datos: de las mujeres que han sufrido violencia por parte de su pareja actual o de un compañero anterior, el 73% indica que sus hijos han tenido conocimiento de esa violencia. El 7% de las mujeres manifestaron que la pareja le había amenazado en algún momento

³ La violencia contra las mujeres: una encuesta a nivel de la UE. 2015. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf



con quitarle los hijos. El 3% dice que la pareja ha amenazado con hacer daño a los niños y el 3% señala que la pareja ha hecho daño a sus hijas e hijos.

Por su parte, en la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de octubre de 2021, arriba referida, se afirma que el 73% de las madres que han sido víctimas de violencia física y/o sexual por parte de una pareja indican que al menos uno de sus hijos ha sido consciente de que se estaba produciendo dicha violencia.

3. La consideración de las hijas e hijos menores de las mujeres víctimas de violencia de género como víctimas en el ordenamiento jurídico español

La realidad apuntada ha llevado al legislador a considerar como víctima de la violencia de género a los menores que conviven con las mujeres víctimas, lo que ha tenido su reflejo en las sucesivas modificaciones del art. 544 ter LECrim y, en el ámbito de la legislación civil, de los arts. 92.7 y 94.4 y 5 CC, reformas que podemos analizar en dos fases.

3.1 Fase primera

La Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*, ya manifestó en su preámbulo que su objetivo era que, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima pudiera obtener “un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a **proporcionar seguridad, estabilidad y protección**



jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil”.

Esa concepción global y holística de la protección de la víctima y de su familia fue recogida con mayor precisión en La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia sobre la Mujer* (en adelante Ley Integral) cuando, en su exposición de motivos —apartado II— reconoció que las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia, por lo que la Ley “contempla también su protección no solo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer”. A tal fin, en el capítulo dedicado a las *Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas*, además de hacer referencia en el art. 62 a la orden de protección, en el art. 61 —precepto sobre el que volveremos más adelante— dispuso que “[e]n todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo”.

Siguiendo esa línea evolutiva no podemos dejar de mencionar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul), cuyo preámbulo reconoce que los niños y las niñas son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia, e impone a los Estados parte la obligación de adoptar las medidas que



resulten precisas para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia que han sufrido sus madres y para que, en ningún caso, el ejercicio del régimen de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de las niñas y niños (art. 31).

Partiendo de esos precedentes debemos analizar progresivamente las modificaciones introducidas en el art. 544 ter LECrim.

La redacción original del apartado 7, párrafo 1, del art. 544 ter LECrim tenía el siguiente contenido:

*7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que **no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.** Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.*

En virtud de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*, el primer párrafo de este apartado 7 se dividió en dos incisos diferenciados, introduciéndose en el primero una importante modificación. Con esta redacción el precepto pasó a tener el siguiente contenido:

Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de



*cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. **Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.***

El preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, afirmaba que “se busca visibilizar como víctimas a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género o violencia doméstica, para garantizarles el acceso a los servicios de asistencia y apoyo, así como la adopción de medidas de protección, con el objetivo de facilitar su recuperación integral”, sin hacer mención alguna a las razones por las que, pese a mantener que las medidas de naturaleza civil podrían ser solicitadas siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, añadió la obligación del juez de pronunciarse sobre la pertinencia de esas medidas civiles en todo caso, es decir, aunque se hubieran acordado anteriormente en la jurisdicción civil, cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella.

No obstante, de la lectura del precepto se ha de llegar a la conclusión de que a la regla general de que no se pueden adoptar medidas civiles si estas ya fueron acordadas en la jurisdicción civil, el legislador incorpora una excepción para el caso de que esas medidas afecten a menores, en cuyo caso el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre la pertinencia de esas medidas civiles, valorando todas las circunstancias concurrentes y en concreto los incidentes de violencia, tal y como ordena el Convenio de Estambul. De manera que, en relación a aquellas medidas que se hayan acordado en el procedimiento civil correspondiente que no afecten a los menores o personas con discapacidad que



