

Título: ORDEN DE PROTECCION Y SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE ESTANCIA, VISITAS, COMUNACIONES Y RELACIÓN CON LOS MENORES TRAS LA LO 8/21 DE 4 DE JUNIO

Autor: JUAN LUIS ORTEGA CALDERÓN

Fiscal Decano Sección Territorial Ocaña

Resumen

Los compromisos internacionales vinculados al Convenio de Estambul así como la necesidad de dar cumplimiento al eje cuarto del Pacto de Estado contra la Violencia de Género, relativo a la protección de los menores, han inspirado la reforma del artículo 544 ter apartado séptimo Ley de Enjuiciamiento Criminal con ocasión de la reciente LO 8/21 de 4 de junio de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, incorporando a la norma procesal penal la posibilidad de adoptar en el seno de la orden de protección la medida civil de suspensión de las comunicaciones, estancia y visitas de los menores respecto del progenitor incurso en el proceso por violencia de género o doméstica, que en todo caso ya amparaban los artículos 65 y 66 LO 1/04 de 28 de diciembre de protección integral contra la violencia de género.

1.- Introducción.

La conocida como orden de protección y su doble contenido, penal y civil, constituye uno de los instrumentos procesales más relevantes para la lucha, con carácter cautelar, contra la violencia doméstica y de género. Regulada en el artículo 544 ter LEcrim, tal es su importancia práctica que de ordinario incluso relega a un segundo plano otros mecanismos de protección específicamente regulados para la tutela de los bienes jurídicos de otras víctimas, en particular los menores, a través del artículo 544 quinquies LEcrim.

Lo característico de la orden de protección es que junto con las medidas de contenido penal y en la medida en que operan como un complemento imprescindible para evitar las situaciones de limbo jurídico en la que quedarían los menores habidos en la relación entre sometido a la tutela cautelar penal y beneficiario de la misma, contempla también una serie de medidas de carácter civil que vienen a regular la situación de custodia de la prole en beneficio de ordinario del progenitor acreedor de la tutela cautelar, y de régimen de visitas, estancia y comunicaciones con el progenitor sometido a dicha tutela cautelar. Tales medidas civiles no son sino la plasmación en la norma procesal penal de las previsiones de los artículos 65 y 66 LO 1/04 de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género.

No puede concluirse esta prevé introducción sin llamar la atención sobre una percepción derivada de años de experiencia en materia de violencia de género como Fiscal que atiende a los servicios de guardia y que tal vez haya experimentado también el lector. Es poco frecuente que tanto las partes, incluido el Ministerio Fiscal, como la autoridad judicial, invoquen, en sus informes y resoluciones, las previsiones específicas de la Ley Integral del 2004, buscándose de ordinario acomodo en las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revelando un cierto fracaso de ese reclamado carácter integral de la norma. El hecho normativo de que el legislador parezca olvidar que lo que ahora regula es una reiteración sustancial de los citados artículos 65 y 66 tal vez pueda

alimentar la sensación de que el Legislativo padece esa misma sensación frente a un instrumento legislativo, las pretendidas leyes integrales, ajenas a nuestra tradición normativa y que bien pudieran encontrar en los Textos Refundidos un cobijo normativo suficiente.

2.- Alcance de la reforma.

La reciente LO 8/21 de 4 de junio de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia ha continuado la línea de reforma iniciada por la LO 8/15 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que afrontó la reforma del laconismo inicial de los artículos 65 y 66 LO 1/04. Así, en su redacción original, tales preceptos dotaban al Juez de la capacidad para acordar, meramente de forma facultativa -podrá suspender- la suspensión para el inculcado por violencia de género del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia respecto de los menores a los que se refiere, así como ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género respecto de sus descendientes, añadiendo la reforma del 2015, tras ampliar la suspensión al acogimiento, tutela, curatela o guarda hecho, ahora con carácter imperativo que *si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución*, añadiendo en el artículo 66 la posibilidad de suspensión no sólo respecto del régimen de visitas, sino también de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependen de él, añadiendo un segundo inciso sustancialmente análogo al del artículo 65: *si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.*

La invocada y reciente reforma no ha afectado a los citados artículos 65 y 66, pero sí al artículo 544 ter LEcrim en concreto a su apartado séptimo relativo a las medidas de carácter civil complemento de las de carácter penal. El examen del iter legislativo revela que en el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 19 de junio de 2020, bajo la rúbrica Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, no se incluía referencia alguna al artículo 544 ter LEcrim, debiéndose esperar al texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 14 de abril de 2021 para encontrar la incorporación de la reforma que no ocupa, tras afirmar en el preámbulo proyectado que *se modifica la regulación de las medidas cautelares con carácter penal y de naturaleza civil que pueden adoptarse durante el proceso penal y que puedan afectar de cualquier modo a personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección*, texto que se trasladó a la redacción definitiva como breve pórtico explicativo de la reforma de calado que finalmente se realiza en el texto publicado en el BOE.