convivan con la víctima, no podrán ser acordadas ni modificadas en el contexto de la orden de protección (pensiones alimenticias establecidas a favor de la mujer y de hijos mayores de edad dependientes económicamente, adjudicación del uso del domicilio a la mujer...) y, sin embargo, aun cuando existan medidas acordadas en la jurisdicción civil que afecten a los menores (custodia, régimen de visitas...), el juez tendrá la obligación de pronunciarse sobre su pertinencia, es decir, su adecuación al interés del menor valorando los incidentes de violencia puestos en conocimiento, obligación íntimamente conectada con la prevista en el art. 61 de la Ley integral que, como ya hemos visto, obliga al juez en todo caso a pronunciarse, cuando existan hijos menores, sobre la suspensión de la patria potestad y custodia y del régimen de visitas y comunicación.

Esta conclusión hace inefectiva la mención que se mantiene en el precepto al art. 158 CC, que tenía sentido en la primera redacción cuando la posibilidad de acordar medidas civiles sin excepción estaba limitada a que no hubieran sido acordadas en el ámbito civil pues, con la remisión a dicho precepto, se abría la posibilidad al juzgador, si se apreciaba un riesgo para los menores, de acordar esas medidas excepcionales de protección para apartarles de cualquier peligro. Con la redacción actual, la remisión al art. 158 CC ha quedado prácticamente vacía de contenido pues, salvo aquellas medidas que tengan por objeto evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas, las demás tienen cabida en la orden de protección, concretamente, la suspensión del régimen de visitas vigente tiene una regulación específica y preferente en el art. 544 ter.

La conclusión a la que se llega en esta primera fase de la evolución legislativa es que el legislador ha pasado de una regulación muy restrictiva, en la que se preveía la posibilidad de acordar medidas civiles solo cuando no hubieran sido previamente acordadas en la jurisdicción civil, a la



regulación actual en la que, aun cuando hayan sido acordadas previamente en el procedimiento civil, se establece la obligación del juez de pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas, cuando existan menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con la víctima y dependan de ella.

3.2 Fase segunda

Para iniciar el estudio de la reforma resulta imprescindible hacer referencia a una serie de hitos de gran impacto en la legislación posterior:

1.º En primer lugar, la Subcomisión para abordar el problema de la violencia contra los niños y las niñas, creada en la X Legislatura en el Congreso de los Diputados, llevó a cabo el **Informe de la subcomisión de estudio para abordar el problema de la violencia contra los niños y las niñas**, aprobado el 23 de junio de 2015 y que concluye con una serie de propuestas de estudio para abordar el problema de la violencia contra los niños y las niñas entre las que, a los efectos que aquí se tratan, resultan de interés las siguientes:

- Reconocer a los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género como víctimas de este tipo de violencia.
- Establecer como principio fundamental la permanencia junto a las madres víctimas de violencia de género de los menores a su cargo.
- Acelerar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre las órdenes de protección o, en su caso, las medidas cautelares referentes a la situación de los menores para garantizar su seguridad e integridad.
- Tener en cuenta la violencia ejercida sobre los menores en las situaciones de separación y divorcio, en divorcios difíciles o divorcios contenciosos



que pueden constituir un contexto de riesgo para su salud mental y emocional.

2.º En segundo lugar, el **Pacto de Estado contra la Violencia de Género**, ratificado en diciembre de 2017 por los distintos Grupos Parlamentarios, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales representadas en la Federación Española de Municipios y Provincias, y que consta del Informe de la Subcomisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, con 214 medidas, y la Ponencia del Senado, con 267 medidas. Pues bien, concretamente en el Informe de la Subcomisión de Igualdad se contienen dos medidas (145 y 146) relacionadas con el régimen de visitas que conviene reproducir a continuación:

145. Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido convivido con manifestaciones de violencia, sin perjuicio de adoptar medidas para impulsar la aplicación de los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004.

146. Prohibir las visitas de los menores al padre en prisión condenado por violencia de género.

3.º Poco después, el **18 de diciembre de 2019**, a consecuencia del asesinato de un menor por su padre durante la ejecución del régimen de visitas, el **Defensor del Pueblo** emitió un informe en el que se incluyen la siguiente recomendación:

*Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para la modificación de las normas necesarias que **establezcan, con carácter imperativo, la obligación de un pronunciamiento específico acerca de la suspensión cautelar o provisional del régimen de visitas para el inculcado por violencia de género, siempre que exista una medida de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones respecto de la madre.***



El Defensor expresó, además, su opinión en el apartado 17 de sus consideraciones en el sentido de que se debería “tomar en consideración que los menores de edad son siempre víctimas de la violencia de género que se ejerce sobre sus madres, porque la violencia no se encapsula sino que irradia efectos perversos sobre sus hijos” y que, por tanto, en su opinión, “[e]l Estado debería asegurar, por tanto, la suspensión del régimen de visitas, siempre que exista una orden de protección en vigor respecto a su madre. Esa suspensión no debería depender de la existencia de pruebas de que el menor haya presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia”.

4.º El Grupo de Expertos en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (GREVIO), en su último informe sobre España, instó a las autoridades españolas a emprender las medidas necesarias para “limitar el margen de discrecionalidad judicial, tanto penal como civil, en aquellas decisiones que tengan que ver con la custodia y los derechos de visita de los culpables de violencia ejercida en el ámbito de la pareja, con respecto a aquellos que están en espera de juicio y en los casos en que se haya reunido pruebas suficientes para confirmar el abuso del niño o la madre”.

Con estos antecedentes llegamos a la tramitación parlamentaria de la LO 8/2021, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, de la que conviene tener en cuenta las enmiendas transaccionales 121 y 199 que se presentaron al anteproyecto y que fueron aprobadas por la Comisión.

En la primera se planteó una modificación del art. 544 ter LECrim, incluyendo en el párrafo 3 que “Ante la denuncia por violencia de género de una mujer con hijos/as menores de edad a su cargo, y en el caso de que se vaya acordar una orden de protección, el Juez no solo estará obligado a pronunciarse de oficio sobre las medidas cautelares de protección para esos menores, sino también a



no establecer o suspender automáticamente el régimen de comunicación y estancia de los hijos/as con su progenitor hasta la extinción de la responsabilidad penal tras lo cual será el Juez quien deba valorar si procede tal concesión”.

La enmienda 199 planteó la modificación del apartado 6 del art. 544 ter LECrim en relación a las medidas penales, a la que se aludirá más adelante y, en cuanto a las medidas civiles, propuso que “[e]n el caso de las víctimas de violencia de género que tengan a su cargo a personas menores de edad, en caso de que se vaya a acordar una orden de protección, el Juez no solo estará obligado a pronunciarse de oficio sobre las medidas cautelares de protección que correspondan para esos menores, **sino también a no establecer o suspender automáticamente el régimen de comunicación y estancia de los menores con su progenitor, adoptante, guardador o acogedor hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual el Juez valorará si procede su concesión o restablecimiento”.**

Así llegamos al texto de la LO 8/2021, de 4 de junio, cuya disposición final primera modifica los apartados 6 y 7 del art. 544 ter LECrim que examinamos a continuación.

4. Modificaciones del art. 544 ter LECrim

Si bien la regulación de las medidas civiles está contenida en el apartado 7 del art. 544 ter LECrim, se ha de tener en cuenta que también se ha reformado el apartado 6 que hace alusión a las medidas penales, cuyo estudio se revela imprescindible para poder entender e interpretar adecuadamente el apartado 7.



4.1 Modificación del apartado 6 del art. 544 ter LECrim. La protección de las mujeres y de sus hijas e hijos como objetivo único e inescindible

En la redacción original del apartado 6 del art. 544 ter LECrim se aludía a que las medidas penales se adoptarán por el Juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima; pues bien, con la nueva regulación el juez deberá atender, además, a la necesidad de protección integral e inmediata de las personas sometidas a la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de la víctima.

Esta modificación tiene su origen en la enmienda transaccional 199 que hemos reproducido anteriormente y que tiene su consecuencia en esa comprensión de los menores como víctimas de la violencia de género y necesitados de protección, en el bien entendido que solo así les protegemos a ellos en sus derechos y, además, hacemos efectiva la protección de sus madres, razón por la que se propuso la reforma del apartado 7 del art. 544 ter LECrim que pasamos a analizar.