Redacción actual	Nueva redacción (vacatio legis: veinte días desde su publicación)
------------------	---

<p>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 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</p> <p>Estas medidas 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.</p> <p>Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.</p>	<p>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 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 discapacidad necesitadas de especial protección 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.</p> <p>Estas 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.</p> <p>Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado 1 de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.</p> <p>Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente</p>
--	---

Además de la sustitución de los términos personas con capacidad judicialmente modificada por los actuales **personas con discapacidad necesitadas de especial protección, respondiendo de esta forma a la reforma inmediatamente anterior operada por Ley 8/21 de 2 de junio, los aspectos más relevantes de la modificación están constituidos por a posibilidad de acordar la suspensión del régimen de visitas, estancias y comunicaciones entre los hijos menores y el progenitor incurso en proceso penal por violencia doméstica o de género. De esta forma se materializa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una aspiración ya expuesta por ambas Cámaras en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.** En el documento de

síntesis de fecha 13 de mayo de 2019 relativo a las medidas propuestas por el Congreso y el Senado se incluía expresamente como eje cuarto : *la intensificación de la asistencia y protección de menores. La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar la especialización de los Puntos de Encuentro Familiar para los casos relacionados con la violencia de género.*

En desarrollo de ese eje cuarto se incluían las medidas 200 a 216, siendo relevante en la materia que nos ocupa la medida 204 y 205 (145 del Congreso y 49 del Senado), con el siguiente tenor literal:

204: Establecer el carácter imperativo de la suspensión del régimen de visitas en todos los casos en los que el menor hubiera presenciado, sufrido o 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.

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

Tales propuestas han tenido indudable reflejo en el régimen no totalmente coherente con la reforma procesal penal introducido por la inmediatamente anterior Ley 8/21 de 2 de junio, en particular en la nueva redacción dada al artículo 94 Código Civil, que en apretada síntesis establece como regla general e imperativa el no establecimiento o en su caso la supresión del régimen de visitas, comunicaciones y estancias respecto del menor en caso de que un progenitor esté incurso en proceso penal por atentar contra la vida, integridad física o moral, libertad, libertad sexual del otro progenitor o del propio hijo, sin perjuicio de abrir un expediente excepcional para excluir tal decisión imperativa. Además de otras notables diferencias, en particular respecto de los criterios conforme a los cuáles debe pronunciarse el juez civil frente al juez penal, lo más relevante es que el artículo 94 Código Civil sí ha incorporado expresamente la medida 206 del documento de síntesis, al disponer que *no procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordado en un procedimiento penal por delitos previstos en el párrafo anterior*. La omisión de su regulación en el ámbito de las medidas civiles de la orden de protección priva al precepto de la necesaria sistemática, en tanto que aunque su regulación allí permitirá invocar la supletoriedad de las disposiciones del Código Civil, sin duda alguna que habría resultado más adecuado que en todo caso fuera expresamente incluida en la regulación de la orden de protección.

En el plano internacional, ya el Convenio de Estambul elaborado en el seno del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en su artículo 45 recordaba la posibilidad de que los Estados Firmantes adoptarán las medidas legislativas en relación con los autores de los delitos que contempla entre las que incluye la pérdida de los derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor que puede incluir la seguridad del víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma. Y con anterioridad, el artículo 31¹ del

¹ Artículo 31 – Custodia, derecho de visita y seguridad

mismo Convenio recordaba la necesidad de valorar al fijar el régimen de custodia y visitas sobre los hijos los incidentes de violencia ocurridos así como la necesidad de evitar que su desarrollo comprometa los derechos y seguridad de la víctima y de los niños, refiriéndose a ellos de forma separada, con las consecuencias interpretativas y prácticas que de ello se deriva. Nótese cómo el Convenio llega incluso a admitir que la necesidad de garantizar un entorno de seguridad para la mujer víctima de un delito de violencia de género puede reclamar, como medida directamente encaminada incluso a satisfacer el interés superior del menor, la privación de los derechos inherentes a la patria potestad sobre los hijos habidos en común con el agresor. Se trata en suma de valorar la incidencia que la perpetración de un delito de violencia de género tiene sobre la descendencia común de víctima y agresor de forma que pueda provocar que la sentencia penal se pronuncie sobre la privación o inhabilitación para su ejercicio por parte del agresor, sin necesidad de esperar al proceso civil oportuno.

La suspensión del régimen de visitas, estancias y comunicaciones con los hijos menores

Si quiera sea desde un punto de vista meramente formal, la novedad más notable que incorpora a la legislación procesal penal la reforma es la relativa a la competencia del Juez del orden jurisdiccional penal que resuelve sobre la orden de protección en sentido positivo de acordar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. Y digo novedad formal, puesto que además de haberse publicado dos días antes en el BOE la reforma del artículo 94 Código Civil que establece dicha suspensión con carácter imperativo con carácter general en el supuesto de que un progenitor esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral, libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, ya los artículos 65 y en particular 66 LO 1/04 de 28 de diciembre incluían dicha posibilidad. Y todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las reglas específicas del artículo 544 quinquies LEcrim cuando se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP y resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, que prevé la posibilidad de suspender o modificar el régimen de visitas o comunicaciones con el progenitor no conviviente, introducido por el Estatuto de la Víctima, esto es, unas medidas de contenido y alcance civil sustancialmente análogo al que ahora nos ocupa. Con la nueva previsión legal se ofrece amparo normativo a tales medidas cuando el menor no es la víctima, sino uno de sus progenitores y el sujeto activo del delito el otro. Se trata en definitiva de garantizar que el establecimiento de un régimen de visitas, estancia o comunicaciones no comprometa la propia seguridad de los menores.

En todo caso, debe recordarse que tras la reforma operada por LO 8/15, los artículos 65 y 66 LO 1/04 atribuían al Juez la facultad, podrá, de suspender al inculpado por violencia de género respecto de los hijos que de él dependan:

1 Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias 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 incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio.

2 Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños.

el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, artículo 65,

o el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores que de él dependan

De lo expuesto resulta que la novedad del nuevo párrafo añadido al apartado séptimo es ciertamente reducida, si bien adquiere relevancia porque colma una importante omisión de la regulación anterior: establece los presupuestos que deben ser valorados por la autoridad judicial penal para realizar tales pronunciamientos, subsanando la insuficiencia anterior. Nótese que lógicamente no se trata de aquéllos supuestos en los que el menor es víctima directa de la situación de violencia intrafamiliar, de forma que la tutela cautelar penal adoptada para su protección, normalmente con medidas de prohibición de aproximación y comunicación, diluirá la posibilidad de todo régimen de visitas, estancia o comunicaciones con el progenitor sujeto pasivo de tal tutela cautelar, además de permitir todas esas medidas de marcado carácter civil al amparo del artículo 544 quinquies LEcrim. Se trata, por el contrario, de supuestos en los que el comportamiento penalmente relevante del progenitor no custodio se proyecta sobre el otro progenitor, de tal forma que se amplía, formalmente, la respuesta civil que puede otorgarse en el proceso penal, fijando no tanto su contenido sino los presupuestos a los que debe atender la decisión del juez penal.

Los dos requisitos de carácter cumulativo a los que debe atender la autoridad judicial son los siguientes:

Primero, que se haya dictado una orden de protección con medidas de contenido penal en favor del progenitor al que encomienda la guarda y custodia de los menores. Por tanto, deben concurrir los presupuestos propios de ésta: indicios de infracción penal en el ámbito de la violencia doméstica y de género, así como situación objetiva de riesgo que reclame tal protección cautelar

Segundo, que existan indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia que motiva la anterior decisión con contenido penal.

Debe insistirse en que son requisitos cumulativos y que en todo caso, si implicaran que la violencia se ha proyectado sobre el propio menor, que asume de esta forma la condición de víctima como titular de los bienes jurídicos directamente afectados, aunque lo haga de forma concurrente con el otro progenitor, la respuesta debe encontrar un tratamiento específico en el artículo 544 quinquies. El segundo requisito es el que reclama un análisis más detallado. Descartado lo anterior, se hace preciso adoptar especiales cautelas respecto del supuesto en el que los menores hayan sufrido la situación de violencia conforme a la terminología que incluye el precepto, de forma que no se adopte una decisión al amparo de una previsión normativa que no es la adecuada y que queda sujeta en sus efectos y vigencia a un régimen jurídico distinto, esto es, que la decisión se ubique bien en el artículo 544 ter bien en el 544 quinquies. Así, la triada presenciar, sufrir o convivir con la situación de violencia intrafamiliar debe ser interpretada en la clave de esas concepción y aun convicción de que la situación de violencia en el seno de la unidad familiar, especialmente en situaciones de convivencia, se proyecta necesariamente sobre la evolución psicológica del menor, especialmente en sus fases más tempranas de formación, en tanto en cuanto que no sólo perturba las normales bases de convivencia de su núcleo primario sino también la percepción del

menor sobre la forma en la que tales relaciones deben desarrollarse. La reciente LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, nos ofrecía una interesante reflexión sobre la materia, que puede servirnos de criterio interpretativo sobre el porqué de las previsiones de los artículos 65 y 66 reformados por la misma y de la necesidad de proyectarlo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, tal norma que califica como “singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género” añadiendo que la violencia de género afecta a los menores en cuatro niveles sucesivos:

Condicionando su desarrollo y bienestar;

Causándole serios problemas de salud;

Convirtiéndoles en instrumento para ejercer el dominio y violencia sobre la mujer;

Favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas.

Me atrevería a añadir a los cuatro factores antes citados literalmente de la norma legal, que también existe una evidente proyección, en los mismos niveles y conceptos, sobre la forma de desarrollo de la vida familiar y, porqué no, las relaciones para con los hijos. Lo que se proyecta en suma es una alteración del normal desarrollo de todas y cada una de las complejas relaciones que se desenvuelven en el ámbito de la familia, y que alcanza una definición muy útil en la construcción jurisprudencial del bien jurídico protegido en los delitos de maltrato habitual: la paz en el núcleo familiar. Por tanto, en la medida en que los indicios fundados de violencia intrafamiliar que amparan la orden de protección revelen que, además, mantener al menor en ese contexto, entraña un riesgo para su seguridad, si quiera sea a través de las más limitadas relaciones que se articulan a través de los regímenes de estancia y visitas, y además pueden comprometer su normal evolución, perjudicar a su salud psicológica, a la forma en la que perciben y asumen las relaciones entre sus progenitores de ordinario hombre/mujer como expresión de desigualdad resuelta con el recurso a la violencia, y valorando en todo caso que esa percepción se recibe no de cualquiera sino precisamente de quién es el su progenitor, con todo lo que ello supone en cuanto modelo al que acomoda su comportamiento, debe adoptarse las medidas restrictivas de las relaciones inherentes a la patria potestad que contempla el precepto.

Si de la valoración de las diligencias de instrucción practicadas resulta que efectivamente el menor ha presenciado, sufrido o convivido con la violencia que ampara la tutela cautelar penal respecto del otro progenitor y al mismo tiempo fluye una conclusión, si quiera provisional, del alcance anteriormente descrito, quedará abonada la decisión del juez penal. Supuestos de maltrato habitual, con el clima de temor y dominación intrafamiliar, constituyen el campo propio para tales medidas. Incluso desde un punto de vista procesal, la adopción de dichas medidas puede resultar imprescindible para garantizar que el progenitor no custodio incurso en el proceso penal no se sirva de los períodos de estancia o visitas con los menores para ejercer sobre ellos presión ya de forma directa en cuanto a su actuación en el propio proceso ya de forma indirecta, para que influyan sobre la actuación procesal del otro progenitor. No debe olvidarse el contexto en el que se deben realizar estas valoraciones y las implicaciones

que el proceso penal tiene para la unidad familiar, y en particular los menores que la integran, una realidad que persiste al margen de la sede judicial y que, tras la decisión adoptada en el proceso, si quiera sea con carácter cautelar, tiene que adaptar su desarrollo cotidiano a las nuevas circunstancias concurrentes presididas por la resolución judicial. La vulnerabilidad de esos menores, primero derivada de una situación de violencia más o menos consolidada en la que han convivido, después asumiendo con el conocimiento y comprensión propio de su edad que uno de sus progenitores está sujeto a un proceso penal por atentar contra el otro, en una nueva lectura de lo que eran las relaciones familiares, y finalmente con una resolución judicial en virtud de la cual sus progenitores no pueden tener contacto entre sí, y todo ello presidido por la quiebra su estructura familiar, entrañan un notable riesgo de que el menor pueda quedar sometido a las sugerencias, influencias, presiones del progenitor investigado con ocasión de la estancia, visita y comunicación con él.

A diferencia de lo que ocurre en el nuevo artículo 94 CC, la decisión del Juez no es imperativa, opción que sin duda alguna resulta, a mi juicio, más prudente. Prevé el precepto que la decisión de adopte ya de oficio ya a instancia de parte, de forma análoga a la decisión sobre la propia orden de protección, previsión que sin duda es esencial para evitar que situaciones de violencia asumida y consentida en el ámbito intrafamiliar, de las que en ocasiones, con el debido respeto a la presunción de inocencia, es reflejo el ejercicio de la dispensa legal a declarar, provoquen que, si se hubiera vinculado su adopción a la legitimación exclusiva del otro progenitor (lo que sí es propio del proceso civil que sólo se incoará a instancia de parte) podría impedirse la protección de los menores. En todo caso, es una regla un tanto confusa: si la valoración que alcanza la autoridad judicial es que concurren los presupuestos para acordar la suspensión, el precepto se pronuncia de forma imperativa, suspenderá, por lo que no parece que para el cumplimiento de un mandato legal la autoridad judicial necesite ser excitada por alguna de las partes, sino que no es que pueda es que debe adoptar tal decisión.

4.- El presupuesto específico: que el menor haya presenciado, convivido o sufrido la violencia

El precepto distingue tres posibilidades, no cumulativas, aunque nada impide que puedan concurrir conjuntamente y por tanto facilitar la decisión judicial: que el menor haya presenciado, convivido o sufrido los comportamientos violentos que provocan la concesión de la orden de protección. Obviamente si han sufrido esa violencia, más allá de la simple percepción de la misma, hasta el punto de resultar afectados sus bienes jurídicos, la solución deberá adoptarse a través de otros remedios procesales, dada su condición de víctima. Si el término sufrir se interpreta meramente como la afectación psicológica que se deriva de la percepción de la violencia que se ejerce por un progenitor sobre el otro , sin alcanzar el carácter de menoscabo psíquico penalmente relevante, cabría plantearse dicha posibilidad, pero ciertamente resultaría difícil tal decisión pues el interés superior del menor y el desarrollo de las relaciones paternofiliales no serían compatibles con tales presupuestos.

En los supuestos en los que el menor sólo ha presenciado o convivido con tales situaciones de violencia, especialmente cuando las mismas se han producido en el ámbito familiar con carácter puntual y ajeno a las relaciones con el menor, en una forma inadmisibles de conducir la crisis familiar, resultará más factible una decisión en tal sentido, amparada en todo caso por los dos criterios impuestos por el legislador.

Debe recordarse que, al analizar la agravación específica vinculada a la presencia de menores que se incluyen en los tipos de violencia de género y doméstica, la reciente jurisprudencia, en particular desde la STS 188/18 de 18 de abril, posteriormente confirmado por la STS 247/18, nos permite superar un concepto puramente gramatical de presencia física, entendida como coincidencia espacio temporal del menor con el comportamiento penalmente relevante, adquiriendo especial relevancia la percepción sensorial que los menores deben tener del hecho, independientemente de que perciban visualmente su ejecución, percepción que les permita tener conciencia de su ejecución y de la trascendencia agresiva que la misma tiene. Lo relevante por tanto es que los menores tengan conciencia de la ejecución del hecho en tanto que se percaten del mismo, ya sea por las expresiones verbales que escuchan en particular su contenido agresivo o violento, ya sea por el ruido que se puede derivar de los golpes que integran la agresión o incluso, cabría añadir, por el resultado que sobre los elementos que integran el hogar (i.e. rotura de mobiliario) o sobre la propia situación ulterior de victimización de la madre que padece tales hechos (i.e. menoscabos físicos evidentes a simple vista tras una discusión y acometimiento precedente) en tanto que les hace percibir la realidad de la situación de violencia padecida por la víctima. Esta concepción más amplia y rica en matices es igualmente predicable de la convivencia con las situaciones de violencia, si bien el término convivir revela una cierta cotidianidad, en tales comportamientos, cercana a la situación del maltrato habitual, en la que la reiteración, de los comportamientos violentos, no sólo en cuanto al número sino también en cuanto a su frecuencia o proximidad temporal, provocan que se genere un contexto caracterizado por la violencia.

La menor intensidad por tanto concurre en los supuestos de mera percepción, evolucionando hasta la convivencia con la violencia y finalmente, el padecimiento efectivo de la misma.

5.- El contenido de la decisión judicial

La decisión judicial puede tener un contenido plural o único, esto es, la decisión de suspensión puede proyectarse sobre el régimen de visitas, estancia, comunicaciones o relación del menor con el progenitor, bien sobre todas esas manifestaciones de las relaciones paternofiliales, bien sobre varias bien sobre una sola de ellas. Nótese que el precepto se sirve de una conjunción disyuntiva, o, en lugar de una conjunción copulativa, y, de forma que las diferentes alternativas son posibles. Los conceptos no deben ser ajenos a los propios del proceso civil:

Comunicaciones, como aquéllas que se verifican tanto mediante la presencia física de menor y progenitor no custodio en el mismo lugar, de duración temporal limitada, como los que se articulan a través de cualquiera de los recursos que la tecnología permite, incluidos los que incluyen no sólo sonido sino también imagen y obviamente los que se articular por escrito (email, redes sociales, i.e.).

Visitas, que implican un contacto prolongado con presencia física continuada de menor y progenitor, normalmente con pernocta, y que suelen articularse mediante la referencia a fines de semana alternos y/o días intersemanales, en este caso con o sin pernocta

Estancias, como períodos más prolongados con pernocta en el domicilio del progenitor no custodio, vinculados a los períodos vacacionales normalmente escolares. Verano, semana santa y navidad como tres supuestos más habituales.

Pues bien, el Juez deberá acomodar su decisión a la mayor o menor intensidad del riesgo que advierta y, en particular, en la medida en que entienda la influencia que la situación de violencia vivida, presenciada (también sufrida en la dicción legal) puede agravarse con el régimen que establezca. Así, puede resultar conveniente para el interés superior del menor y en particular para no romper las relaciones con el progenitor incurso en el proceso penal, especialmente cuando tal proceso se prolonga en el tiempo, que la suspensión se vaya modulando sucesivamente, sin perjuicio de la influencia del proceso civil, o incluso que ab initio no afecte a las comunicaciones o visitas en función de la mayor o menor gravedad de los hechos. Huir de automatismos y adaptar la decisión a las circunstancias concurrentes será la única forma de satisfacer el interés superior del menor, de por sí ya comprometido y en riesgo por los antecedentes fácticos que provocan el proceso penal.

6.- Las dificultades interpretativas de la excepción a la regla.

Junto con esta regla general, en el que la decisión de suspensión sólo es imperativa si se aprecia el concurso de los requisitos antes expuestos, el precepto prevé una excepción que difícilmente puede comprenderse y menos aún justificarse en la práctica, reclamando en todo caso una interpretación restrictiva. En efecto, con la misma literalidad que la excepción contenida en el nuevo artículo 94 CC publicado dos días antes, el precepto dispone que *no obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación paterno filial*. Algunos matices merece la norma.:

no obstante su literalidad, la interpretación sistemática, por lo demás abonada por el citado artículo 94 CC, implica que la decisión del juez puede afectar ya al régimen de visitas, ya al de estancias ya el de comunicaciones, pudiéndose modular en su modo, tiempo y lugar, acomodándolo a la valoración que le ofrezca el interés superior del menor y la relación paterno filial

la decisión nunca podrá adoptarse de oficio, sino necesariamente a instancia de parte, lo que sin duda alguna provoca un cierto desasosiego interpretativo y puede llevar a confusión. Si la autoridad judicial puede acordar de oficio la suspensión, es obvio que puede dejar de acordarlo. Y si concurren los presupuestos del primer inciso, debe adoptar la decisión, deberá hacerlo en todo caso, sin necesidad de esperar a petición de parte.

Finalmente, la excepción parece difícilmente compatible con el supuesto de hecho sobre el que habría de aplicarse, caracterizada por los mismos dos requisitos que deberían provocar la decisión:

Orden de protección a favor del otro progenitor (por tanto, indicios de infracción penal y situación objetiva de riesgo)

Que los menores hayan presenciado, convivido o sufrido tal situación de violencia penalmente relevante

Nótese que en definitiva lo que se está reclamando de la autoridad judicial es que plasme en una resolución motivada que concurriendo los presupuestos anteriores, que ha declarado probados en la misma resolución, sin embargo concluya, y razone, que el interés superior del menor y la evaluación de la relación paterno filial, no sólo permiten sino que incluso aconsejan una decisión en tal sentido. Nuevamente, la decisión habrá de ser ponderada, especialmente prudente y siempre presidida por la necesidad de proteger a los menores.

7.- La intervención del menor en el contexto de la orden de protección.

La adopción de medidas civiles vinculadas a la orden de protección penal reclama siempre la necesidad de valorar si el menor afectado por las mismas debe ser oído y, en caso, afirmativo, la forma en la que debe verificarse dicha exploración/declaración. Nótese que el precepto legal exige ponderar si el menor ha presenciado, sufrido o convivido con tales situaciones de violencia y, en todo caso, valorar su interés superior, de forma que su testimonio recabado por la autoridad judicial puede resultar esencial. Más aún lo será en los supuestos en los que para aplicar la excepción antes analizada, deba realizarse una evaluación de la relación paterno filial. No debe olvidarse que el artículo 11 LO 8/21 reitera el derecho de los menores y la obligación de los poderes públicos de garantizar tal derecho, a ser oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, en todos los procedimientos judiciales relacionados con la acreditación de la violencia, derecho que sólo podrá restringirse de manera motivada cuando sea contrario al interés del menor, previsión normativa que no es sino reflejo de la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras y en particular por su proyección en el proceso civil, **STC 64/2019, de 9 de mayo de 2019**)

Es preciso por tanto plantearse si el menor debe ser explorado y, en caso afirmativo, la forma y alcance de tal exploración. En particular, si la misma tendrá el carácter propio de una exploración civil, ajena a la problemática vinculada a la preconstitución probatoria o la dispensa a declarar, o si por el contrario debe articularse como una auténtica declaración judicial en el curso de un proceso penal, con todo lo que ello implica, en particular tras la reforma operada por la misma LO 8/21 de 4 de junio. Sin que la finalidad de estas líneas sea el análisis de tal declaración, considero que deben distinguirse dos situaciones procesales:

Primero, que el menor concurra al proceso penal como testigo de los hechos objeto de instrucción, lo que de ordinario ocurrirá pues el presupuesto es que el menor haya presenciado, sufrido o convivido con tales situaciones de violencia. La exploración del menor deberá articularse con todas las garantías propias del proceso penal, en particular las incluidas en el nuevo artículo 449 ter Lecrim, así como artículo 416 Lecrim, en tanto que su declaración deberá contribuir a formar la convicción del instructor sobre los hechos objeto de instrucción, aunque adicionalmente deba ser valorada para resolver sobre las medidas civiles.

Segundo, que el menor no comparezca en calidad de testigo, circunstancia ciertamente excepcional puesto que así fuera, no concurrirá el presupuesto de la decisión judicial.

Como una situación intermedia, sin duda de difícil solución, debe plantearse aquélla en la que las circunstancias concurrentes, de ordinario vinculadas a la edad y desarrollo del menor, y amparo en el oportuno dictamen de especialistas, no resulto conveniente o incluso resulte imposible la declaración del menor en calidad de testigo en relación con los hechos objeto de instrucción, pero se plantee la necesidad de explorarlo a los efectos de proceder a esa evaluación de la relación paterno-filial que prevé la norma. En estos caso, entiendo que la exploración deberá acomodarse a las pautas propias del proceso civil, con cautelar tales como a puerta cerrada, con asistencia del Juzgador así como del Ministerio Fiscal, en aras a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, con la oportuna grabación en soporte audiovisual de imagen y sonido, así como con intervención del Letrado de la Administración de Justicia, a levantar el correspondiente acta sucinta sobre el contenido de dicha exploración, del que habrá de darse traslado a las partes en la medida en que el resultado de la misma puede ser determinante para la decisión que se adopte.

8.- Y cierre

Y todo ese esfuerzo argumental, toda esa ingente actuación procesal, toda esa valoración, se encuentra abocada a un difícil desenlace procesal. Cualquiera que sea la decisión adoptada por el juez penal, el último inciso del apartado que nos ocupa mantiene impertérrito a la reforma legislativa que

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de treinta días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente

Por tanto, en el inmediato proceso de familia, las medidas quedarán ahora sometidas al nuevo régimen jurídico, ya invocado, del artículo 94 CC: *no 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.*

Pero tal precepto reclama otra reflexión.