4.2 Modificación del apartado 7, párrafos 2 y 3, del art. 544 ter LECrim

Para una adecuada comprensión del alcance y entidad de la reforma es importante comparar la redacción actual con la anterior.

El párrafo 2 del apartado 7 del art. 544 ter LECrim —en su redacción anterior, introducida por la Ley 4/2015, de 27 de abril— disponía que las medidas civiles “podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, **determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada**, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier



disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”.

Sin embargo, con la redacción actual introducida por la LO 8/2021, de 4 de junio, esas medidas “podrán consistir en la forma en que se ejercerá la patria potestad, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, **determinar el régimen de guarda y custodia, suspensión o mantenimiento del régimen de visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección**, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios”.

De la simple lectura (hemos remarcado en negrita los cambios para su mejor localización) se deduce que si con la redacción original, en el contexto de la orden de protección se podía regular, además de la custodia, el régimen de visitas, en la actualidad solo se puede determinar la custodia pues, en relación con las visitas solamente se podrá acordar su suspensión o mantenimiento, de manera que si no existe una resolución judicial previa en la que se haya regulado el régimen de visitas, el juez que acuerda la orden de protección no puede pronunciarse al respecto.

Esta es la interpretación que resulta del sentido propio de sus palabras pero también del contexto normativo y de los antecedentes legislativos que reflejan el espíritu de la ley pues, como hemos visto, en las enmiendas transaccionales aprobadas por la Comisión se hace mención expresa a que no se podrá establecer un régimen de vistas y que, en su caso, se ha de suspender el existente. Y, por supuesto, esta interpretación es la única posible en atención a la realidad social que ha sido expuesta y que exige de una respuesta contundente a fin de proteger a los niños y niñas frente a la violencia de género



que sufren sus madres y a hacer efectiva la protección de estas, teniendo en cuenta, además, que cuando se acuerda una medida penal de prohibición de aproximación a la madre el riesgo de instrumentalización y manipulación de los niños y niñas e, incluso, de ejercer la violencia sobre ellos, bien como estrategia para dominar y controlar a la madre, bien para hacerle el máximo daño posible, se eleva a la enésima potencia.

Precisamente por ello, consciente de esta realidad, el legislador ha dispuesto que cuando se acuerda una orden de protección con medidas penales no se puede establecer un régimen de visitas y, si existiera ese régimen de vistas, estancias y comunicación con los menores acordado previamente, el juez tiene la obligación de suspenderlo, de oficio o instancia de parte, si los menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia de género o doméstica, y solo podrá excepcionalmente no acordar la suspensión, es decir, mantener ese régimen de visitas, cuando a instancia de parte así proceda, lo que deberá hacer en una resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

Esta regulación es congruente, además, con la reforma incluida en el art. 94.4 CC que en la actualidad dispone que “[n]o procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos



y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial”.

En esta segunda fase el legislador, de acuerdo con las obligaciones asumidas en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo y del GREVIO y en línea con la evolución legislativa apuntada, deja de contemplar la posibilidad de acordar un régimen de vistas en el contexto de la orden de protección para regular la exclusiva posibilidad de suspender el existente, en su caso, o acordar motivadamente en base al superior interés del menor su mantenimiento.

5. Conclusión

Como criterio orientativo, cuando existan hijos o hijas menores que conviven con la mujer víctima de violencia de género las/os Sras./es. Fiscales no interesarán el establecimiento de un régimen de visitas en la comparecencia de orden de protección al impedir este pronunciamiento la regulación actual del art. 544 ter LECrim. Si existiera un régimen de visitas vigente acordado por cualquier resolución judicial precedente, las/os Sras./es. Fiscales solicitarán su suspensión si los menores han presenciado, sufrido o convivido con la violencia y, solo excepcionalmente, podrá interesarse su mantenimiento cuando así lo aconseje el superior interés del menor evaluando la relación paterno-filial.

Teresa Peramato Martín

Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer