

Pérdida de la patria potestad, adopción y consecuencias de la misma

Perda da patria potestade, adopción e consecuencias da mesma

**Deprivation of parental authority, adoption and their
consequences**

Alicia Gesto Domínguez

Tutora: Luz María Puente Aba

**Grado en Derecho
2017**

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS.....	pág. 4
II. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES A ANALIZAR.....	pág. 5
III. PAUTAS DE INTERVENCIÓN ANTE EL MALTRATO INFANTIL Y SEGUIMIENTO A REALIZAR EN EL PRESENTE SUPUESTO.....	pág. 7
1. El maltrato infantil.....	pág. 7
2. El interés superior del menor y la obligación de los poderes públicos de velar por el mismo.....	pág. 8
3. La actuación de los poderes públicos ante la situación de desprotección del menor.....	pág. 9
3.1. Distinción entre la situación de riesgo y el desamparo.....	pág. 9
3.2 Pautas de intervención ante la situación de desprotección del menor.....	pág. 10
3.2.1. Aspectos procedimentales.....	pág. 10
3.2.2. La detección y la notificación.....	pág. 10
3.2.3. La intervención de los poderes públicos.....	pág. 11
4. El desamparo. Concepto y procedimiento de actuación en el caso a tratar.....	pág. 12
IV. DECISIONES A ADOPTAR POR PARTE DE LOS JUECES EN LOS PROCESOS ABIERTOS CONTRA LA FAMILIA BIOLÓGICA DEL MENOR.....	pág. 14
1. Definición de la patria potestad.....	pág. 14
2. Posibles procesos contra Lola.....	pág. 15
2.1. Responsabilidad penal de los menores de 14 años.....	pág. 15
2.2. Proceso civil contra Lola.....	pág. 15
3. Posibles procesos contra los padres de Lola.....	pág. 16
3.1. Aplicación de los artículos 153 y173 CP como consecuencia de los actos cometidos contra Lucas y del art. 450 CP, de comisión por omisión.....	pág. 16
3.2. Posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad.....	pág. 18
3.3. Posible privación del ejercicio de la patria potestad.....	pág. 18
V. VALORACIÓN DE LA GUARDA CON FINALIDAD DE ADOPCIÓN COMO MEDIDA MÁS BENEFICIOSA PARA LOS INTERESES DE LUCAS Y DE LOLA.....	pág. 19
1. Guarda con finalidad de adopción y acogimiento familiar preadoptivo: modificación por la Ley 26/2015 de 28 de julio.....	pág. 19
2. Valoración.....	pág. 20
VI. POSIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN DE LUCAS POR OTRA FAMILIA Y DE RECUPERAR LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR POR PARTE DE LA FAMILIA BIOLÓGICA.....	pág. 22
1. Derechos y deberes del guardador y posibilidad de solicitar la remoción de la tutela.....	pág. 22

2. Posibilidad de dar en adopción al menor a otra familia o de retorno del mismo a la familia biológica.....	pág. 22
2.1. El deber de la Entidad Pública de realizar un seguimiento de las medidas acordadas.....	pág. 22
2.2. El principio de retorno a la familia biológica como principio que cede ante el interés superior del menor.....	pág. 23
2.3. Puesta en adopción del menor a una familia distinta.....	pág. 24
VII. TRÁMITES A SEGUIR PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA ADOPCIÓN Y TIPO DE ADOPCIÓN A ADOPTAR POR PARTE DEL JUEZ EN BENEFICIO DEL INTERÉS DEL MENOR.....	pág. 25
1. Definición de la adopción.....	pág. 25
2. Modalidades de adopción.....	pág. 25
3. Adopción por parejas del mismo sexo.....	pág. 26
4. Requisitos que deben cumplir Rodrigo y Jorge.....	pág. 26
4.1. Declaración de idoneidad.....	pág. 26
4.2. Idoneidad del menor para ser adoptado.....	pág. 27
5. Constitución de la adopción.....	pág. 28
5.1. Iniciación del procedimiento.....	pág. 28
5.2. Intervenciones en el procedimiento.....	pág. 28
5.2.1. Consentimiento.....	pág. 29
5.2.2. Asentimiento.....	pág. 29
5.2.3. Audiencia.....	pág. 30
6. Resolución y recursos.....	pág. 30
7. Efectos de la constitución de la adopción.....	pág. 31
8. Modalidad de adopción más beneficiosa para el menor.....	pág. 31
VIII. POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE ROBERTO EN EL MOMENTO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.....	pág. 32
1. Regulación procedimental.....	pág. 32
2. El derecho de permiso de paternidad de Roberto.....	pág. 33
3. La prestación por permiso de paternidad como contingencia amparada por la Seguridad Social.....	pág. 34
IX. CONCLUSIONES FINALES.....	pág. 36
X. BIBLIOGRAFÍA.....	pág. 38
XI. PÁGINAS WEB.....	pág. 38
XII. DISPOSICIONES CITADAS.....	pág. 39
1. Normativa europea.....	pág. 39
2. Leyes.....	pág. 39
3. Decretos.....	pág. 40
4. Manuales, protocolos y circulares.....	pág. 40
XIII. JURISPRUDENCIA.....	pág. 40
-Tribunal Constitucional.....	pág. 40
-Tribunal Supremo.....	pág. 40
-Audiencias Provinciales.....	pág. 40
-Sentencias.....	pág. 40
-Autos.....	pág. 41
XIV. ANEXOS.....	pág. 42
1. Pautas para la detección del maltrato.....	pág. 42

2. Hoja de notificación de maltrato.....	pág. 43
3. Tramitación del expediente de la adopción.....	pág. 44
4. Solicitud de prestación de paternidad.....	pág. 45
5. Certificado de empresa.....	pág. 56

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de Audiencia Provincial.
Art./arts.	Artículo/artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil, 24 de julio de 1989.
CE	Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.
CP	Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento jurídico.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.
LGSS	Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria
LO	Ley Orgánica.
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
RD	Real Decreto.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
TC / STC	Tribunal Constitucional / Sentencia del Tribunal Constitucional.
TS / STS	Tribunal Supremo / Sentencia del Tribunal Supremo.

II. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES ANALIZAR

Lola García García, de nacionalidad española, de 13 años de edad y con residencia habitual en Madrid, tuvo un hijo cuyo nombre es Lucas Gómez García, nacido el 20 de octubre de 2015.

Mario, padre biológico de Lucas, y sus padres, fallecieron cuando el menor tenía 3 meses en un accidente de tráfico. Tras lo anterior, Lola entró en una profunda depresión y comenzó a maltratar y descuidar a Lucas. María García Ares y Daniel García Rodríguez, los padres de Lola, conscientes de los malos tratos, no solo no los impidieron sino que participaron en ellos en diversas ocasiones.

Ante los evidentes signos de maltrato y los síntomas de desnutrición y descuido que padecía Lucas y a pesar de todas las evasivas dadas por la familia, el doctor Castro, pediatra del menor, decidió, en su última visita, denunciar la situación ante los servicios sociales, quienes, tras estudiarla, decidieron que lo más conveniente para los intereses del propio menor era ser apartado de su familia. Como consecuencia de tal denuncia se abrió, por un lado, un proceso penal contra los padres de Lola por sus actuaciones, y si, por ellas, podrían privarles de la patria potestad de su hija Lola. Por otro lado, también se inició un procedimiento civil contra Lola, con el objeto de determinar si el comportamiento de ésta podría ser una causa de privación de la patria potestad respecto a su hijo. En este mismo proceso, se decidió como medida cautelar proceder a la suspensión de la patria potestad sobre Lucas.

Tras la muerte de Mario, Lola, con la aprobación y a iniciativa de sus padres, decidió nombrar un tutor legal para Lucas por si ella y sus padres falleciesen. En dicho nombramiento existía una cláusula en la que se establecía que, ante la pérdida de la patria potestad, se dejaría también a Lucas a cargo del tutor. El tutor designado fue Roberto, amigo personal de la familia, español, de 26 años de edad, con residencia habitual en Madrid y de profesión abogado.

Roberto mantiene una relación con Jorge desde hace 2 años, y están registrados como pareja de hecho desde hace uno. Jorge, de nacionalidad española y residencia habitual en Madrid, tiene una edad de 20 años y su profesión es camarero y, a su vez, estudiante universitario de arquitectura.

Ante la suspensión de la patria potestad de Lola, el Juez, una vez escuchado el Ministerio Fiscal, resolvió que lo más aconsejable para el niño era otorgar su guarda con finalidad de adopción a Roberto y a Jorge.

Tras un año y unos meses de cuidar de Lucas en guarda con finalidad de adopción y siendo lo más conveniente para él, Roberto y Jorge decidieron incoar un procedimiento de adopción.

Si finalmente consiguieran la adopción, Roberto planeaba solicitar la suspensión de su contrato de trabajo. Tras comentárselo a su jefe, éste le adelantó que se negaría a concederle tal suspensión, alegando que existió convivencia previa, que Lucas no necesitaba de adaptación al entorno familiar y que Roberto llevaba unos casos muy importantes que no podía abandonar, pues ello implicaría una importante pérdida de ganancias.

- Pautas de intervención ante el maltrato infantil y seguimiento a realizar en el presente supuesto
- Decisiones a adoptar por parte de los jueces en los procesos abiertos contra la familia biológica del menor
- Valoración de la guarda con finalidad de adopción como medida más beneficiosa para los intereses de Lucas y de Lola.
- Posibilidad de la adopción de Lucas por otra familia y de recuperar la patria potestad, guarda y custodia del menor por parte de la familia biológica.
- Trámites a seguir para la consecución de la adopción y tipo de adopción a adoptar por parte del juez en beneficio del interés del menor.
- Posibilidad de suspensión del contrato de trabajo de Roberto en el momento de concesión de la adopción de Lucas.

III. PAUTAS DE INTERVENCIÓN ANTE EL MALTRATO INFANTIL Y SEGUIMIENTO A REALIZAR EN EL PRESENTE SUPUESTO

1. El maltrato infantil

Son numerosas las referencias jurídicas internacionales en el ámbito de protección de los derechos del niño¹. La Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se refiere al maltrato infantil en su artículo 19 como “toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que se haga cargo”.

La Constitución Española de 1978, plasma dicha protección a través de sus artículos 15, de la protección a la vida y a la integridad física y moral, y 39, este último referido a la obligación de los poderes públicos de velar por la familia y proteger a los menores de acuerdo con los tratados internacionales que respaldan sus derechos. Los acuerdos internacionales, tratados y demás textos ratificados por España resultan de aplicación conforme a lo previsto en los artículos 95 y 96 de la CE, resultando incluso de aplicación, según la naturaleza de la disposición, con prevalencia sobre el derecho interno.

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero,² no da una definición concreta del maltrato infantil, pero garantiza la protección ante esta situación en diversos artículos (art 2, 11.2, 13.1, 18.2 e)). Con la modificación del texto por la ley 26/2015 de 28 de julio de la que hablaremos más adelante, se añade por medio del art. 22 ter la creación del Registro Unificado de Maltrato Infantil, en aras de conocer de manera uniforme la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia en España, tanto a efectos de protección de menores como a efectos estadísticos.

El maltrato, entendido como una “acción u omisión no accidental”, presenta factores de riesgo con la aparición o ausencia de alguna característica que eleve las posibilidades de situaciones adversas. Es el caso de la etapa de la infancia, o momento de la vida del niño en la que por su edad y dependencia es mucho más vulnerable³.

Los malos tratos a la infancia, como la práctica totalidad de las problemáticas sociales, se caracterizan por responder a más de una causa y manifestarse de forma compleja. Estas circunstancias exigen que, desde las diferentes instancias implicadas en la protección de la infancia, se intente desarrollar sistemas de actuación en los que, además de facilitar que las medidas de protección estén disponibles, se garantice su acceso y aplicación de forma eficiente y armonizada.

1 Declaración de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1959, Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el España el 30 de noviembre de 1990, Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 8 de julio de 1992, Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional y ratificado por España mediante instrumento de 30 de junio de 1995.

2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ley ha sido modificada recientemente por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm.15, de 17/01/1996).

3 LÓPEZ MONTESINOS, M^o J., “Pautas de actuación en el abordaje del maltrato infantil desde el ámbito sanitario”, en *Revista Enfermería Global*, nº3 de 2003, pág. 3.

De acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del Gobierno de España, el protocolo de actuación debe garantizar la coordinación entre instituciones en casos de maltrato infantil en todos los ámbitos relacionados con la infancia y la adolescencia -educativo, sanitario, judicial, policial y social-, y ante todo deberá regir el principio del interés superior del niño a la hora de llevar a cabo las medidas y actuaciones que consideren oportunas⁴.

El art. 12 de la LOPJM hace referencia a las modalidades de actuación que deben desempeñar las autoridades competentes. Dicho artículo es necesario ponerlo en relación con los principios rectores de la actuación administrativa de los art. 11 LOPJM y art. 3 Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid⁵. El art. 11.2. i) LOPJM contempla la protección contra todo tipo de maltrato físico o psicológico como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores.

2. El interés superior del menor y la obligación de los poderes públicos de velar por el mismo

El interés superior del menor es la principal base rectora en el marco jurídico nacional e internacional en materia de protección de la infancia, por lo que es necesario que el derecho reconozca y vele por él de manera efectiva.

En el plano internacional, se plasma en normativas de gran trascendencia como la Convención de los derechos del Niño de 1989 (art 3.1), la Convención de Ginebra de 1959 (principios 2 y 7), o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)).

El Convenio de Roma de 1950, reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la no injerencia de los poderes públicos en ella, salvo que la misma esté justificada en aras de velar por intereses generales o legítimos de terceras personas. Ruíz Miguel califica este derecho no como absoluto, sino como un derecho condicionado en su ejercicio, que además de ser un derecho de defensa, implica unas obligaciones positivas a cargo del Estado, así como determinadas exigencias institucionales y procedimentales⁶.

La Constitución Española de 1978, hace visible tanto la protección del menor como la obligación de los Poderes Públicos de brindar protección integral a la familia y a los hijos (art. 10, 39, 53.3 CE). La LOPJM, es el mayor reflejo de dicha protección, pues tal como indica en su preámbulo, constituye un marco jurídico que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones relacionadas con menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general⁷. El Tribunal Constitucional también ha considerado el interés superior del menor como principio cardinal en materia de derechos del niño en numerosas sentencias, constatando que *“el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor.”*⁸.

4 OBSERVATORIO DE LA INFANCIA, *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, págs. 5 y 8.

5 Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid (BOE núm.183, de 2 de agosto de 1995, páginas 23670 a 23688 (19 págs.)).

6 RUÍZ MIGUEL, C., *El Derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 73.

7 Preámbulo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

8 STC (Sala 1ª), n.º 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. “La restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual que no se debe a su condición, sino que se justifica con pruebas periciales psicológicas sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad”. FJ 6.

Debemos destacar que la LOPJM ha sido modificada recientemente por la Ley Orgánica 8/2015 del 22 de julio y la Ley Ordinaria 26/2015 del 28 de julio. Hasta dicha reforma, no se contemplaba en normativa estatal para la valoración técnica del interés superior del menor. Esta situación de indeterminación no era acorde con las actuales directrices marcadas por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación general nº 14, en lo que concierne a la nueva forma de concebir el interés superior del menor; principio que ahora cobra más fuerza, debiendo ser considerado primordial en cualquier medida o decisión que afecte al niño.

Los cambios introducidos en la LOPJM, refuerzan el interés superior del menor en su art. 2, dedicándole un título, y ampliando su redactado. Se establecen una serie de garantías que deberán respetarse en todos los procesos que versen sobre cuestiones que afecten al menor. Dicho interés alcanza un concepto triple, siendo tanto un derecho sustantivo y subjetivo del menor, como un principio general informativo y una norma de procedimiento que exija el respeto a todas las garantías, admitiéndose las medidas pertinentes con independencia de lo pedido por las partes⁹.

Los criterios a seguir para la interpretación y aplicación de cada caso del interés superior del menor (art 2.2 LOPJM) ponderarán en caso de maltrato a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3. b) LOPJM.

3. La actuación de los poderes públicos ante la situación de desprotección del menor

3.1. Distinción entre la situación de riesgo y el desamparo

El derecho de los menores en situación de riesgo, desamparo o conflicto social a recibir asistencia y protección de las administraciones públicas, tiene como finalidad última garantizarles en todo momento el disfrute del conjunto de derechos que nuestro ordenamiento reconoce y, en definitiva, el pleno desarrollo de su personalidad (arts. 10, 12 y 17 LOPJM).

Para identificar la situación de desprotección, es necesario distinguir el concepto de desamparo del de situación de riesgo. El grado de vulnerabilidad de esta última, está definida en el art 17 LOPJM y no tiene la gravedad, intensidad o persistencia propias del desamparo. La actuación administrativa protectora en situaciones de riesgo se desarrolla en el propio entorno del menor. En cambio, frente a los menores desamparados, la Administración debe asumir su tutela y las medidas de protección que se desempeñen implicarán la separación del menor de su familia (art 18.1 LOPJM)¹⁰. La distinción entre ambos conceptos se pone de relieve también en sentencias dictadas por los Tribunales, a fin de discernir las modalidades de actuación que conlleva cada supuesto¹¹.

Siguiendo el principio de subsidiariedad mencionado en el art 2.2 b) LOPJM, la preferencia del legislador debe de ser mantener al menor en el núcleo familiar. La Administración actuará de forma subsidiaria respecto de los progenitores o tutores a quienes les está encomendada la guarda y, por tanto, la protección del menor, siempre que los padres no cumplan de forma adecuada sus obligaciones legales y los menores no tengan debidamente garantizada su protección y el disfrute de sus derechos. De acuerdo con las actuaciones de protección del menor (art 12.1 y 2 LOPJM), y el

9 Comité de los Derechos del Niño, Observación General nº14, del 29 de mayo de 2013.

10 DE PALMA, Á., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2004, pág. 115.

11 Así, tal como se declara en el AAP de Burgos n.º 421/2002 de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517) “en los casos en que el menor no cuente con la debida asistencia, pero no pueda imputarse falta o negligencia grave en el ejercicio de los deberes de guarda, o imposibilidad de realizarla, la situación no deberá calificarse como de desamparo, sino como de riesgo, en cuyo caso la actuación de los poderes públicos se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal o social en que se encuentra el menor y a promover los factores de protección del menor y su familia, conforme establece el artículo 17 de la LOPJM.

deber de evaluación por parte de la Entidad Pública competente (art 16 LOPJM), la Administración procederá a declarar la situación de riesgo mediante resolución motivada (art 17.6 LOPJM) y procederá a la elaboración de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a éste en su medio familiar, quien ha de colaborar activamente en la ejecución de las medidas indicadas en el proyecto (art 17.4 y 5). La Comunidad de Madrid dispone dicha actuación en la ley 6/1995, de 28 de marzo (art. 48.e, 49 y 50.1)¹², siendo competencia del Sistema Público de Servicios Sociales bajo la responsabilidad de la Comunidad de Madrid.

En todo caso, “si la Administración Pública competente aprecia que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando concluido el periodo propuesto en el proyecto de intervención no se hayan conseguido los cambios en el desempeño de los deberes de guarda, que garanticen la necesaria asistencia moral o material del menor, lo pondrá en conocimiento de la Entidad Pública, a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal” (art 17.8 LOPJM)¹³.

3.2 Pautas de intervención ante la situación de desprotección del menor

3.2.1. Aspectos procedimentales

La adopción de las medidas de protección de menores constituye un procedimiento administrativo que de forma autónoma o por propuesta al órgano judicial competente, va a suponer una serie de consecuencias en la vida del menor que tendrán una finalidad tuitiva. En las actuaciones se ha de respetar necesariamente el procedimiento administrativo común previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas¹⁴, y las disposiciones previstas en la LOPJM que introducen algunas novedades a las que las normativas autonómicas habrán de adaptarse. El procedimiento se inicia de oficio, por propia iniciativa o previa denuncia, o a solicitud del menor por lo que respecta al desamparo (artículo 10.2. a) de la LO 1/96)¹⁵.

3.2.2. La detección y la notificación

La detección es la primera condición para poder intervenir en estos casos y posibilitar la ayuda a la familia y al niño que sufra estos problemas. La detección debe ser lo más rápida posible y tiene que incluir aquellas situaciones donde existe maltrato y aquellas situaciones de riesgo en las que pueda llegar a producirse. Las fuentes de detección son dos: la población en general y los profesionales que están en contacto con el menor: servicios sociales comunitarios o municipales, educadores, personal sanitario, policías, monitores de tiempo libre, etc¹⁶.

12 Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.

13 LÓPEZ SANLUÍS, R., “La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español”, en *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 7 n°2, mayo-agosto 2016, págs. 63-64.

14 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015) que deroga la antigua ley 30/92, de 26 de diciembre.

15 NIETO MORALES, C., *La intervención social con menores. Promocionando la práctica profesional*, Dykinson España, 2016, pág. 159.

16 OBSERVATORIO DE LA INFANCIA, *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil*, pág. 12.

La detección de las situaciones de riesgo es la acción que pone en marcha la intervención administrativa dirigida a garantizar una adecuada asistencia y protección de los menores. Las acciones de detección no suponen una intervención directa de los profesionales respecto de los menores, sino que se dirigen a conocer las situaciones de riesgo que puedan producirse. Las administraciones competentes pueden llevar a cabo acciones de detección a través de diversos medios: mediante proyectos diseñados con este fin, ya sea estableciendo mecanismos de coordinación con otras instituciones o servicios (centros sanitarios, de enseñanza, deportivos, lúdicos u otros con incidencia en el ámbito de la infancia) o a partir de los datos obtenidos de la intervención en casos individuales o familiares.

La obligación de notificación de esta situación se recoge en los art. 13 LOPJM y arts. 259 y 263 Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁷. Asimismo, Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid, en sus artículos 45 y 47, señala esta obligación de manera particular tanto para el personal sanitario como para el personal educativo. La notificación es una obligación necesaria para posibilitar la intervención y una obligación legal y profesional. La denuncia presentada, deberá ser verificada de acuerdo con el art. 16 LOPJM. Para que sea efectiva, deberá ser conforme un proceso concreto¹⁸. A estos efectos y en lo que respecta al caso, el Doctor Castro actúa en su correcto deber al presentar denuncia ante los síntomas de desnutrición y maltrato avistados en Lucas.

Ante esta situación, los servicios públicos están obligados a prestar atención al menor con la mayor celeridad posible y actuar si corresponde a su ámbito de competencias, dando traslado de no ser así al órgano competente, y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, en su caso, de la Entidad pública y del Ministerio Fiscal (art. 14 LOPJM).

3.2.3. La intervención de los poderes públicos

Como ya se ha mencionado, la intervención de los poderes públicos para velar por la protección del menor, es uno de los principios rectores de la política social y económica, recogido en el art. 39 de la CE.

La actuación de los poderes públicos se desarrollará conforme a los principios mencionados en el art. 11.2 LOPJM y el art. 3 de la Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid. Así, es posible distinguir dos niveles de actuación: la prevención y la intervención social.

El primer paso tras detectar posibles situaciones de riesgo, es poner en marcha las acciones preventivas que impidan el agravamiento de la situación (art. 50.1 Ley 6/1995 Comunidad de Madrid). La actuación será competencia, en este caso, del Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.

Las actuaciones preventivas podrán tener un alcance general o particular. Así, podrán desarrollarse a través de programas de intervención comunitaria o bien mediante un plan diseñado para un caso concreto; en especial, en este último caso, mediante medidas de colaboración con la familia para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones legales. La acción preventiva podrá incidir tanto sobre los propios menores como sobre su entorno familiar y social. Ahora bien, la actuación preventiva es distinta a la intervención socio-familiar. Esta última es posterior a la detección de la situación de riesgo y podrá ser o no posterior a la acción de prevención.

17 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 260, de 17/09/1882).

18 En el Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil, pág. 13, se indica el proceso adecuado para la notificación. Ver anexos 1 y 2.

La intervención de la Administración se dirige a modificar una situación concreta mediante los servicios y recursos necesarios actuando sobre el propio menor y su entorno. Para ello, se procederá a la realización de un estudio de la situación del menor y a la elaboración de un diagnóstico que servirán de base para proceder a la intervención adecuada. La intervención administrativa protectora se desarrolla e incide sobre el propio menor y su entorno. Además, la Administración competente deberá realizar un seguimiento de la evolución del menor en su medio familiar¹⁹.

Las normas reguladoras de este ámbito protector contemplan un conjunto de medidas administrativas de atención al menor y apoyo a la familia, tanto de carácter técnico como económico, dirigidas a prevenir o eliminar los factores de riesgo²⁰.

La actuación administrativa ha de tener un carácter flexible, adaptándose a las circunstancias del menor y de su familia en cada momento, para lo cual las medidas acordadas han de ser periódicamente revisadas. En este sentido, el Proyecto de Apoyo Familiar ha de especificar la estimación temporal para el desarrollo del mismo²¹, según dispone el artículo 24 del Decreto 179/2003 de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Consejos Locales de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid²², y en el que se contemplan las especificaciones del proyecto.

4. El desamparo. Concepto y procedimiento de actuación en el caso a tratar

De lo dispuesto en el art. 172.1 del Código Civil²³ se deduce como situación de desamparo la producida a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, siempre que se vean privados de asistencia moral o material.

A tenor de lo dispuesto en el art. 172. 1 CC, podemos decir que son tres los requisitos necesarios para que se produzca el desamparo:

- El incumplimiento de los deberes de protección a los que se refiere el art. 154 CC, que puede ser total o parcial, o derivar de una actuación culposa o ajena a la voluntad de los padres. Se trata de una situación de hecho, sin valoración de causas ni intenciones. Basta con que el menor quede «de hecho» privado de la necesaria asistencia moral o material.
- Falta de asistencia material o moral o de larga duración del menor, como consecuencia de acciones u omisiones de los encargados de su protección. Esa ausencia de asistencia – material o moral– es la que, entre otros elementos está jurídicamente indeterminada y debe ponerse en conexión con el art. 39. 3 CE, que establece la asistencia de todo orden que deben prestar los padres a sus hijos.

19 DE PALMA, Á., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, cit. pág. 117.

20 El Manual de intervención de los Servicios Sociales Del Ayuntamiento de Madrid indica el marco, el procedimiento de actuación a seguir y los criterios e instrumentos técnicos a utilizar por estos servicios en la intervención con niños, niñas y adolescentes víctimas de desprotección moderada o grave en su familia.

21 AYUNTAMIENTO DE MADRID, *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la protección de menores*, Madrid, 2008, pág. 25.

22 El Decreto 179/2003, de 24 de julio, es uno de los desarrollos reglamentarios de la Ley 18/1999, de 29 de abril, Reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid, que configura a éstos como órganos colegiados de coordinación de las Administraciones Públicas y de participación de las entidades, asociaciones y organizaciones de la iniciativa social que se ocupan e inciden en la calidad de vida de los menores que residen en el territorio de la Comunidad de Madrid.

23 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206, de 25/07/1889).

- “Existencia de nexo causal entre ambas situaciones. El requisito causal –incumplimiento o inadecuado ejercicio– y el de resultado –falta de asistencia–, son acumulativos, debiendo concurrir ambos para que tenga lugar el hecho que consiste en la situación de desamparo”²⁴.

La primera de las notas de la definición del desamparo es la que conceptúa a éste como una situación de hecho, que puede ser voluntaria o querida por los progenitores o involuntaria, en el sentido de que la misma se produzca ante la existencia de una serie de circunstancias en los progenitores, que aun teniendo el deseo de proteger y educar a los hijos no puedan de hecho realizarlo²⁵. Para que se de la situación de desamparo no es necesaria la carencia de personas que se hagan cargo del menor, sino que basta con que aún existiendo esas personas, las mismas estén imposibilitadas para el ejercicio de los deberes de protección o este sea inadecuado, colocando al menor en una situación de falta de la necesaria asistencia moral o material. Es decir, se precisa que la omisión de estos deberes provoque como resultado la falta de asistencia del menor.

Cabe destacar que el desamparo consta de un carácter objetivo, pues solamente se aprecian los datos externos, sin entrar a juzgar los valores internos de los que han cumplido o están imposibilitados para ejercer sus deberes con los menores, ni las causas que han motivado su conducta. La situación que se produce cuando una entidad asume las funciones de tutela, es impuesta por circunstancias de hecho a las que la Administración deberá hacer frente para asegurar la debida protección del menor²⁶.

En el caso a desarrollar, se contemplan actuaciones de negligencia e inadecuación del ejercicio de los deberes de protección que le compete a los guardadores, llegando Lucas a mostrar claros síntomas de desnutrición y signos de maltrato que son motivo suficiente para proceder a la declaración de desamparo según lo dispuesto en el art. 18. 2 c) LOPJM, además de observarse una situación familiar que no es propicia para el adecuado desarrollo de la vida del menor, siendo este un motivo más para proceder a la actuación de las autoridades administrativas (art 18.2 e) LOPJM).

De acuerdo con lo dispuesto en el art 172.1. párr.3 CC, la declaración de la situación de desamparo conlleva la suspensión de la patria potestad y la tutela *ex lege* por parte de la Entidad Pública (relacionado con el art. 239 CC). La exposición de motivos de la LOPJM considera la tutela administrativa como una vertiente de la tutela ordinaria. Así, la Entidad Pública deberá adoptar las medidas pertinentes para la guarda del menor²⁷. Dicha tutela competirá, de acuerdo con el art. 78 de la ley 5/1996 de la Comunidad de Madrid, a la Comisión de Tutela del Menor, cuya actuación será objeto de vigilancia por parte del Ministerio Fiscal (art 174.1 CC).

Mencionar en este punto que, pese a la suspensión de la patria potestad, son válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él (172 ter .4 CC).

A diferencia de la tutela civil que requiere de resolución judicial para su constitución, la tutela administrativa se asume por parte de la Administración sin intervención de la autoridad judicial, desde el momento en que la misma aprecie la situación de desamparo una vez examinadas las circunstancias personales y sociofamiliares del menor²⁸.

24 BENAVENTE MOREDA, P., “Desamparo, acogimiento y retorno a la misma familia”, en *Derecho privado y Constitución*, n.º 23, 2009, pág. 23.

25 SAP de Cádiz (Sección 5ª) n.º 47/2007 de 26 de enero (JUR 2007\156638).

26 AAVV, *Memento práctico familia (Civil)*, Francis Lefebvre 2016-2017, marg. 3202.

27 La exposición de motivos de la LOPJM justifica la asunción automática como modo de agilizar los procedimientos de protección del menor.

28 SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., “El modelo común para la intervención con menores en riesgo”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre, 2014, pág. 136.

Como se ha dicho, la Administración deviene legalmente responsable de la guarda del menor. Sin embargo, ésta no ejerce por sí misma la guarda sino que la delega. En este sentido, el art. que resulta de aplicación en el supuesto es el 176 bis CC, que permite a la entidad pública delegar el ejercicio en la modalidad de “guarda con fines de adopción”.

La entidad pública delegará la guarda del menor declarado en tal situación a las personas que hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción por reunir los requisitos de capacidad para adoptar y por haber prestado su consentimiento. La delegación de la guarda se establece mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados. La resolución se notificará a la progenitora -en el apartado siguiente comentaremos la representación legal de los padres sobre Lola- y al Ministerio Fiscal (172 bis. 1 CC)²⁹.

La decisión de los poderes públicos de tomar a un menor a su cargo debe tener carácter provisional (art 172.4), pues las autoridades tienen la obligación positiva de tomar medidas para facilitar la reunión de la familia en cuanto sea verdaderamente posible y siempre tomando en consideración el interés superior del niño (art. 19 bis LOPJM). Cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen y durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución, y con conocimiento del Ministerio Fiscal, la entidad pública podrá proponer la adopción del menor (art. 172.1 CC).

IV. DECISIONES A ADOPTAR POR PARTE DE LOS JUECES EN LOS PROCESOS ABIERTOS CONTRA LA FAMILIA BIOLÓGICA DEL MENOR

1. Definición de la patria potestad

La patria potestad se concibe como un conjunto de derechos que poseen los padres sobre los hijos, dirigidas a que puedan cumplir sus obligaciones derivadas del art. 39.3 CE y art. 154 CC, que determinan el contenido normativo inherente a la patria potestad. Esta facultad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Así, será obligación de los padres velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación adecuada así como representarlos y administrar sus bienes.

El art 156 CC señala que la patria potestad ha de ejercerse conjuntamente por ambos progenitores, salvo que por circunstancias especiales solo pueda actuarla uno de ellos. En el supuesto del menor progenitor, art. 157 CC dispone el deber de ejercer la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres o en su defecto con la del juez.

Es importante destacar que salvo las excepciones derivadas del art 162 y 164 CC, los padres ostentan la representación legal -aunque no absoluta- de los hijos y son responsables de la administración de sus bienes. Una de las excepciones, la cual nos concierne, es la relativa a los actos de los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Habría que valorar si Lola se encuentra en condiciones de madurez suficiente como para ejercitar estos actos por ella misma, ya que, por tener 13 años de edad, su capacidad de obrar se encuentra restringida. Por lo tanto, en lo relativo a los procesos legales de los que Lola sea parte y que se mencionen en las páginas siguientes, se habrá de tener en cuenta la excepción del citado artículo, dejando al juez la potestad discrecional para determinar si Lola tiene la suficiente madurez para desempeñar su capacidad de obrar o si por el contrario deben de ser los padres los que ostenten la representación legal. En cualquier caso, dispone el art 162. 1 CC que los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

²⁹ AAVV, *Memento práctico familia*, cit. marg. 3241.

2. Posibles procesos contra Lola

2.1. Responsabilidad penal de los menores de 14 años

Primeramente, nos remitiremos a comentar la posible responsabilidad penal de Lola. El art 1. ley 5/2000 de responsabilidad penal de los menores³⁰, señala la aplicabilidad de la ley con exclusividad a los mayores de catorce años y menores de 18. Asimismo, el art. 4 indica como normativa de aplicación, el Código Civil y demás disposiciones, asumiendo la irresponsabilidad del menor de catorce años con arreglo a la ley mencionada.

El Ministerio Fiscal, según el art. 4, remitirá a las Entidades Públicas la competencia para la aplicación de medidas que considere oportunas. En este punto la ley sigue un método biológico puro, sustrayéndolos del aparato judicial sancionador del Estado, sin valoración de su concreta capacidad cognitivo-volitiva³¹. La exposición de motivos I.4. de la ley 5/2000, justifica la concreción de los catorce años basándose en la irrelevancia de las infracciones cometidas a esa edad y en que, en los casos de alarma social, el ámbito familiar y civil basta para dar una respuesta sin que sea necesario que intervenga el aparato sancionador. El marco de edad queda establecido conforme a lo dispuesto por las Naciones Unidas en las denominadas Reglas de Beijing de 1985 (art. 4)³².

En este sentido, los arts. 1902 y 1903 hacen responsables civiles a los padres de los daños causados por los hijos que están bajo su guarda, por lo que los responsables de la infracción cometida por Lola serán los padres de la misma.

2.2. Posible proceso civil contra Lola

El art. 170 CC dispone que los padres podrán ser privados de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o bien por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. Dicha privación suspende las facultades de los padres respecto de los hijos, pero permanecerán los deberes que procedan sobre ellos. A estos efectos, tanto el Ministerio Fiscal como la entidad pública competente, podrán promover la privación de la patria potestad.

El beneficio del propio menor, ha de ser siempre el fundamento de toda intervención en la intimidad familiar, y, por tanto, el de la privación de la potestad de los padres. La necesidad de la privación de la potestad no supone para un sector mayoritario de la doctrina española, y de la jurisprudencia, una sanción, sino una medida de protección del menor, aunque ello conlleve la privación de la titularidad en la potestad que corresponde a los padres.

Para declarar la privación, el comportamiento de los progenitores debe suponer un incumplimiento o contravención de los deberes que derivan de la patria potestad, cuya relevancia sobre la esfera de sus hijos menores de edad implica necesariamente la constatación de que tal conducta del progenitor, va a provocar un daño o perjuicio en la personalidad de aquellos³³.

No obstante, la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y

30 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm.11, de 13/01/2000)

31 MATA LLÍN EVANGELIO, Á., “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 22, 2000, pág. 80.

32 ONU, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), res. 40/33 de 23 de noviembre de 1985.

33 BERROCAL LANZAROT, A. “Análisis crítico de jurisprudencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 723, pág. 505.

conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por amplia doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma³⁴.

El desamparo se produce, como hemos visto, si como consecuencia del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos para la guarda de los menores, éstos quedan privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 172.2 CC). En todo caso, es requisito imprescindible que los menores queden privados de dicha asistencial, lo que en la práctica se traduce en la constatación de una situación de desatención y abandono por parte de los progenitores o tutores, de modo que es compatible una voluntad o interés en los progenitores de ejercer las referidas funciones paternofiliales con una ausencia de posibilidades reales de llevarlas a cabo. La norma no exige que concurran conjuntamente la privación de la asistencia moral y la material, bastando que concurra una de ellas con la entidad suficiente para apreciar tal carencia³⁵.

En este punto, cabe mencionar la alteración psicológica de la madre. Esta, consistente en una fuerte depresión a causa la muerte del padre biológico de Lucas y de sus padres, debe de provocar total desentendimiento de los deberes del 154 CC para que la misma sea una causa más de privación de la patria potestad. Para ello, deberá de procederse a la elaboración de un informe psicosocial que aclare la situación mental de la menor y acredite la no idoneidad de la misma para desempeñar las labores propias de un progenitor, pues de lo contrario no será posible alegar la enfermedad de la misma como causa de privación de la patria potestad³⁶.

La enfermedad padecida por la madre, puede llegar a excluir el elemento doloso habido en su conducta, pero ésta, a mi juicio, debe de ser motivo de incapacidad para asumir el cuidado y educación de su hijo, pues fue en el pasado lo que originó la adopción de una aptitud violenta hacia él así como la omisión las más esenciales atenciones que precisaba, causando en el menor los síntomas de desnutrición y maltrato observados por el Doctor Castro³⁷.

Por todo lo expuesto y siempre en beneficio del menor, cabe dictar resolución declarando la privación de la patria potestad a Lola García García en base al art. 170 CC por incumplimiento de los deberes del art. 154 CC.

3. Proceso abierto contra los padres de Lola

3.1. Aplicación de los artículos 153 y 173 CP como consecuencia de los actos cometidos contra Lucas y del art. 450 CP por omisión del deber de impedir delitos

En el Libro II título III del Código Penal³⁸, se contemplan los artículos que resultan de aplicación en los delitos de lesiones.

Los hechos realizados por los padres de Lola, consistentes en maltratar a su nieto Lucas en diversas ocasiones, son constitutivos del delito tipificado en el art. 153 CP. En este artículo, se distinguen tres comportamientos: el ocasionamiento de un menoscabo psíquico, la producción de una lesión de menor gravedad que las previstas en el art. 147.2 CP y el golpeo o maltrato de obra sin causar lesión. El artículo hace referencia a lesiones que no requieran ni asistencia facultativa ni tratamiento quirúrgico para su curación, pues de lo contrario, el artículo susceptible de ser aplicado sería el art. 147 CP.

34 SAP Islas Baleares Sección 5º n.º 391/2016 de 30 de noviembre (AC 2016\2033), FJ 4.

35 SAP Madrid Sección 5º 340/2011 de 9 septiembre (JUR 2011\375911), FJ 5.

36 SAP Madrid Sección 24º n.º 662/2001 de 21 de junio (JUR 2001\26281).

37 Sobre la incapacitación para ejercer los deberes debido a enfermedades mentales se pronuncia la Sentencia de la AP de Madrid n.º 1551/1997 de 16 de octubre de 1998 (AC 1998\1814).

38 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24/11/1995).

El art. 153 se estructura sobre dos tipos penales. En lo que respecta al supuesto a analizar, el apartado 1, que contempla el tipo agravado, señala como requisito que los sujetos especialmente vulnerables contra quienes se cometa el delito, deben de convivir con el autor. El tipo básico del apartado 2, se refiere a los supuestos en los que la conducta recaiga sobre los sujetos del art. 173.2 CP, entre los que se menciona a los descendientes y para cuya aplicación no se requiere que haya convivencia. El artículo de aplicación dependerá de si los abuelos de Lucas conviven con él o no. Con respecto a la aplicación de la pena, mencionar que el art. 153.3 CP dispone que “*las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores (resultará de aplicación si se comete en presencia de Lola), o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima*”, y que 153.4 CP deja al arbitrio judicial la posibilidad de aplicar la pena inferior en grado en atención a las circunstancias del caso.

Por otro lado, el menoscabo a la integridad de Lucas es un delito tipificado por el art. 173.2 CP. En este supuesto, se ha de aplicar lo relativo al artículo debido a que los agresores se encuentran integrados en el núcleo familiar del menor. El Tribunal Supremo ha afirmado que el delito tipificado en el art. 173.2 CP “*castiga la ejecución de actos de violencia física o psíquica perpetrados de forma asidua sobre sujetos comprendidos en el ámbito familiar o cuasifamiliar, con los que se convive o concurre una vinculación personal persistente. Actos que, desde una perspectiva de conjunto, generan una situación de dominio o de poder sobre la víctima que menoscaba su dignidad, lo que da lugar a un injusto específico que rebasa el correspondiente a cada una de las acciones individuales que integran el comportamiento habitual.*”³⁹.

Respecto a la relación de ambos artículos, la doctrina jurisprudencial afirma que el 153 CP intensifica la protección de la salud o integridad física o psíquica frente a los ataques que tengan lugar en el seno de la familia, admitiendo la coexistencia autónoma con el delito de lesiones del 173 CP. En esta última línea, el TS argumenta que los bienes jurídicos protegidos del delito de maltrato habitual (art. 173 CP) y del delito de lesiones en el ámbito doméstico (art. 153 CP) son diferentes, declarando que mientras para el primero, el bien jurídico es la propia dignidad de la persona que como víctima así se ve denigrada, junto con la protección de la paz familiar y del derecho a la seguridad, en el segundo, se protege la salud y la integridad física y psíquica de la persona, dañadas con la comisión de unas lesiones que son elevadas por el legislador a la categoría de delito, como manifestación de política criminal acerca del mayor respeto que merece la protección de la vida en familia⁴⁰.

El apartado siguiente, se refiere a la habitualidad con la que se ha de desempeñar la acción para que resulte la aplicación del mencionado artículo. En este sentido, el TS ha apuntado que no es cuestión de juzgar la repetición con la que se produce el acto, sino que lo importante es que el juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Además, señala que la actuación no requiere la producción de un resultado material sino de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima⁴¹.

Por último, se les imputará también un delito de omisión, tipificado en el art. 450.1 CP, por no intervenir ni impedir los actos cometidos por su hija menor que acabaron causando el menoscabo de la integridad física y moral de Lucas.

3.2. Posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad

Comenzaremos diciendo que el Código Penal reserva un capítulo entero para los delitos contra los derechos y deberes familiares. Más concretamente, la sección tercera del capítulo II, versa sobre el

39 STS (Sala de lo penal, Sección 1ª) n.º 328/2016 de 20 de abril (RJ 2016\1832) FJ 3.

40 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n.º 407/2014 de 13 de mayo (RJ 2014\4296), FJ 4.

41 STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) n.º 765/2011 de 19 de julio (RJ 2012\9030).

abandono de la familia, menores o personas con discapacidad de especial protección. De este apartado nos interesará el artículo 226 CP, pues es el que tipifica el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. El segundo apartado del artículo señala la facultad del juez para imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o tutela por un periodo de cuatro a diez años. El juez deberá valorar la posibilidad de aplicar este artículo si considera que María y Daniel, padres de Lola, incumplieron el deber de educación y formación integral respecto de Lola, pues permitieron el maltrato proporcionado a Lucas y no hicieron nada por intentar reconducir a la menor, mostrarle que sus actos no eran los adecuados y educarla a fin de que tuviese la actitud correcta y propia que una madre debe tener respecto de su hijo.

En lo relativo a la posibilidad de privar a los padres de Lola de la patria potestad de su hija, los artículos 153.2 y 173.2 CP conllevan aparejada como medida principal la suspensión de la patria potestad, pero esta no resulta de aplicación por no ser los actos cometidos contra la menor, que es sobre quien ostentan la patria potestad, sino contra su nieto Lucas. Sin embargo, por vía del art 46 CP se podría proceder a la inhabilitación, ya que permite extender sus efectos a los demás menores que estén a cargo del penado en atención a las circunstancias del caso.

Para ello, será decisiva la existencia de elementos que lleven a un convencimiento racional de que respecto de los hijos con los que el delito no guarda relación directa, el condenado no está en condiciones de desempeñar correctamente las facultades inherentes a la patria potestad, atendiendo como criterio fundamental el del interés superior del menor.

La extensión de la inhabilitación especial será especialmente procedente cuando la índole del delito y la ausencia de arrepentimiento puedan poner de manifiesto un riesgo de reiteración de la conducta delictiva respecto de los demás menores distintos de la víctima. Cabe pensar que si los padres de Lola cometieron los delitos mencionados contra Lucas, nada les impide cometer la misma acción contra su hija en un momento posterior habida cuenta de la compleja situación familiar en la que se hayan. La petición de extensión de la inhabilitación deberá de ser justamente motivada y del mismo modo que las decisiones que se adopten por el Juez o Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso⁴².

3.3. Posible privación del ejercicio de la patria potestad

Por otro lado podría procederse a la privación de la patria potestad por vía civil tomando como base jurisprudencia precedente. El Tribunal Supremo dictó sentencia el 13 de enero de este año declarando la privación de la patria potestad que un padre ostentaba sobre su hijo por haber cometido abusos sexuales contra la hija de su pareja sentimental. El tribunal, tomando en consideración sentencias anteriores⁴³, estimó que la amplitud del contenido del art. 170 CC, de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes del 154 CC, y la variabilidad de las circunstancias, exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación, debiendo primar en sus decisiones siempre el ya mencionado interés superior del menor. En base a ello, acredita que el acusado no está capacitado para el cumplimiento de las obligaciones de cuidado y respeto de un menor y que no reúne las características propias de un buen padre, y señala que para proceder a la privación de la patria potestad no es necesario que la agresión o incumplimiento de deberes tenga como sujeto pasivo al hijo, sino que también se puede inferir de la agresión a la madre o a una hermana⁴⁴. Del mismo modo, el juez podrá proceder a la privación extendiendo el

42 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

43 Por ejemplo, la sentencia dictada por el TS n.º 711/2016, de 25 de noviembre (RJ 2016\5635), en donde se priva de la patria potestad al padre respecto de su hija por haber sido condenado por tentativa de homicidio respecto de su esposa.

44 STS Sala de lo civil (Sección 1ª) n.º 14/2017 de 13 de enero (RJ 2017\2015).

contenido del art. 170 CC a Lola, la cual no es víctima directa de los delitos cometidos por sus padres, si estima que no están capacitados para desempeñar correctamente las labores propias de un progenitor.

Por último, haremos mención de la responsabilidad civil de los padres por los delitos cometidos por Lola hacia su hijo se ve justificada por la transgresión del deber de vigilancia que a los mismos incumbe, omisión de la obligada diligencia “in custodiando” o “in vigilando” de los art. 1902 y 1903 CC , pero estos artículos no llevan como sanción la privación de la patria potestad, sino el deber de resarcir el daño, por lo que no se podría proceder a la misma mediante esta vía.

V. VALORACIÓN DE LA GUARDA CON FINALIDAD DE ADOPCIÓN COMO MEDIDA MÁS BENEFICIOSA PARA LOS INTERESES DE LUCAS Y DE LOLA

1. Guarda con finalidad de adopción y acogimiento familiar preadoptivo: modificación por la Ley 26/2015 de 28 de julio

En el tercer apartado de la cuestión 2, de la declaración de desamparo del menor, se ha mencionado la actuación que debe de desempeñar la entidad pública en lo referente a la guarda del menor desprotegido, consistente en delegar al menor en la modalidad de guarda con fines de adopción.

Con la reforma del Código Civil y la LOPJM hecha por la ley 26/2015 de 28 de julio, se redefinen las medidas de acogimiento familiar en función de su duración y objetivos. El acogimiento familiar simple pasa a definirse como acogimiento familiar temporal, se mantiene el acogimiento familiar permanente, y se introduce el acogimiento familiar de urgencia. Así, quedan suprimidos el acogimiento provisional y el preadoptivo, el cual se contempla como una fase del procedimiento de adopción denominada como guarda con fines de adopción (art. 176 y 176 bis del CC)⁴⁵.

En la disposición adicional segunda de la ley citada, se aclara en este punto, que es el que nos concierne, que todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo, deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis CC. Por otra parte, la disposición adicional sexta dispone lo mismo con respecto a las normas y leyes existentes con anterioridad a la presente ley y a las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas con Código Civil propio o con leyes civiles que lo regulen.

La regulación *ex novo* de la guarda con finalidad de adopción, constituye una de las principales novedades de la reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio. Esta figura esta que hace posible que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial. Se trata así de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia⁴⁶.

45 LÓPEZ SAN LUÍS, R., “La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español”, cit. págs. 80-81.

46 CARRIÓN OLMOS, S., “La adopción en el derecho español tras las reformas de 2015”, En *Actualidad jurídica iberoamericana*, Valencia 2016, n.º 5-1, pág. 63.

2. Valoración

Según dispone la jurisprudencia, la adecuación al interés del menor es el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores, siendo las medidas que deben adoptarse las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural, aunque este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor⁴⁷.

Como hemos mencionado, la guarda con fines de adopción se regula en el art. 176 bis CC. El artículo señala la potestad de la Entidad Pública para delegar la guarda de un menor declarado en desamparo en las personas que reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 CC y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. La delegación de la guarda se establece mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor, y se ha de notificar a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Los guardadores con fines de adopción tienen los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares contemplados en el art. 20 bis. LOPJM.

La figura del acogimiento preadoptivo tiene en cuenta la preferencia del interés superior del menor a la de cualquier otro sujeto, incluso de padres o familiares, tutores, guardadores y futuros adoptantes, y la comprobación a través de la correspondiente evaluación e intervención con la familia de origen del menor, de la existencia de elementos de juicio suficientes para estimar que no se prevé la posibilidad de una modificación de las circunstancias familiares que permita la reinserción del menor en la misma. En este sentido, se entenderá que no es factible la reinserción del menor en su familia biológica cuando, aun existiendo una posibilidad de reintegración, ésta requiriese de un plazo de tiempo que ocasionaría un mayor deterioro psicosocial en el desarrollo evolutivo del menor.

Esta medida tiene por finalidad conseguir una adopción más fácil en su desenvolvimiento para adoptantes y adoptados. Los acogedores preadoptivos gozan de un amplio estatus jurídico reforzado respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse en un futuro no muy lejano en padres de los niños acogidos, lo cual se traduce en unos vínculos afectivos mucho más fuertes entre acogedores y menores que los que se crearían si el acogimiento fuera simple o transitorio.⁴⁸

La guarda con finalidad de adopción persigue los mismos fines que el acogimiento preadoptivo. Por ello, la adopción de esta figura también llevará aparejada la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen por parte de la Entidad Pública excepto cuando el interés del menor así lo aconseje. Con ello se busca conseguir la desvinculación total de la familia en aras de conseguir una plena integración del menor con la familia acogedora para focalizar el afecto de los futuros padres adoptivos.

La doctrina general avala la suspensión del régimen de visitas para favorecer los vínculos con la familia acogedora. Sobre un caso de familia desestructurada similar al que estamos a tratar, se pronuncia la Audiencia Provincial de Salamanca en su reciente sentencia n.º 14/2017 de 17 de

47 SAP Navarra, Sección 3ª n.º 373/2016 de 22 de julio (JUR 2016/250524).

48 BOCCIO SERRANO, Mº J., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, pág. 447.

enero. El tribunal mantiene la suspensión del régimen de visitas decretada en la resolución recurrida. Argumenta que las irregulares visitas efectuadas por los padres únicamente han causado efectos nocivos para el desarrollo evolutivo y emocional de los menores, y que en ellas se ha observado ansiedad y frustración en atención a la alta inestabilidad de los progenitores, escasas habilidades parentales, falta de conciencia del problema y ausencia de apoyos familiares o sociales positivos, por lo que ante el interés superior de los menores debe ceder el de los padres biológicos recurrentes, ya que lo que se busca es la estabilidad de los menores y según un informe del técnico se concluye que estos están muy contentos en su nuevo entorno familiar, en el área escolar se han integrado de manera óptima y la evolución es altamente positiva y que la medida de guarda con fines adoptivos ha supuesto un elemento imprescindible y fundamental en su desarrollo físico, emocional y afectivo⁴⁹.

Con todo lo expuesto, entendemos que la constitución de la figura del art 176 bis es la medida más beneficiosa para Lucas, ya que obedece a la necesidad de otorgar al menor la estabilidad que no encuentra en su familia de origen y promueve la integración en un entorno familiar idóneo para su correcto desarrollo evolutivo. Como hemos aclarado, la figura facilita la convivencia con los futuros adoptantes y evita que durante el tiempo de propuesta de la adopción, el menor tenga que pasar el tiempo con otra familia o en un centro de protección⁵⁰. Sin embargo, si lo que busca Lola es recuperar la patria potestad sobre el menor, esta no es la medida más acorde para sus intereses puesto que, como se ha mencionado, el propósito de la guarda con fines de adopción es la desvinculación con la familia biológica a fin de facilitar la incorporación en la familia adoptiva, lo que constata lo desventajoso de la medida para las pretensiones de la menor. La lucha por sus intereses se torna complicada, ya que, como ha señalado el TS, el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor⁵¹, por lo que las pretensiones de Lola quedarán relegadas a un segundo plano.

49 SAP de Salamanca (Sección 1ª), n.º 14/2017 de 17 de enero (AC 2017/38).

50 AAVV, *Memento práctico familia*, cit. marg. 3241.

51 STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) n.º 565/2009, de 31 de julio de 2009 (RJ 2009\4581).

VI. POSIBILIDAD DE LA ADOPCIÓN DE LUCAS POR OTRA FAMILIA Y DE RECUPERAR LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR POR PARTE DE LA FAMILIA BIOLÓGICA

1. Derechos y deberes del guardador y posibilidad de solicitar la remoción de la tutela

La guarda consiste, entonces, en asegurar la cobertura de las necesidades de la persona menor de edad y su plena satisfacción moral y material, en un contexto que garantice sus derechos, favorezca la asunción de sus obligaciones y las condiciones adecuadas para su desarrollo y socialización.

Mediante el acogimiento familiar la entidad pública de protección de menores ejerce la protección confiando la guarda de un menor a una o varias personas que conforman una unidad familiar, ajena a la titular de la patria potestad. Es decir, el acogedor es el guardador legal del menor; autorizado, dirigido, apoyado y seguido por la Administración competente en materia de protección de menores. Los derechos y deberes del guardador son los mismos que los que ostentan los acogedores familiares. Estos se contemplan en el art. 20 bis. de la LOPJM.

El art. 173.3 CC señala que el acogedor, el MF, los progenitores no privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada, pueden solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda si surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y los guardadores. El siguiente apartado contempla el cese del acogimiento por resolución judicial o resolución de la Entidad Pública cuando sea necesario salvaguardar el interés del menor. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado razonable el cese del acogimiento al presentarse, en relación con el acogimiento familiar, problemas evolutivos o madurativos de los menores, que han tenido origen en las deficiencias observadas en el estilo educativo de los acogedores, y en la poca implicación con los problemas escolares de los niños y en determinadas condiciones higiénico-sanitarias de su vivienda⁵².

2. Posibilidad de dar en adopción al menor a otra familia o de retorno del mismo a la familia biológica.

2.1. El deber de la Entidad Pública de realizar un seguimiento de las medidas acordadas.

Cada uno de los menores, independientemente de la medida adoptada, debe disponer de un plan de intervención individualizado, donde se expongan las necesidades que presentan los menores y los objetivos que se plantean para atender a esas necesidades. Estos objetivos deben ser realistas, alcanzables y adaptados a la realidad y a la medida de protección aplicada. El plan debe estar vivo y ser compartido por los profesionales implicados en la vida del menor y la familia, desde los educadores y el equipo técnico del centro, los profesionales que realizan los seguimientos de los acogimientos familiares, los técnicos del equipo de referencia en protección y en servicios sociales comunitarios, etc. La familia tiene que encontrar, en el plan de intervención, una herramienta de guía que le ayude a organizar los pasos necesarios para el bienestar del menor y la familia.

Es necesario realizar un seguimiento al menor, no solo por el imperativo legal de informar a Fiscalía de Menores sobre todos los menores tutelados, si no como forma de garantizar una rápida respuesta a las diferentes situaciones que surgen en el día a día de los menores tutelados, existiendo gran cantidad de cambios significativos que hay que ir abordando en el momento. El seguimiento de los menores debe ser sistemático, por medio de informes que detallen la evolución (al menos semestral) y donde se describan los planes de apoyo, en el caso de requerirlo. Las reuniones de coordinación

52 SAP Albacete (Sección 1ª) n.º 59/2011, de 26 de septiembre (ROJ: AAP AB 137/2011)

entre los profesionales implicados son otra herramienta necesaria y su objetivo es abordar de forma integral las necesidades de los menores sujetos a tutela.

La revisión de las medidas acordadas debe de consistir en hacer un “re-diagnóstico” de la situación, en ese momento, del menor y la familia. Es necesario observar si continúan existiendo los motivos que se argumentaron para tomar la decisión del desamparo y si existe algún resquicio de reintegración familiar. En el caso de que ese diagnóstico sea positivo, en cuanto a la recuperabilidad, se debe iniciar el plan de reinserción familiar, y de ser negativo, se deberá revisar la medida impuesta en aras de confirmar que sigue siendo la más adecuada para el bienestar del menor⁵³.

2.2. El principio de retorno a la familia biológica como principio que cede ante el interés superior del menor

Las posibilidades que se presentan para poner fin a la situación de desamparo, exceptuando el alcance de la mayoría de edad, serían, fundamentalmente, dos: bien reinsertarlo con su familia, o bien iniciar el procedimiento administrativo encaminado a la adopción del menor (cuestión que trataremos más adelante)⁵⁴. A tenor de lo dispuesto en el art 172.2 CC, los progenitores que tengan la patria potestad suspendida podrán, en el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa, solicitar a la Entidad Pública el cese de la declaración de desamparo si desaparecen las circunstancias que lo motivaron. Pasado el plazo, únicamente el MF estará legitimado para la acción.

Partimos de la base de que Lola no se encuentra privada de la patria potestad, ya que de ser así no sería posible incoar un procedimiento para la recuperación del menor, pues tal privación supone la imposibilidad de solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (art. 173.3 CC)

Primeramente haremos mención al art 173 ter 2. CC, que expone que las medidas tomadas por la Entidad Pública deberán buscar el interés del menor y que se priorizará, cuando no sea contrario a este interés, su reintegración en la propia familia. Cabe destacar la jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella.

Pese a ello, los Tribunales se muestran reacios a la hora de propiciar el retorno del menor a su núcleo familiar originario. La doctrina señala que para acordarlo, no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es preciso que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico⁵⁵.

53 NIETO MORALES C., “La intervención social con menores”, cit. pág. 172.

54 BOCCIO SERRANO, “El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección”, cit. pág. 214.

55 Así lo sostiene la doctrina en sentencias y autos como: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 565/2009, de 31 de julio (RJ 2009\4581), AAP de Madrid (Sección 22ª) de 12 de febrero de 1998 (AC 1998\4973), SAP de Tarragona (Sección 1ª) n.º 10/2014 de 17 de enero (JUR 2014\46640).

La guarda con fines de adopción lleva aparejada, como hemos aclarado, la suspensión del régimen de visitas, lo que provoca una desvinculación con la familia biológica para una mayor integración en la adoptiva. Con esta decisión, el principio de reunificación familiar, que debe primar en las decisiones que tome la Entidad Pública, queda relegado en favor del interés del menor y se vuelve de difícil cumplimiento, puesto que la suspensión de las visitas es una traba la reintegración del menor a la familia natural ya que solo favorece la ruptura de los vínculos afectivos. La AP de Soria se pronuncia sobre ello en su sentencia nº31/1996 de 13 de marzo: estando el menor en situación de acogimiento familiar y habiéndose decretado la suspensión del régimen de visitas dos años atrás, se denegaba la petición de retorno a la familia biológica aventurando *“la situación de conflicto que les supondría a los niños el comenzar a convivir con su propia madre, de la que han perdido la referencia, de tal forma que cualquier cambio de la situación actual totalmente normalizada en los sentimientos de los menores comportará un serio riesgo de conmoción cuyas consecuencias no se atreven a aventurar los autores del informe. Por ello el cambio, es decir la modificación del sistema de Guarda y Custodia establecido debe hacerse con las máximas garantías ya que un fracaso en su nueva relación con la madre biológica sería completamente destabilizador y quizás irrecuperable para los menores.”*⁵⁶.

En suma, los argumentos que fundan sus decisiones son variados y oscilan entre la inalterabilidad de las circunstancias familiares que provocaron su desamparo, la desvinculación afectiva del menor con su familia de origen y la necesaria protección del interés del menor que impide, precisamente, su reinserción familiar. Y en esa misma línea, lo habitual es que se utilice como referencia y, en algunos casos como medio de prueba, el expediente administrativo o judicial que dio lugar a la declaración de desamparo para constatar la denegación de la solicitud.

En vista de la doctrina general, no parece posible la reintegración de Lucas en el entorno familiar, ya que en las escasas sentencias que declaran el mismo, las medidas de protección de la que solicitan el cese son más “leves” que la guarda con fines de adopción ya que no están destinadas a romper los vínculos afectivos, como por ejemplo la del acogimiento familiar simple⁵⁷, o la revocación del desamparo por desaparición de la causa que lo motivó se debe a cuestiones de menor gravedad que los maltratos sufridos por el menor⁵⁸.

2.3. Puesta en adopción del menor a una familia distinta

A la vista de la jurisprudencia y como ya se ha reiterado, la Entidad Pública debe acordar la medida de protección que más beneficie al interés superior del menor. El también citado art. 173.3 CC señala el derecho de oposición a estas medidas si se observa un incumplimiento de los deberes por parte de los acogedores. La posible remoción de la guarda por parte de la Entidad Pública conlleva prevé la posibilidad de adopción de una nueva medida para salvaguardar el bienestar de Lucas, pues por el art. 172.1 CC, sigue ostentando la tutela por ministerio de la ley. Aclarada la imposibilidad de proceder al retorno de Lucas a su familia de origen, cabe la opción de dar a Lucas en adopción a otra familia si esto le favorece. Consideramos que el hecho de que se acuerde cese de la guarda con fines de adopción porque los que la ostentan no están desempeñando su labor correctamente, no influye en la decisión que tomó la Entidad Pública en un principio para salvaguardar los intereses de Lucas, medida que, como ya hemos aclarado con anterioridad, tiene como fin evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia distinta de la que pretende adoptar. Esta decisión se tomó debido a la gravedad de la situación familiar y el malestar físico y emocional que le provocaba a Lucas el convivir con su familia biológica. Es claro que las circunstancias que motivaron el acuerdo de la medida no cambian porque la misma falle.

56 SAP Soria nº31/1996 de 13 de marzo, (AC 1996\520), FJ 3.

57 Ej: SAP Asturias (Sección 4) n.º 258/2006 de 7 de julio (JUR 2006\240015).

58 Ej: SAP Tarragona (Sección 1ª) n.º 390/2013 de 14 de octubre (JUR 2013\359370). La circunstancia que motivó el desamparo y que desaparece es la mala relación que el menor tenía con un familiar y que le provocaba inadaptación social.

Por ello, la Entidad Pública deberá buscar una nueva familia idónea que cumpla con los requisitos del 175 CC para que la misma se haga efectiva y se proceda finalmente a la adopción del menor por resolución judicial.

VII. TRÁMITES A SEGUIR PARA LA CONSECUCCIÓN DE LA ADOPCIÓN Y TIPO DE ADOPCIÓN A ADOPTAR POR PARTE DEL JUEZ EN BENEFICIO DEL INTERÉS DEL MENOR

1. Definición de la adopción

La adopción se regula en el art. 178 CC. Es la institución jurídica de protección de menores mediante la cual entre el adoptante y adoptado nacen los mismos vínculos jurídicos existentes entre los progenitores y las familias de estos y y sus hijos biológicos. Provoca la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica y la consecuente unión de parentesco por vía legal entre el adoptante o adoptantes y el adoptado.

Se configura como un instrumento de integración familiar a través de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior y la creación de una nueva relación paterno-filial.

Para proceder a la adopción, es preciso examinar las circunstancias específicas de cada caso en concreto para poder llegar a la solución más conveniente para el menor, ya que la misma siempre ha de realizarse en beneficio de este. La medida de la adopción, es la última institución que debe emplearse para protegerlo, y como hemos aclarado, nunca deberá constituirse si existen posibilidades reales de que la familia biológica pueda hacerse cargo del menor.

2. Modalidades de adopción

Con respecto a los tipos de adopción, de acuerdo con el manual MEMENTO PRÁCTICO⁵⁹, se contemplan los siguientes:

- Adopción conjunta: es la realizada por dos personas que constituyen un matrimonio o pareja de hecho (art. 175.4 CC). El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión es aplicable a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte o exclusión del adoptante es posible una nueva adopción del adoptado. En determinadas circunstancias permite la adopción en caso de ruptura de relación de pareja.
- Adopción individual: la que se realiza por una sola persona. Pueden darse diversas posibilidades, según el adoptante individual esté o no casado o forme parte de una pareja de hecho, lo cual tendrá un efecto distinto respecto a la constitución de la adopción, y más concretamente, respecto al asentimiento necesario para su formalización (art. 177.2CC)
- Adopción sucesiva: cuando se constituye sobre un menor que fue previamente adoptado pero que, habiéndose extinguido dicha adopción, es adoptado de nuevo (art. 175.4 CC)
- Adopción «post mortem»: es aquella que se constituye una vez que el adoptante ha fallecido. Se permite cuando el adoptante presentó la solicitud de adopción y falleció después, antes de constituirse esta. Es preciso que el adoptante hubiese manifestado al juez su consentimiento a la adopción y que concurra además alguna en el adoptado alguna de las circunstancias del art. 176.4 CC)

59 AAVV, *Memento práctico familia*, marg. 3278.

Según el supuesto de hecho descrito y siguiendo lo descrito en los hechos, procederá la modalidad de adopción conjunta del art. 175.4 CC, mencionada en el primer punto.

3. Adopción por parejas de hecho del mismo sexo

La Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico la posibilidad de que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio entre sí. En dicha ley, se modifica el antiguo art 178.2.2º CC y suprime la exigencia de que el adoptante sea de distinto sexo al del único progenitor legalmente determinado, lo que conlleva la posibilidad de que dos varones o dos mujeres adopten conjunta o sucesivamente. Esta ley permitió la adopción por los matrimonios homosexuales para igualarlos a los heterosexuales, pero sin proceder a realizar una reforma en su conjunto y sin referirse a las parejas de hecho en este caso.⁶⁰

Con la ley 26/2015, de 28 de julio se produce la plena equiparación matrimonio-pareja de hecho en lo que a adopción se refiere. Dicha ley procede a modificar el Código Civil añadiendo a los artículos en los que se menciona al cónyuge, la expresión “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, permitiendo así que las parejas de hecho del mismo sexo puedan adoptar⁶¹.

4. Requisitos que deben cumplir Rodrigo y Jorge.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 175.1 CC, los requisitos que los adoptantes deben reunir son los siguientes:

- Ser mayor de 25. En caso de adopción conjunta es suficiente con que uno de los dos tenga dicha edad. Esta exigencia constituye una señalada excepción a la regla general del art. 322 CC, según la cual “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”⁶². En el caso a tratar, este punto es fundamental, debido a que permite adoptar a la pareja a pesar de que Jorge tenga 20 años de edad.
- Ostentar una diferencia de edad con el adoptado de al menos 16 años y no superior a 45, a excepción de los casos del art 176.2 CC. En caso de adopción conjunta, basta con que uno de los adoptantes no tenga esa diferencia máxima de edad.
- No podrán ser adoptantes los que no puedan ser tutores (art. 241 y 243 CC).
- Será necesario ser declarado idóneo para la adopción.

4.1. Declaración de idoneidad

La idoneidad es la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.

60 BOCCIO SERRANO M.^a J, “El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección”, cit. pág. 577.

61 ARGUDO GUTIÉRREZ, C., “La inclusión de la pareja de hecho en las reformas del derecho de familia de julio de 2015: leyes de jurisdicción voluntaria y de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Reforma de la adopción”, en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, n.º 3 ter, diciembre de 2015, pág. 151.

62 CARRIÓN OLMOS, S., “La adopción en el derecho tras las reformas de 2015” cit. pág. 58.

A tenor de lo dispuesto en los art. 176.2 y 3 CC, y de acuerdo con el MEMENTO PRÁCTICO⁶³, para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La Comunidad de Madrid, recoge lo expuesto en el art. 57 de la ley 6/1995 de 28 de marzo de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. La declaración de idoneidad debe ser previa a la propuesta.

En el artículo 58 la Ley 6/1995 de 28 de marzo, de Garantías y Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, establece los criterios que se deben tomar en consideración para valorar las circunstancias que concurren en los ofrecimientos de acogida o adopción. Muchos de los requisitos se refieren a cuestiones subjetivas de tipo psicológico o social y no pueden ser acreditadas de forma simple con un documento o certificado. Estos requisitos han de ser objeto de valoración por parte de los profesionales de las áreas psicológica y social, encargados de la evaluación de los ofrecimientos de las familias o personas que desean ser acogedores. En esa valoración, la Ley encarga obtener la firme certeza de que las personas que se ofrecen para acoger pueden afrontar el proyecto en las mejores circunstancias y con los suficientes recursos para cubrir las necesidades de toda índole del acogido y garantizar sus derechos, pretendiendo siempre llegar a una decisión consciente y responsable⁶⁴.

El CC imposibilita la adopción a quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, así como a quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la entidad pública. No obstante, no se requiere tal propuesta cuando concorra en el adoptando alguna de las siguientes circunstancias (art. 176.2 CC):

- Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- Ser hijo del cónyuge o de la pareja del adoptante.
- Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- Ser mayor de edad o menor emancipado.

La declaración de idoneidad por la entidad pública requiere una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formaliza mediante la correspondiente resolución. Además, las personas que se ofrezcan para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la entidad pública o por entidad colaboradora autorizada.

4.2. La idoneidad del menor para ser adoptado

Los arts. 175.2 y 3 CC disponen que, salvo excepciones que no trataremos por no ser relevantes para el caso, solo puede ser adoptado el menor de edad no emancipado. Del mismo modo, se establecen una serie de prohibiciones de adopción por razones de parentesco o de salvaguarda de los intereses patrimoniales del menor, denegando la adopción a los descendientes, parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, y al tutor que quiera adoptar a su pupilo hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela⁶⁵.

63 AAVV, *Memento práctico familia*, marg. 3279.

64 Consejería de políticas sociales y familia, *Estatuto del guardador en el acogimiento familiar*, Comunidad de Madrid, pág. 11.

65 AAVV, *Memento práctico familia*, cit. marg. 3280.

5. Constitución de la adopción

La adopción se constituye por resolución judicial, la cual tendrá siempre como prioridad el interés del adoptado. El requisito de la idoneidad de los adoptantes será apreciado por la entidad pública o el juez (art. 176 CC).

El procedimiento a seguir para la constitución de la adopción, será el acorde a la la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio⁶⁶.

A tenor de lo dispuesto en el art. 33 LJV, en los expedientes sobre la adopción, la competencia se atribuye al juzgado de primera instancia correspondiente a la sede de la entidad pública que tenga encomendada la protección del menor, y en su defecto al del domicilio del adoptante. El artículo siguiente señala que *“La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal, y que “no será preceptiva la asistencia de Abogado ni Procurador”*.

5.1. Iniciación del procedimiento.

El expediente da comienzo con la propuesta de la entidad pública o la solicitud del adoptante. En el primer caso, deberá incluir las condiciones personales y socioeconómicas del adoptante asignado, la razón de su elección, la identificación de los domicilios de quienes tienen que dar asentimiento o ser oídos, y la expresión, si procede, de que unos u otros han asentido ante la entidad pública o en documento público. Como hemos indicado antes, la propuesta por parte de la entidad pública no será requerida, sino que se dará por los acogedores, ya que Rodrigo y Jorge llevan más de un año teniendo a Lucas en guarda con finalidad de adopción.

Por lo tanto, la solicitud de los adoptantes deberá expresar las condiciones del oferente y las pruebas acreditativas de que en Lucas concurren los requisitos legales. Tanto en este caso como en el caso de que la propuesta se haya realizado por la entidad pública, se requerirá la precisa documentación acreditativa adjunta, la declaración previa de idoneidad emitida por la entidad pública, y cuantos informes se consideren precisos (art. 35 LJV)⁶⁷.

Aún así, cabe precisar que la regla general es que el expediente judicial que da lugar a la adopción comience con la propuesta de la entidad pública. Esta exigencia, se entiende como una medida establecida en beneficio del menor, suponiendo una garantía para el mismo. El control previo que realiza la Administración, es un requisito legal que se manifiesta con especial intensidad en la necesidad de que el adoptante haya sido declarado idóneo por la Administración para el ejercicio de la patria potestad. La idoneidad para ser adoptante pasa por un doble control; el administrativo, y el judicial. Los supuestos de solicitud por el adoptante, tienen carácter excepcional. Se prescinde del control previo del ente público y se presume la idoneidad del adoptante, ya sea por su relación familiar con el adoptando, o por las propias circunstancias personales de este último.⁶⁸

5.2. Intervenciones en el procedimiento

Las intervenciones en el procedimiento, entendidas como actos procesales previos a la resolución judicial, son susceptibles de clasificación en tres grupos: los consentimientos, los asentimientos y las audiencias (art. 177 CC).

66 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE núm. 158, de 03/07/2015).

67 Ver anexo 3, en el que se adjunta el expediente de tramitación.

68 SAP Valencia (Sección 10ª) n.º 157/2011 de 7 de abril, (JUR 2001\227336) FJ 3.

5.2.1. Consentimiento

El consentimiento es constitutivo del negocio familiar adoptcional. Habrá de consentir la adopción, en presencia del juez⁶⁹, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años (art. 36 LJV). En este supuesto, Lucas no consentirá la adopción por no tener edad suficiente para ellos.

Tales consentimientos implican la aceptación libre y plena, en concepto de parte, de la relación jurídica paterno-filial adoptiva.

La prestación de aquellos es requisito imprescindible. Sin ellos, la adopción no es posible (el art. 1261 CC indica que su ausencia determina la invalidez del negocio) de una parte, y de otra, aun existiendo esos consentimientos, no vinculan al juez, quien podrá denegar la adopción si existiere causa para ello. A su vez, tales consentimientos son revocables en tanto el juez no dicte resolución⁷⁰.

5.2.2. Asentimiento

De acuerdo con el MEMENTO PRÁCTICO⁷¹, el asentimiento no es más que el admitir como cierto o conveniente algo que otro ha afirmado o propuesto antes, esto es, el asentimiento es prestado por persona ajena a la relación obligacional complementando o dando fuerza operativa a aquélla, pero en ningún caso constituyéndola. El asentimiento ha de formalizarse bien antes de la propuesta, ante la correspondiente entidad, bien en documento público, o bien por comparecencia ante el juez.

El art. 37.1 LJV dispone que los sujetos mencionados en el art. 177.2 CC, deberán asentir la adopción. Estos son:

- El cónyuge del adoptante o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta (remisión al art. 175. 5 CC)
- Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, serán los primeros que tratarán de velar por sus intereses y pueden ser por ello quienes más capacitados estarán para emitir a través del asentimiento a la adopción que se les requiere en el transcurso del expediente, un juicio de valor acerca de la oportunidad, conveniencia y procedencia de la adopción que haya sido instada a iniciativa de un tercero. En lo que nos incumbe, no será preceptivo si estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación⁷².

69 SAP Castellón (Sección 2ª) n.º 57/2012 de 4 de octubre (AC 2013\558). El tribunal dicta sentencia sobre las pretensiones del apelante de solicitar la adopción prescindiendo del consentimiento de los adoptantes por haber fallecido. El tribunal señala que “La falta de consentimiento (del adoptante o adoptantes en presencia del Juez) no puede ser suplida por el hecho de que los fallecidos se hubieran hecho cargo del solicitante como si se tratara de un hijo, ni de que en el testamento notarial abierto le instituyeran como heredero universal, incluso denominándole ‘hijo adoptivo’, pues los documentos privados en los que se expresa la voluntad de entrega por parte de la madre biológica de su hijo en acogimiento con la posibilidad de recuperarlo, no pueden suplantar el consentimiento de los adoptantes”.

70 CARRIÓN OLMOS, S., “La adopción en el derecho tras las reformas de 2015”, cit. pág. 64.

71 AAVV, *Memento práctico familia*, marg. 3292

72 Siendo el propio juez instructor del expediente el que apreciará si se da o no esta causa. En cuanto al momento en que debe determinarse si el progenitor estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad, es el de la declaración de desamparo. En este sentido, la STS n.º 36/2012 de 6 febrero 2012 (RJ 2012\4522) , expone que “La sentencia de instancia concluye que efectivamente la madre doña María Teresa está incurso en causa de privación de la patria potestad, como se desprende de los hechos que dieron lugar a la declaración de desamparo, constando la inviabilidad de la integración del menor con la misma que incluso se reconoce en la propia demanda, por lo que no se estima necesario su asentimiento para la adopción, siendo suficiente su simple audiencia ya realizada”. Añade además que “es claro que siendo el interés primordial el del menor, también es un principio rector su mantenimiento en el medio familiar de origen, pero a salvo que no sea conveniente para su interés, esto es, que se derive algún

El el asentimiento no será necesario cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello. Dicha imposibilidad se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el art. 172.2 CC, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.

Por lo que se refiere a la prestación de consentimientos y asentimientos, el art 177.4 CC dispone que “*deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias*”.

Puede darse la situación de que en el expediente de jurisdicción voluntaria los progenitores consideren la necesidad de su asentimiento en el procedimiento. De ser así, se abrirá un incidente dentro del procedimiento principal mediante los trámites del juicio verbal en el que los padres afirmen necesario su asentimiento para constituir la adopción⁷³.

Siguiendo con lo expuesto en el MEMENTO PRÁCTICO⁷⁴ y con el art. 781 LEC -siempre sin perjuicio de lo dispuesto en el art 162 CC sobre la representación legal-, Si Lola pretende que se reconozca la necesidad de su asentimiento, puede comparecer ante el tribunal que esté conociendo del expediente de adopción (art. 37.2 LJV). El letrado de la Administración de Justicia debe suspender el expediente y otorgar un plazo de 15 días para la presentación de la demanda, de la cual conocerá el mismo tribunal. De no presentarse la demanda, el letrado dictará decreto -susceptible de recurso- dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente de adopción. De presentarse, dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará la tramitación de la demanda como pieza separada en el mismo procedimiento (art. 753 LEC). Una vez firmada la resolución que se dicte al respecto, el letrado acordará la citación ante el juez para prestar el consentimiento o asentimiento a la adopción⁷⁵.

5.2.3 La audiencia

La audiencia es simplemente la ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrecen a un interesado en juicio o expediente.

El art 37.3 LJV indica que los sujetos mencionados en el art. 173.3 CC deberán ser citados por el juez en el expediente. En el caso a tratar, se requerirá a Lola si no ha sido privada de la patria potestad y a los guardadores. La audiencia de los padres biológicos debe producirse no como un mero formalismo sino con todas las garantías y en la amplitud necesaria para conocer el auténtico alcance de su voluntad y el grado de conocimiento del procedimiento y sus consecuencias⁷⁶.

6. Resolución y recursos

El juez puede ordenar cuantas diligencias estime necesarias para asegurarse de que las actuaciones se hacen en interés del menor (art. 2 LOPJM). De darse oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de justicia debe citar a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Contra el auto de

riesgo para el menor ese mantenimiento”.

73 SAP Castellón (Sección 2ª) n.º 80/2005 de 4 de mayo (JUR 2005\166659).

74 AAVV, *Memento práctico familia*, cit. marg. 3294.

75 SAP Valencia n.º 725/2005 de 30 de noviembre (JUR 2006\101487), el tribunal determina en el procedimiento contradictorio, a partir de los datos que obran en el expediente y en el informe psicosocial, que por hallarse los padres solicitantes del asentimiento incurso en una causa de privación de la patria potestad, la intervención de los mismos debe de ser solo de mera audiencia.

76 AAVV, *Memento práctico familia*, cit. marg. 3226.

resolución, cabrá recurso de apelación, que tendrá carácter preferente pero no producirá efectos suspensivos (art. 39 LJV).

7. Efectos de la constitución de la adopción

Una vez constituida la adopción por otra familia, los efectos de la misma producen tanto el nacimiento de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica (art. 108. 2 CC), como la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178. 1. CC), salvo cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido, o cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir. El auto n.º 138/08 de Audiencia Provincial de A Coruña declara que los efectos de la adopción provocan *“la plena equiparación de la filiación tanto por naturaleza como adoptiva, con el mismo contenido y efectos civiles en materia de apellidos, patria potestad, alimentos, sucesiones y demás previstos en la ley, quedando indivisiblemente integrada la persona adoptada en la familia adoptante como cualquier otro hijo o hija, sin distinción, con la consecuente extinción de los vínculos jurídicos parentales con la familia de origen (art. 178), todo ello de manera irrevocable (art. 180), salvo ciertas particularidades legales lógicas sobre mantenimiento de las relaciones jurídicas de parentesco o por razón de futuros impedimentos matrimoniales (art. 178.2 y 3)”*⁷⁷. El testimonio de la resolución firme en la que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil, para que se practique su inscripción (art. 781 LEC). En relación con esto, el art. 44.6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, dispone que *“en los casos de filiación adoptiva se hará constar la resolución judicial que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida previsto en la presente Ley.”*⁷⁸.

8. Modalidad de adopción más beneficiosa para el menor

La constitución de la adopción por otra familia produce, como acabamos de aclarar, el nacimiento de una nueva relación jurídica de filiación y la extinción de otra, y no parece quepa duda en cuanto a que la premisa anterior sigue constituyendo regla general. La única posibilidad que la normativa brinda a los padres biológicos para no romper todo contacto con él, la introduce la Ley 26/2015 de 28 de julio, y es que en casos excepcionales pueda mantenerse con algún miembro de la familia alguna forma de relación o contacto a través de visitas o de comunicaciones con el menor, lo que podría denominarse como adopción abierta.

La oportunidad de introducir esta figura -añade el preámbulo de la Ley 26/2015- obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la denominada adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la “pérdida”, y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene⁷⁹.

El art 178.4 CC permite la adopción por parte del juez de medidas destinadas a mantener el contacto y comunicación con la familia biológica, siempre que sea en interés del menor, pudiendo modificar o extinguir dichas medidas cuando fuese conveniente. Cabe mencionar que la nueva familia deberá

77 AAP de A Coruña (Sección 4) n.º 138/08, de 6 de noviembre de 2008 (ROJ SAP C 2848/2008).

78 Aclarar que la ley 20/2011 de 21 de julio, entrará en vigor el 30 de junio del presente año. Sin embargo, el artículo mencionado, según la disposición final 10, entró en vigor el 15 de octubre de 2015, en la redacción dada por Ley 19/2015, de 13 de junio.

79 CARRIÓN OLMOS, S., “La adopción en el derecho tras las reformas de 2015”, cit. págs. 70-71.

hacer constar en la declaración de idoneidad si aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen”

En este supuesto, la adopción abierta no parece la más indicada para favorecer el bienestar del menor. La misma, dispone el preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, suele constituirse sobre todo cuando el menor ya tiene una cierta edad y por ello la adopción se hace más difícil, hay hermanos biológicos de por medio o si durante el acogimiento ha habido contacto con la familia de origen. Teniendo en cuenta la corta edad del menor, que este es hijo único y que la guarda con fines de adopción llevó aparejada la suspensión del régimen de visitas, lo más coherente sería constituir la adopción cerrada, ya que el contacto directo con la familia de origen puede tener implicaciones negativas para la capacidad del niño de establecer vínculos con su nueva familia adoptiva y paralizar o dificultar sus sentimientos de pertenencia y permanencia en ella⁸⁰.

VIII. POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE ROBERTO EN EL MOMENTO DE CONCESIÓN DE LA ADOPCIÓN DE LUCAS

1. Regulación procedimental

La principal normativa a aplicar en esta cuestión es Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁸¹, ya que el art. 1 establece que será de aplicación “a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Del mismo modo, resultará de aplicación la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁸².

Estas leyes han sido modificadas por la ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida. Ha entrado en vigor recientemente, en concreto el 1 de enero del presente año. Consideramos que esta normativa resultará de aplicación en el presente supuesto, puesto que según los datos disponibles, si el menor nace en octubre de 2015, los acontecimientos surgen tras el fallecimiento de su progenitor -si el menor tenía 3 meses de edad, sobre enero de 2016- y los acogedores incoan el procedimiento de adopción tras llevar más de un año en guarda con fines de adopción, considerando además el tiempo transcurrido entre trámites y procedimientos, para cuando se solicite el permiso de paternidad la ley mencionada ya habrá entrado en vigor⁸³.

Con respecto a la prestación económica por paternidad, es de aplicación el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁸⁴. La LGSS se amplía con el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las

80 SABATER BAYLE, E., “La adopción abierta en el derecho español”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2016, n.º 4-3, pág. 83.

81 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24/10/2015).

82 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm.71, de 23 de marzo de 2007, páginas 12611 a 12645 (35 págs.))

83 Aclarar que esta ley hace referencia al art. 48 bis del ET, que deberá entenderse sustituida por el art. 48.7 del RDL 2/2015 de 23 de octubre, según la página oficial de la Seguridad Social. http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/123430.

84 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31/10/2015).

prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁸⁵. Con respecto a esta ley, aclarar que las referencias al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, deben entenderse sustituidas por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Por otra parte, las referencias que aparecen en esta norma al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo deben entenderse realizadas al texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre⁸⁶.

2. El derecho de permiso de paternidad de Roberto

Un aspecto importante en cuanto a la titularidad de este permiso hace referencia al término que se utiliza a la hora de definir la persona que podrá tener derecho de acceso a la suspensión contractual por paternidad, abriendo el abanico de posibilidades a las nuevas realidades que surgen como consecuencia de la existencia de uniones entre parejas del mismo sexo e incluso familias monoparentales y el reconocimiento de los derechos inherentes a estas uniones. De esta forma, se deja a un lado la denominación tradicional de padre y madre, para pasar a una más genérica y neutra denominada «progenitor». El objetivo que se persigue con esta medida, es sin duda impedir que se unan ambos derechos – paternidad y maternidad – y se disfruten unidos, únicamente por uno solo de los progenitores⁸⁷.

En este sentido, uno de los aspectos importantes que prevé la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se plasma en el art 44 1. de la ley, que dispone que estos derechos se reconocerán a los trabajadores en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Del mismo modo, contempla el derecho al permiso y prestación por paternidad de acuerdo con lo previsto en la normativa laboral y de Seguridad Social.

En primer lugar, comentaremos que el art 45 ET dispone en su apartado d., que se podrá proceder a la suspensión del contrato de trabajo en casos de adopción -de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen- de menores de 6 años. Remitiéndose a este artículo, el art. 48.5 ET establece que en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento “*el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante dieciséis semanas ininterrumpidas*”, y que los efectos se producirán a partir de la resolución judicial que determine la constitución de la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar lugar a varios periodos de suspensión. Si ambos progenitores trabajan, “*el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados*”. Si dicho periodo se disfruta de forma simultánea, la suma no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas (art 48.6 ET).

85 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009, páginas 27936 a 27981 (46 págs.))

86 Esta aclaración se recoge en la página oficial de la Seguridad Social “http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/index.htm?ssUserText=46332&dDocName=116462”.

87 DE GEA GUILLÉN, A., “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, en *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 2008, n.º 26, pág 562

Con respecto al permiso de paternidad, el art. 48.7 ET establece que el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante 4 semanas ininterrumpidas, y que esta suspensión es independiente al periodo de descanso mencionado anteriormente. La ampliación de la duración del permiso ha venido dada por la Ley 9/2009, de 6 de octubre, pues anteriormente solo podían disfrutar del permiso por un periodo de dos semanas. El derecho corresponderá a uno de los progenitores, y en caso de que el periodo de descanso del art. 48.5 ET haya sido disfrutado por uno de ellos, corresponderá exclusivamente al otro. Podrá ejercerse o bien desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o bien inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. En el primer supuesto se entiende que si el progenitor decide no consumir el período máximo suspensivo por la contingencia prevista en dicho apartado, se tendrá que tener en cuenta esta situación para la solicitud del permiso de paternidad⁸⁸, mientras que en el segundo el trabajador podrá disfrutar de las cuatro semanas de descanso desde las dieciséis semanas posteriores a la adopción⁸⁹. El artículo dispone del mismo modo que *“La suspensión del contrato podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente”* y que *“El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos”*⁹⁰.

En relación con el permiso de disfrute a tiempo parcial, cabe puntualizar que a la vez que se está prestando un servicio al menos en un 50% de forma normal, se está también en suspensión de trabajo por dicha contingencia, pero esa prestación de servicios tendrá la consideración de trabajo efectivo a todos los efectos manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante sin que sean de aplicación las reglas de contrato a tiempo parcial⁹¹. El Estatuto, por medio del art. 38.3, otorga a quienes estén disfrutando del permiso de paternidad el derecho de disfrutar las vacaciones en un periodo distinto aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

Por todo lo expuesto, entendemos que Roberto sí tiene derecho a solicitar la suspensión del contrato por haberse constituido la adopción del menor, y que el periodo de convivencia que haya tenido con Lucas no influye en la aplicación de este derecho, pues como establece la sentencia del TS n.º 2289/2009, de 15 de septiembre de 2010, *“entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho no figura la circunstancia de que la menor hubiera convivido con la adoptante con anterioridad al inicio del descanso por maternidad -paternidad, en este caso- y solicitud de la correspondiente prestación”*⁹².

3. La prestación por permiso de paternidad como contingencia amparada por la Seguridad Social

Tras el análisis de la obtención del permiso por paternidad, pasaremos a tratar la correspondencia económica que conlleva el permiso. El art. 183 de la LGSS, contempla la adopción como situación protegida a efectos de la prestación por paternidad. Del mismo modo lo reconoce el RD 259/2009

88 DE GEA GUILLÉN, A., “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, cit. pág. 565.

89 GARCIA VIÑA, J., “La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º Extra 74, 2008, pág. 211.

90 En este aspecto, la disposición adicional decimonovena del ET dispone que en caso de discrepancias entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación, vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente, se resolverán por la jurisdicción social a través del art 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

91 DE GEA GUILLÉN, A., “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, cit. pág. 567.

92 STS Sala de lo Social de Madrid n.º 2289/2009, de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7428), FJ 3.

en el art. 22. Cabe puntualizar que el art. 178.1 LGSS contempla como beneficiarios del subsidio por maternidad a las personas incluidas en el Régimen General cualquiera que sea su sexo, lo que permite que tanto Rodrigo como Jorge puedan disfrutar del subsidio que se deriva del derecho de suspensión del contrato por adopción.

El art 165.1 dispone como requisito fundamental para acceder a la prestación, estar afiliado y en alta al Régimen General o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida salvo que la disposición legal diga lo contrario. De acuerdo con esto, el art. 184 LGSS exige para que Rodrigo sea beneficiario del subsidio, el deber de acreditar un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúna las demás condiciones que reglamentariamente se determinen. Si estuviere contratado a tiempo parcial, se estará a lo establecido en el art. 247 LGSS.

La solicitud de la prestación económica por paternidad se instará por medio del interesado, y los trámites se realizarán conforme a lo dispuesto en el art 30 del RD 295/2009 de 6 de marzo.⁹³

El art. 185 LGSS establece que la cuantía se determinará según lo dispuesto en el art. 179 LGSS. De acuerdo con esto, la prestación consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente. La base reguladora será el resultado de dividir la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al de la fecha de inicio del período de descanso por maternidad, por el número de días a que dicha cotización se refiere. No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por la Entidad gestora con la última base de cotización que conste en las bases corporativas del sistema. Si la base de cotización del mes anterior al inicio del descanso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva. Si la base no hubiese variado, la resolución provisional será definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión.

Cuando el período de descanso por adopción sea disfrutado simultánea o sucesivamente por ambos adoptantes, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora.

La duración de la prestación, de acuerdo con el art. 183 LGSS será la mismo que el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.3 del RD 295/2009 de 6 de marzo. El mismo artículo dispone en el apartado 8 que el subsidio “*se extinguirá por el transcurso del plazo de duración establecido, por reincorporación voluntaria al trabajo o actividad, por causar el beneficiario pensión de jubilación o de incapacidad permanente, o por fallecimiento del beneficiario*”.

Por último, mencionar que la gestión corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que realizará el pago del subsidio, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El subsidio se abonará en un único pago, aun cuando no haya finalizado el disfrute del período de descanso⁹⁴.

93 Ver anexos 5 y 6, de la solicitud de la prestación de paternidad.

94 http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_4.htm

IX. CONCLUSIONES FINALES.

I. Sobre el procedimiento de desamparo, podemos comenzar haciendo referencia al principio más importante para la Administración Pública a la hora de tomar una decisión que afecte al menor. Lo que condicionará toda acción llevada a cabo por las entidades públicas será siempre el interés superior del menor, que jugará incluso por encima del interés de los progenitores, quedando este relegado a un segundo plano. Por ello, ante situaciones de desprotección en los que los menores se hallan privados de los necesarios elementos que contribuyen a su desarrollo global, físico, psíquico, y moral, las Administraciones Públicas tendrán la labor de paliar esas situaciones, adoptar las medidas de intervención adecuadas en el seno del ambiente familiar, y como último recurso, si aún así persisten los factores de desprotección situar al menor afectado en otro entorno favorecedor para su desarrollo. Ante los casos de maltrato infantil, se torna indispensable la coordinación entre las diversas instituciones responsables de la intervención para que se pueda adoptar de forma integral la medida más acorde para cada menor.

Es indudable que la gravedad de la situación en la que se encontraba Lucas, provocada por el claro incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y los continuos maltratos sufridos por parte de su familia biológica, deben de llevar a la Administración a proceder a la declaración de desamparo del menor y a tomar la medida que más beneficie al desarrollo de su personalidad, siempre tomando en consideración el interés superior del menor del que hablábamos.

II. Con respecto a las consecuencias jurídicas que pueden tener las actuaciones cometidas por Lola, el Derecho Penal acoge el criterio biológico de la imputabilidad, de tal modo que por debajo de los catorce años es aplicable el régimen civil de responsabilidad. Así, en aquellos supuestos en que el menor es inimputable, los padres van a ser responsables, y el fundamento de esa responsabilidad radica habitualmente en la falta de vigilancia del menor, dado que su falta de madurez exige una atención y un control del mismo constante por sus progenitores. La inimputabilidad del menor en el ámbito penal, no obsta a los jueces para determinar por vía civil si las actitudes de la menor son susceptibles de ser causa de privación de la patria potestad que ostenta sobre Lucas, pues como ya hemos aclarado, a ello se podría proceder por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma es causa de privación (art. 170 CC).

Por otro lado, en la causa penal abierta contra los padres de Lola se constatan las repercusiones que tienen los actos cometidos por los mismos, pues estos son tipificados en el Código Penal como delito de lesiones en el art. 153 CP y delito contra la integridad moral del art. 173 CP, además del delito omisión del 450 CP por no impedir la mala conducta de Lola. Para la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, hemos comentado la facultad que tiene el juez para aplicar tanto el art. 226 CP -si considera que Daniel y María han incumplido el deber de educación que es inherente a la patria potestad- como el art. 46 CP, extendiendo el contenido de este último artículo a personas no víctimas de delito valorando que la gravedad del mismo y la ausencia de arrepentimiento puedan poner de manifiesto un riesgo de reiteración de la conducta y la misma acabe siendo un peligro para Lola.

En cuanto a la posible privación de la patria potestad que los padres de Lola ostentan sobre la menor, se pone de manifiesto en base a jurisprudencia precedente, la amplia facultad discrecional que posee el juez para determinar la posible extensión del contenido del art. 170 CC a personas no víctimas del delito, siempre que considere que, en vista de sus actos, Daniel y María no están en condiciones de ejercer correctamente la patria potestad y los deberes que la misma lleva consigo.

III. La figura de guarda con fines de adopción introducida por la ley 26/2015, de 28 de julio, es fundamental para impedir que el menor conviva con una familia distinta de la que pretenda adoptar. La adopción de esta medida, hace visible la prevalencia del interés superior del menor respecto del interés de los progenitores, pues siempre que sea en beneficio del menor, el juez podrá decretar la suspensión del régimen de visitas de los padres en aras de forjar los vínculos afectivos entre el menor y los acogedores, lo que consecuentemente provocará una progresiva ruptura de la relación con la familia de origen. Esta medida pretende facilitar la integración del menor en la familia preadoptiva y promover un desarrollo afectivo entre ambos. En vista de lo expuesto, se hace patente lo beneficiosa que resulta la guarda con fines de adopción para Lucas, pues facilita la convivencia menor-guardador, en detrimento de lo que conlleva la adopción de esta decisión para los intereses de Lola, ya que ello provocará la desvinculación total de la familia biológica.

IV. Hemos observado que la determinación del cese de la medida de acogimiento y el posible retorno a su familia biológica requiere un minucioso análisis de las circunstancias que rodean al menor. Se valorará el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella y si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, entre otras. La doctrina muestra claramente que si todas estas valoraciones son positivas para el menor y la permanencia en la familia es beneficiosa para su evolución personal, el principio de retorno del menor a la familia de origen se volverá de difícil cumplimiento, puesto que lo que primará será siempre el interés superior del menor.

Indudablemente, la protección de los menores integra toda una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos cuyo propósito consiste en prevenir y corregir situaciones de desprotección de los mismos. Los poderes públicos están obligados a asegurar que la medida decretada sea beneficiosa para el menor, de manera que, en caso en que se detecte que una falta de asistencia, deben intervenir adoptando las medidas necesarias para que la situación cese. El Código Civil no da mayores pistas sobre cómo actuar en caso de que la Entidad Pública decreta la remoción de la guarda, pero se deduce que, al tener por ministerio de la ley la tutela del menor, tendrá que salvaguardar sus intereses y adoptar la misma medida que motivó las circunstancias del caso buscando una nueva familia en la que se pueda integrar el menor se pueda integrar correctamente y que dicha integración sea adecuada para su desarrollo personal.

V. Cuando, en vista de las circunstancias, la imposibilidad de retorno del menor a su familia biológica tras haber sido declarado en desamparo se hace efectiva, la entidad pública deberá proponer la adopción del Lucas siempre en aras de salvaguardar sus intereses. Como hemos observado, esta propuesta no es necesaria por llevar Lucas más de un año en guarda con fines de adopción, por lo que serán los acogedores quienes deberán realizar la solicitud. En vista de los hechos que motivaron la constitución de la medida, la adopción deberá de ser cerrada, pues si durante la guarda con fines de adopción no resultó procedente el régimen de visitas, menos resultará tras la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen.

La principal prioridad es que los futuros adoptantes sean idóneos para la labor, pues con ellos va a constituir una nueva relación de parentesco basada en el propio acto de la adopción. Es por ello que para que se constituya la ley les exige los requisitos que estudiamos en el apartado VIII.4. En este punto, nos parece fundamental destacar la reforma del Código Civil dada por la ley 26/2015, de 28 de julio, que en materia de adopción constata la plena equiparación de matrimonio-pareja de hecho. Esta modificación resulta de gran trascendencia para el caso, ya que otorga a Rodrigo y Jorge la facultad para adoptar, pues hasta ese momento solo podían adoptar parejas homosexuales que hubiesen contraído matrimonio. La constitución de la adopción provoca la creación de una relación jurídica de filiación idéntica a la biológica, extinguiendo consecuentemente los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.

VI. Por último y en lo referente a la posibilidad de Roberto de solicitar la suspensión del contrato, destacar que con las nuevas modificaciones de la ley, el legislador ha querido equiparar las relaciones constituidas por padre y madre a las constituidas por parejas del mismo sexo, sustituyendo los términos que diferenciaban el sexo por el de “progenitor” a fin de favorecer la igualdad. Parece claro que la suspensión del contrato es un derecho otorgado por la ley (art. 45.d ET) del que no se puede prescindir aunque haya sujetos que se muestren en desacuerdo siempre que se cumplan los requisitos de los arts. 165.1 y 184 ET. La Ley otorga el derecho al permiso de maternidad y paternidad a ambos progenitores independientemente del sexo. Establece que mientras que el primero constará de una duración de dieciséis semanas y se podrá disfrutar en su totalidad por un solo progenitor o por los dos, el de paternidad será de cuatro semanas y corresponderá en exclusividad a uno de los progenitores. El TS ha determinado que el periodo de convivencia anterior no influye para acogerse a este derecho, pues nada de esto dice la ley, por lo que Jorge podrá solicitar a la suspensión del contrato a partir de que se dicte la resolución judicial que constituya la adopción.

No podemos terminar este apartado sin hacer mención a que las diversas normas citadas para estudiar el permiso y prestación por paternidad están en vigor, y sin embargo, resultan contradictorias. Como hemos aclarado, en la página de la Seguridad Social se pueden observar algunas notas aclaratorias con respecto a la equiparación del contenido de algunos artículos, que sigue siendo el mismo pese a que el número sea diferente⁹⁵. Sin embargo, tanto en la Ley 3/2007, de 22 de marzo -en la cual la duración del permiso de paternidad es menor que el que establece el ET-, como en el RD 295/2009, de 6 de marzo, el periodo de duración de la prestación por paternidad es de trece días, mientras que la LGSS, la cual ha sido modificada recientemente por el RDL 8/2015, de 30 de octubre, indica que esta prestación durará tanto como dure el permiso. No tenemos duda de que las leyes que resultan de aplicación es la dispuesta en la LGSS y en el ET, así como la normativa que se relacione con las mismas sin contravenir sus artículos, pero llama la atención que el legislador no haya derogado aún los preceptos de la normativa que está en vigor que sí contrastan con las leyes principales, pues aunque en la disposición derogatoria única de la LGSS se establece que se derogarán cuantas disposiciones resulten contrarias a la ley, no incluye esta normativa en la lista.

95 Vid. Nota al pie de página n.º 69.

X. BIBLIOGRAFÍA.

ARGUDO GUTIÉRREZ, C., “La inclusión de la pareja de hecho en las reformas del derecho de familia de julio de 2015: leyes de jurisdicción voluntaria y de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Reforma de la adopción”, en *Actualidad jurídica Iberoamericana* n.º 3 ter, diciembre de 2015.

AAVV, *Memento práctico familia (Civil)*, Francis Lefebvre, 2016-2017.

BENAVENTE MOREDA, P., “Desamparo, acogimiento y retorno a la misma familia”, en *Derecho privado y Constitución*, n.º 23, 2009.

BERROCAL LANZAROT, A. “Análisis crítico de jurisprudencia”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 723, 2011.

BOCCIO SERRANO, M.º J., *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección. La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015.

CARRIÓN OLMOS, S., “La adopción en el derecho español tras las reformas de 2015”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 5-1, Valencia 2016.

DE GEA GUILLÉN A., “El nuevo régimen jurídico de la protección por paternidad tras las últimas reformas legislativas”, en *Anales de derecho*, n.º 28, Universidad de Murcia, Murcia, 2008.

DE PALMA, Á., “El derecho de los menores a la asistencia y protección de las administraciones públicas. Las competencias locales en materia de protección de menores”, en *Fundación Democracia y Gobierno Local*, 2004.

GARCIA VIÑA, J., “La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º Extra 74, 2008.

LÓPEZ MONTESINOS, M.º J., “Pautas de actuación en el abordaje del maltrato infantil desde el ámbito sanitario”, en *Revista Enfermería Global* n.º 3 de 2003.

LÓPEZ SANLUÍS, R., “La regulación del acogimiento tras las últimas reformas legislativas en materia de protección a la infancia y a la adolescencia en el derecho español”, en *Revista chilena de derecho y ciencia política*, vol. 7, n.º 2, mayo-agosto 2016.

MATALLÍN EVANGELIO, Á., “La capacidad de culpabilidad de los sujetos sometidos a la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 22, 2000.

MORALES C., *La intervención social con menores. Promocionando la práctica profesional*. Dykinson, España, 2016.

RUÍZ MIGUEL, C., *El Derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1994.

SABATER BAYLE, E., “La adopción abierta en el derecho español”, en *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 4-3, 2016.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, B., “El modelo común para la intervención con menores en riesgo”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre, 2014.

XI. PÁGINAS WEB

http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/123430

http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/index.htm?ssUserText=46332&dDocName=116462

http://www.empleo.gob.es/es/guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_4.htm

XII. ÍNDICE DE LAS DISPOSICIONES CITADAS

1. Normativa europea

- Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Convención de Ginebra de 1959.
- Convenio de Roma de 1950.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 8 de julio de 1992.
- Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional.
 - Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), res. 40/33 de 23 de noviembre de 1985
 - Comité de los Derechos del Niño, observación general nº14, del 29 de mayo de 2013.

2. Leyes

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.
- Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.
- Código Civil de 24 de julio de 1989
- Código Penal de 23 de noviembre de 1995.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
- Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000.
- Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas
- Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2015, de 22 de octubre
- Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

3. Decretos

- Decreto 179/2003, de 14 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Consejos Locales de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid.
- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

4. Manuales, protocolos y circulares

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2004, de 22 de diciembre, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.
- AYUNTAMIENTO DE MADRID, *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la protección de menores*, Madrid 2008.
- CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA, Estatuto del guardador en el acogimiento familiar, Comunidad de Madrid
- OBSERVATORIO DE LA INFANCIA, *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2008.

XIII. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

STC nº 176/2008 de 22 de diciembre (BOE-A-2016-2333).

Tribunal Supremo

STS n.º 565/2009 de 31 de julio (RJ 2009\4581).
STS n.º 2289/2009 de 15 de septiembre (RJ 2010\7428).
STS n.º 765/2011 de 19 de julio (RJ 2012\9030).
STS n.º 36/2012 de 6 febrero (RJ 2012\4522).
STS n.º 407/2014 de 13 de mayo (RJ 2014\4296).
STS n.º 328/2016 de 20 de abril (RJ 2016\1832).
STS n.º 711/2016 de 25 de noviembre (RJ 2016\5635).
STS n.º 14/2017 de 13 de enero (RJ 2017\2015).

Audiencias Provinciales

Sentencias.

SAP Soria nº31/1996 de13 de marzo (AC 1996\520).
SAP Madrid nº 1551/1997 de 16 de octubre (AC 1998\1814).
SAP Madrid n.º 662/2001 de 21 de junio (JUR 2001\26281).
SAP Castellón nº 80/2005 de 4 de mayo (JUR 2005\166659)
SAP Valencia nº 725/2005 de 30 de noviembre (JUR 2006\101487).
SAP Asturias nº 258/2006 de 7 de julio (JUR 2006\240015).
SAP de Cádiz n.º 47/2007 de 26 de enero (JUR 2007\156638).
SAP Valencia n.º 157/2011 de 7 de abril (JUR 2001\227336).
SAP Madrid nº 340/2011 de 9 septiembre (JUR 2011\375911).
SAP Albacete nº 59/2011, de 26 de septiembre (ROJ: AAP AB 137/2011).

SAP Castellón nº 57/2012 de 4 de octubre (AC 2013\558).
SAP Tarragona nº 390/2013 de 14 de octubre (JUR 2013\359370).
SAP Tarragona nº 10/2014 de 17 de enero (JUR 2014\46640).
SAP Navarra nº 373/2016 de 22 de julio (JUR 2016\250524).
SAP Islas Baleares nº 391/2016 de 30 de noviembre (AC 2016\2033).
SAP Salamanca nº 14/2017 de 17 de enero (AC 2017/38).

Autos

AAP de Madrid de 12 de febrero de 1998 (AC 1998\4973).
AAP de Burgos nº 421/2002 de 22 de julio de 2002 (JUR 2002/233517).
AAP de A Coruña nº 138/08, de 6 de noviembre de 2008 (ROJ SAP C 2848/2008).

XIV. ANEXOS

1. Indicadores más frecuentes en el maltrato físico infantil.

Guadro 1. INDICADORES MÁS FRECUENTES EN EL MALTRATO FÍSICO INFANTIL

DATOS CLÍNICOS	<ul style="list-style-type: none"> - Historia contradictoria, discordante o inaceptable - Retraso en la búsqueda de asistencia sanitaria - Padres que alegan accidentes sistemáticamente - Lesiones en diferentes estadios de evolución y asociadas a otras manifestaciones de maltrato. 	
LESIONES	PROVOCADAS	ACCIDENTALES
HEMATOMAS EQUIMOSIS LACERACIÓN HERIDAS	<ul style="list-style-type: none"> - Parte proximal de extremidades, zonas laterales de la cara. - Orejas y cuello, genitales y glúteos. - Lesiones de diferente localización - Lesiones bilaterales. - Identifican huellas de mano/dedos, arca de dentaria, cable eléctrico, hebilla, plancha, etc. 	<ul style="list-style-type: none"> - Cara –frente - Barbilla – mentón - Codos – espinilla - Crestas iliacas
MORDISCO	<ul style="list-style-type: none"> - > de 3 cm de separación entre la huella de los caninos 	
TIEMPO DESPUÉS DEL TRAUMATISMO		
COLOR HEMATOMAS	<ul style="list-style-type: none"> - Negrozco, azul oscuro - Rojo violáceo - Rojo púrpura - Verdoso - Amarillento 	<ul style="list-style-type: none"> - < 1 día - 1 a 5 días - 5 a 7 días - 7 a 10 días - 2 a 4 semanas
LESIONES	PROVOCADAS	ACCIDENTALES
	<ul style="list-style-type: none"> - Bordes nítidos y precisos - Salpicaduras ausentes - Forma de calcetín o guante, glúteos en casquete - Homogénea - 1º y 2º - Frecuencia bilateral 	<ul style="list-style-type: none"> - Difusos, irregulares. - Salpicaduras presentes - No definidos - No homogénea - 2º y 3º - Unilateral
POR CONTACTO	<ul style="list-style-type: none"> - Forma cigarrillos, plancha, radiador, tenedor. - Bordes nítidos y precisos - Zonas de castigo: orejas, mejillas, hombros, brazo, palma mano, pie, glúteos, genitales. 	<ul style="list-style-type: none"> - No visible, no precisa - Bordes difusos - Zonas descubiertas de la piel: frente, mentón, cuello, zona corbata, antebrazo.
INDICADORES COMPORTAMENTALES EN EL NIÑO	<ul style="list-style-type: none"> - Cauteloso respecto al contacto físico con adultos. - Se muestra aprensivo cuando otros niños lloran. - Muestra conductas extremas: agresividad, rechazos extremos. - Parece tener miedo a sus padres, a ir a casa, o llora al terminar las clases y dejar el colegio. 	
CONDUCTAS DEL CUIDADOR	<ul style="list-style-type: none"> - Fue objeto de maltrato en la infancia. - Utiliza una disciplina severa, inapropiada para la edad y/o falta cometida. - No da ninguna explicación con respecto a la lesión del niño, o éstas son ilógicas, no convincentes o contradictorias. - Parece no preocuparse por el niño. - Percibe a niño de manera negativa (malo, perverso, un monstruo) - Intenta ocultar la lesión del niño o proteger la identidad de la persona responsable de ésta. Discrepancia entre el trastorno o lesión observada y la historia proporcionada. - La víctima u otras personas proporcionan una historia diferente a la de los padres y ésta es sugerente de malos tratos. - Múltiples excusas de los padres sobre lo hechos. 	

Fuente: Programa de Atención al Maltrato Infantil. Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

2. Hoja de notificación de maltrato infantil

Instituto Madrileño de la Familia y el Menor
CONSEJERÍA DE ASUNTOS SOCIALES
Comunidad de Madrid

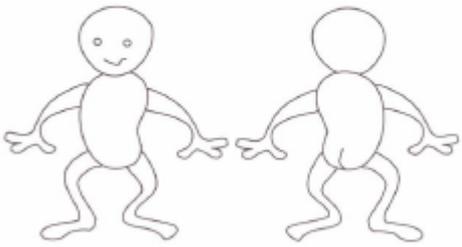
HOJA DE NOTIFICACIÓN DE MALTRATO FÍSICO Y ABANDONO

L = Leve M = Moderado G = Grave
Para una explicación detallada de los indicadores, véase el dorso

Sospecha
Maltrato

MALTRATO FÍSICO

<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Magulladuras o moratones ¹
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Quemaduras ²
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Fracturas óseas ³
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Heridas ⁴
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Lesiones viscerales ⁵
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Mordeduras humanas ⁶
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Intoxicación forzada ⁷
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Síndrome del niño zarandeado ⁸



Señale la localización de los síntomas

NEGLIGENCIA

<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Escasa higiene ⁹
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Falta de supervisión ¹⁰
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Cansancio o apatía permanentes
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Problemas físicos o necesidades médicas ¹¹
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Es explotado, se le hace trabajar en exceso ¹²
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	No va a la escuela
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Ha sido abandonado

MALTRATO EMOCIONAL

<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Maltrato emocional ¹³
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Retraso físico, emocional y/o intelectual ¹⁴
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Intento de suicidio
<input type="radio"/> L	<input type="radio"/> M	<input type="radio"/> G	Cuidados excesivos / Sobreprotección ¹⁵

ABUSO SEXUAL

<input type="radio"/> Si	Sin contacto físico
<input type="radio"/> Si	Con contacto físico y sin penetración
<input type="radio"/> Si	Con contacto físico y con penetración
<input type="radio"/> Si	Dificultad para andar y sentarse
<input type="radio"/> Si	Ropa interior rasgada, manchada o ensangrentada
<input type="radio"/> Si	Dolor o picor en la zona genital
<input type="radio"/> Si	Contusiones o sangrado en los genitales externos
<input type="radio"/> Si	Cérvix o vulva hinchados o rojos
<input type="radio"/> Si	Explotación sexual
<input type="radio"/> Si	Semen en la boca, genitales o ropa
<input type="radio"/> Si	Enfermedad venérea ¹⁶
<input type="radio"/> Si	Apertura anal patológica ¹⁷

Configuración del himen

Otros síntomas o comentarios:

IDENTIFICACIÓN DEL CASO (Tache o rellene lo que proceda)

Identificación del niño

Caso Fatal (fallecimiento del niño) Si

Dos primeras iniciales del Primer apellido

Dos primeras iniciales del Segundo apellido

Sexo V M

Fecha de Nacimiento (día día/mes mes/año año)

Acompañante: Padre Madre Tutor Policía Vecino Otro (especificar)

Fecha de Notificación (día día/mes mes/año año)

Identificación del notificador

Centro:

Servicio/Consulta:

Área IMSALUD

Profesional Médico Enfermera Trabajador Social Matrona Psicólogo

N.º Colegiado

3. Expediente de tramitación para la adopción tras la guarda de más de un año.

2017-5-31

Proceso civil | Aranzadi

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Escrito promoviendo la adopción del menor acogido por más de un año. FOR\2012\1868

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° DE

Los consortes D./Dª y D./Dª , mayores de edad, con domicilio en , calle , n° , pta. , que señalan a los efectos de recibir notificaciones, y D.N.I. y , respectivamente, que señalo a los efectos de recibir notificaciones, y D.N.I. , comparezco ante el Juzgado, con la asistencia del Letrado D./Dª , del Ilustre Colegio de Abogados de , y DIGO:

Que por medio del presente escrito promueven expediente de jurisdicción voluntaria para la CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN de con base en los siguientes

HECHOS

PRIMERO .-

PRIMERO.-El adoptando , nació en el de , hijo de D. y de Dª

Se acompaña como DOCUMENTO N° 1 certificación literal de nacimiento del menor expedido por el encargado del Registro Civil de

SEGUNDO .-

SEGUNDO.-Cuando el menor contaba con años de edad, fue declarado en situación de desamparo por de la Comunidad Autónoma de , en virtud de resolución de fecha de de , que asumió la tutela legal del menor, ante la grave falta de atención y desasistencia tanto física como moral de la que era objeto en su ámbito familiar, decretándose el acogimiento familiar de aquél por quienes ahora pretenden su adopción.

Se acompaña como DOCUMENTO N° , certificación de la declaración de desamparo del menor y su guarda mediante acogimiento familiar por los solicitantes de la adopción, guarda con fines de adopción que se inició en fecha de de , hace por tanto años.

TERCERO .-

TERCERO.-Durante el tiempo transcurrido desde su acogimiento se han estrechado los lazos afectivos entre los solicitantes/acogedores y el menor, al que quieren y tratan como si fuera su propio hijo y que se encuentra plenamente integrado en la familia de aquéllos.

Por ello, es voluntad de los solicitantes, compartida con el menor acogido, consolidar esta situación mediante la adopción de éste.

CUARTO .-

CUARTO.-Los solicitantes cuentan respectivamente con y años de edad cumplidos, mientras que el adoptando tiene años de edad, como resulta del DOCUMENTO N° 1 y del certificado de matrimonio de aquéllos, expedido por el encargado del Registro Civil de , que igualmente se acompaña, como DOCUMENTO N° Por tanto, se cumplen los requisitos de edad exigidos a los adoptantes por el art. 175.1 CC.

QUINTO .-

QUINTO.-Nuestra situación familiar es la siguiente:

Se acompañan como DOCUMENTOS N° , y los siguientes:

SEXTO .-

SÉPTIMO.-Nuestros trabajos, ingresos y bienes, son los siguientes:

Se acompañan como DOCUMENTOS Nos. , y los siguientes: , para acreditar la situación laboral y los ingresos de los solicitantes, así como los bienes y derechos de su titularidad y los rendimientos que de ellos obtienen entre ellos se puede incluir la declaración de la renta del año anterior, certificados de nóminas, notas simples informativas del Registro de la Propiedad, etc.

Sin perjuicio de los documentos adjuntos, se ofrece información testifical de las siguientes personas cuyo testimonio podrá recabarse, de considerarlo conveniente el Tribunal, en el momento procesal oportuno:

Resultan aplicables a los anteriores hechos, los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEPTIMO .-

I. JURISDICCIÓN.- Es competente la jurisdicción civil, de acuerdo con lo establecido en el art. 22.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

OCTAVO .-

II. COMPETENCIA. Son competentes los Juzgados de Primera Instancia de esta ciudad, por ser el del domicilio de la Entidad Pública que tiene encomendada la protección del adoptando, conforme a lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

NOVENO .-

III. PROCEDIMIENTO.-Debe seguirse el procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado en los artículos 33 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

DECIMO .-

IV. LEGITIMACIÓN.-Los solicitantes están legitimados conforme a lo dispuesto en el art. 176.2.3º del Código Civil y art. 34.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

DECIMOPRIMERO .-

V. FUNDAMENTOS DE FONDO.- El art. 175 del Código Civil en cuanto a los requisitos para la adopción; los artículos 176 y 177 del citado texto legal y arts. 36 a 39 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en cuanto a los requisitos que han de observarse en la tramitación del expediente, y los artículos 178 a 180 del Código Civil en cuanto a los efectos.

Por lo expuesto

SUPPLICAMOS AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, y tenga por promovido expediente de jurisdicción voluntaria en SOLICITUD DE CONSTITUCIÓN DE ADOPCIÓN del menor y tras recabar los consentimientos, asentimientos y practicar las audiencias y otras diligencias que legalmente proceda, con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, se sirva dictar Auto en el que constituya la adopción solicitada, designando como adoptantes a los cónyuges D./Dª y D./Dª y acuerde, en consecuencia, el cambio de apellidos del adoptado, librándose testimonio de la resolución, cuando sea firme, para su inscripción en el Registro Civil, junto con lo demás que en Derecho proceda.

OTROSÍ DECIMOS que, en atención a lo dispuesto en el art. 1826.II LEC/1981, según el cual "todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando en particular que la familia de origen tenga conocimiento de cuál sea la adoptiva", vigente en virtud de lo establecido en la Disp. Derogatoria Única de la LEC/2000, se solicita al Juzgado que tome las medidas oportunas para que la familia biológica del adoptando no tenga acceso a la documentación que acompaña este escrito y a la información confidencial que en el mismo se contiene relacionada con la identidad de los solicitantes de la adopción o de los que se pueda deducir ésta.

En , a de de

Firma de los Solicitantes	Firma y número del Letrado
---------------------------	----------------------------

31 de mayo de 2017

© Thomson Reuters

1

4. Solicitud de prestación de paternidad

PRESTACIÓN DE **MATERNIDAD-PATERNIDAD** Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

INSTRUCCIONES PARA CUMPLIMENTAR LA SOLICITUD

(Utilizando este formulario pueden solicitar, ambos progenitores, todas las prestaciones derivadas de un mismo nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela)

1. **DATOS PERSONALES.-** Se cumplimentará con los datos de identificación personal y de residencia permanente del/de los solicitante/s.

Si la petición no se formula en nombre propio, sino a través de otra persona, se cumplimentará el apartado 1.3 DEL REPRESENTANTE LEGAL, indicando el tipo de representación y a quien representa.

2. **MOTIVO DE LA SOLICITUD.-** Se indicarán todas las prestaciones que se van a solicitar, seleccionando la casilla correspondiente y cumplimentando las fechas y datos que se solicitan en cada una de ellas.

En el apartado 2.1 **MATERNIDAD POR NACIMIENTO**, es importante indicar si la madre va a ceder parte del descanso al otro progenitor, porque esta opción hay que realizarla al inicio del descanso. En caso afirmativo se cumplimentará el modelo de opción incluido en este formulario (hoja 5).

En el apartado 2.1 **MATERNIDAD POR GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN** debe indicar si va a compartir el descanso con el otro progenitor. En caso afirmativo se cumplimentará el modelo de acuerdo entre los progenitores incluido en este formulario (hoja 5).

3. **DATOS COMUNES PARA EL TRÁMITE DE AMBAS PRESTACIONES.-** De los datos consignados en este apartado depende la duración de las prestaciones solicitadas, por lo que es importante facilitar la mayor información posible.

SI SOLICITA EL DESCANSO POR PATERNIDAD y ha compartido o va a compartir el descanso por maternidad con el otro progenitor, debe indicar los periodos que han correspondido a cada uno de los progenitores. Estos datos son importantes para determinar el periodo durante el que puede ejercer su derecho a disfrutar del descanso por paternidad.

SI ES TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA, indique si va a disfrutar del descanso por maternidad y/o paternidad a tiempo parcial, del 50 por 100, ya que esta opción sólo puede realizarse al solicitar las prestaciones.

SI ES EMPLEADO PÚBLICO, indique si le es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público o el Estatuto de los Trabajadores. Esta información es importante para determinar la fecha de disfrute y el periodo de descanso por paternidad que le corresponde.

De los **DATOS REFERENTES A LA UNIDAD FAMILIAR** va a depender la duración de los periodos de descanso por maternidad y/o paternidad.

4. **OTROS DATOS.-** En el apartado **DATOS FISCALES** debe indicar la provincia donde tiene establecida su residencia fiscal (más de 180 días al año), ya que el tratamiento de retenciones a cuenta por IRPF puede ser diferente.

Si lo desea, puede solicitar tipo de retención voluntaria por IRPF.

La declaración del resto de datos fiscales es voluntaria y en base a la misma se practicarán las retenciones sobre rendimientos del trabajo. Para ello debe cumplimentar el modelo 145 de la Agencia Tributaria: comunicación de datos al pagador, (que encontrará en www.seg-social.es) y presentarlo con esta solicitud.

La elección de **LENGUA COOFICIAL** sólo surtirá efectos en las Comunidades Autónomas que la tengan reconocida.

El **DOMICILIO DE COMUNICACIONES** a efectos legales, sólo debe indicarse cuando haya que enviarlas a un domicilio distinto del habitual, incluidas las comunicaciones oficiales en las que se pidan actuaciones en plazos determinados, y deberá ser otro domicilio del solicitante, tanto si se presenta por el interesado como por graduado social, gestor administrativo u otro apoderado. Podrá indicarse el domicilio del tutor si se solicita a través de éste.

La **INFORMACIÓN TELEMÁTICA** sólo debe cumplimentarse si desea recibir información por estos medios.

5. **ALEGACIONES.-** Si quiere añadir algo que considere importante para tramitar su prestación y no vea recogido en esta solicitud, póngalo en este apartado de la forma más breve y concisa posible.

6. **MODALIDAD DE COBRO DE LA PRESTACIÓN.-** Indique la opción elegida para el cobro de la prestación.

Debe indicar el IBAN, que es el equivalente a su número internacional de cuenta bancaria. Puede encontrarlo en los recibos y comunicaciones que le envía su banco o caja de ahorros. En su defecto, cumplimente las casillas correspondientes al "código cuenta cliente" (CCC).

Hoja nº 5 OPCIÓN/ACUERDO DE DESCANSO COMPARTIDO POR MATERNIDAD. Cuando ambos progenitores trabajen y reúnan los requisitos para disfrutarlo, se cumplimentará el apartado 1 en caso de nacimiento, si la madre va a ceder parte del descanso y, en su caso, el subsidio especial por parto múltiple al otro progenitor, o el apartado 2, del acuerdo entre ambos progenitores, en caso de nacimiento por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

Borrar

SECRETARÍA DE ESTADO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



INSTITUTO NACIONAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Registro DNSS

MATERNIDAD - PATERNIDAD

(Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento)

Antes de empezar a cumplimentar la solicitud lea detenidamente todos los apartados y las instrucciones sobre cada uno de ellos.

Debe imprimir un único ejemplar y presentarlo en un Centro de Atención e Información de la Seguridad Social. Para facilitar su presentación solicite cita previa en el teléfono 901 10 65 70 o en www.seg-social.es

DATOS A CUMPLIMENTAR PARA AMBAS PRESTACIONES

1. DATOS PERSONALES

1.1 DE UN PROGENITOR (A)										
Primer apellido			Segundo apellido				Nombre			
Fecha de nacimiento	Sexo <input type="checkbox"/> Hombre <input type="checkbox"/> Mujer		DNI-NIE-Pasaporte		Nº de la Seguridad Social		Nacionalidad			
Domicilio (calle, plaza ...)				Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono móvil	Teléfono fijo
Código postal		Localidad				Provincia				
1.2 DEL OTRO PROGENITOR (B)										
Primer apellido			Segundo apellido				Nombre			

Fecha de nacimiento	Sexo <input type="checkbox"/> Hombre <input type="checkbox"/> Mujer	DNI-NIE-Pasaporte	Nº de la Seguridad Social			Nacionalidad			
Domicilio (calle, plaza ...)			Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono móvil	Teléfono fijo
Código postal	Localidad			Provincia					
1.3 DEL REPRESENTANTE LEGAL, que actúa como: Tutor <input type="checkbox"/> Tutor institucional <input type="checkbox"/> Graduado social <input type="checkbox"/> Gestor administrativo <input type="checkbox"/> Otros apoderados <input type="checkbox"/> En nombre de: PROGENITOR (A) <input type="checkbox"/> PROGENITOR (B) <input type="checkbox"/> AMBOS PROGENITORES <input type="checkbox"/>									
Primer apellido		Segundo apellido		Nombre			DNI-NIE-Pasaporte		
Domicilio (calle, plaza ...)			Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono móvil	Teléfono fijo
Código postal	Localidad			Provincia					

2. MOTIVO DE LA SOLICITUD

2.1	MATERNIDAD POR:	NACIMIENTO (1) <input type="checkbox"/>	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (2) <input type="checkbox"/>
Fecha de inicio del descanso		Fecha probable del parto	Fecha del parto
Número de hijos nacidos		¿El hijo tiene discapacidad?	Número de hijos con discapacidad
¿Va a ceder parte del descanso por maternidad al otro progenitor? (1)		¿Va a compartir el descanso con el otro progenitor? (2)	
(1) y (2) En caso afirmativo, en cualquiera de los dos casos, deben cumplimentar la hoja número 5 de esta solicitud indicando el periodo de descanso de ambos progenitores.			

Apellidos y nombre del progenitor (A): _____ DNI-NIE-Pasaporte _____
 Apellidos y nombre del progenitor (B): _____ DNI-NIE-Pasaporte _____

2.2	MATERNIDAD POR:	ADOPCIÓN <input type="checkbox"/>	GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN <input type="checkbox"/>	ACOGIMIENTO <input type="checkbox"/>	TUTELA <input type="checkbox"/>
¿Compartida con el otro progenitor?		Número de menores adoptados/guardados/acogidos/tutelados			
¿El menor tiene discapacidad?		Número de menores con discapacidad			
NACIONAL <input type="checkbox"/>		Fecha de la resolución judicial	Fecha de la resolución administrativa o judicial		
INTERNACIONAL <input type="checkbox"/>		Con desplazamiento previo: Fecha del desplazamiento	Fecha probable de la adopción/guarda/acogimiento		
		Sin desplazamiento previo: Fecha de la resolución judicial	Fecha de la resolución administrativa o judicial		
2.3	PATERNIDAD POR NACIMIENTO				
Fecha de inicio del descanso ⁽¹⁾		Fecha del parto	Número de hijos nacidos		
Discapacidad del hijo					
2.4	PATERNIDAD POR:	ADOPCIÓN <input type="checkbox"/>	GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN <input type="checkbox"/>	ACOGIMIENTO <input type="checkbox"/>	TUTELA <input type="checkbox"/>
Fecha de inicio del descanso ⁽¹⁾		Fecha de la resolución judicial	Fecha de la resolución administrativa o judicial		
Número de menores adoptados/guardados/acogidos/tutelados		¿El hijo tiene discapacidad?			

3. DATOS COMUNES PARA EL TRÁMITE DE AMBAS PRESTACIONES

3.1 SI SOLICITA EL DESCANSO POR PATERNIDAD			
¿Ha compartido o va a compartir el descanso por maternidad con el otro progenitor? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
En caso afirmativo, indique el periodo de maternidad que le ha correspondido a usted: desde hasta			
DATOS IDENTIFICATIVOS DEL OTRO PROGENITOR (sólo si no constan en el apartado 1)			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
3.2 SI ES TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA			
¿Va a disfrutar del descanso a tiempo parcial? PROGENITOR (A) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> PROGENITOR (B) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
3.3 SI ES EMPLEADO PÚBLICO, indique la norma que le es de aplicación para el disfrute del descanso:			
El Estatuto Básico del Empleado Público	PROGENITOR (A) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	PROGENITOR (B) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	
El Estatuto de los Trabajadores	PROGENITOR (A) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	PROGENITOR (B) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	
3.4 DATOS DE LA UNIDAD FAMILIAR			
Familia monoparental(2) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
Familia numerosa	SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	Fecha de expedición del título	Fecha del vencimiento
Si no tiene título	¿Lo ha solicitado? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		Fecha de la solicitud
¿Hay algún hijo con discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> ¿Tiene certificado de discapacidad? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Grado reconocido %			
Si no tiene certificado, indique la fecha en que lo ha solicitado			
¿Tiene discapacidad la madre? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Grado reconocido % ¿Tiene discapacidad el otro progenitor? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Grado reconocido %			

- (1) Para la prestación de paternidad por nacimiento, la fecha de inicio del descanso siempre será posterior a los días de permiso retribuido a los que tenga derecho el/la trabajador/a, excepto para los empleados públicos, a los que le sea de aplicación el EBEP, que será a partir de la fecha del parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, o en otro momento si así lo prevé la legislación aplicable en su caso.
- (2) Se consideran familias monoparentales aquellas en las que exista un sólo progenitor.

Apellidos y nombre del progenitor (A):	DNI-NIE-Pasaporte
Apellidos y nombre del progenitor (B):	DNI-NIE-Pasaporte

4. OTROS DATOS

4.1 PROGENITOR (A)										
4.1.1 DATOS FISCALES										
Residencia fiscal: Provincia										
Tipo voluntario de retención por IRPF %										
Si su residencia fiscal está en TERRITORIO FORAL, a efectos de retención por IRPF desea que se le aplique:										
Tabla general <input type="checkbox"/> Número de hijos Tabla de pensionistas <input type="checkbox"/>										
4.1.2 LENGUA COOFICIAL en la que desea recibir su correspondencia										
4.1.3 DOMICILIO DE COMUNICACIONES A EFECTOS LEGALES (sólo si es distinto del indicado en el apartado 1)										
Domicilio (calle, plaza ...)					Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Teléfono de contacto
Código postal	Localidad		Provincia		País		Apto. de correos			
4.1.4 INFORMACIÓN TELEMÁTICA										
¿DESEA recibir información por SMS? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>										
SI DESEA recibir información por correo electrónico, indiquenos su dirección										
4.2 PROGENITOR (B)										



Apellidos		⑤
y nombre del progenitor (A):	DNI-NIE-Pasaporte	
Apellidos		
y nombre del progenitor (B):	DNI-NIE-Pasaporte	

OPCIÓN DE LA MADRE, CEDIENDO PARTE DEL DESCANSO DE MATERNIDAD por nacimiento, EN FAVOR DEL OTRO PROGENITOR (1)

1. DATOS DE LA MADRE			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso			Firmado,
Fecha de finalización	Fecha de la opción		
En caso de parto múltiple ¿Cede el subsidio especial al otro progenitor? (2) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>			
2. DATOS DEL OTRO PROGENITOR			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso			Firmado,
Fecha de finalización	ACEPTO la opción ejercitada a mi favor, <input type="checkbox"/>		

(1) Siempre que ambos progenitores trabajen, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por maternidad siempre y cuando la madre, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, haya optado por que aquel disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.

(2) La madre podrá ceder el subsidio especial por parto múltiple al otro progenitor, siempre que éste disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto.

ACUERDO DE LOS PROGENITORES SOBRE EL DISFRUTE DEL DESCANSO DE MATERNIDAD, por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (3)

20161229

8-013 (MP-1) cas

1. DATOS DEL PROGENITOR (A)			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso			Firmado,
Fecha de finalización	En caso de que sean múltiples el nacimiento por gestación por sustitución/adopción/guarda con fines de adopción/acogimiento, ¿va a ser el beneficiario del subsidio especial?(4) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		
OPTO por compartir el descanso <input type="checkbox"/>			RENUNCIO a compartir el descanso <input type="checkbox"/>
2. DATOS DEL PROGENITOR (B)			
Primer apellido	Segundo apellido	Nombre	DNI-NIE-Pasaporte
Fecha de inicio del descanso			Firmado,
Fecha de finalización	En caso de que sean múltiples el nacimiento por gestación por sustitución/adopción/guarda con fines de adopción/acogimiento, ¿va a ser el beneficiario del subsidio especial?(4) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		
OPTO por compartir el descanso <input type="checkbox"/>			RENUNCIO a compartir el descanso <input type="checkbox"/>

(3) En el caso de que ambos progenitores trabajen, el periodo de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con periodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

(4) A efectos del reconocimiento del subsidio especial, tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad, siempre que disfrute un periodo de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al nacimiento por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples. Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores, guardadores o acogedores, que se determinará por acuerdo de los interesados.



A CUMPLIMENTAR POR LA ADMINISTRACIÓN

Clave de identificación de su expediente:

Funcionario de contacto:

Apellidos y nombre del progenitor (A): DNI-NIE-Pasaporte ⁶

Apellidos y nombre del progenitor (B): DNI-NIE-Pasaporte

SOLICITUD DE PRESTACIÓN DE MATERNIDAD
 PATERNIDAD

**DOCUMENTOS QUE SE LE REQUIEREN⁽¹⁾ EN LA
FECHA DE RECEPCIÓN DE LA SOLICITUD POR EL INSS:**

- 1 DNI, pasaporte o equivalente, NIE.
- 2 Certificado de empresa.
- 3 Título de familia numerosa.
- 4 Autónomos: declaración situación de la actividad.
- 5 "Informe de maternidad" del Servicio Público de Salud.
- 6 Libro de familia cuando no conste en el Registro Civil.
- 7 Certificado de discapacidad del progenitor.
- 8 Certificado o informe médico sobre la discapacidad del menor.
- 9 Opción del disfrute del descanso por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, en favor del otro progenitor/adoptante/guardador/acogedor.
- 10 Adopción internacional: certificado que justifique la necesidad del desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado.
- 11 "Resolución judicial" por la que se constituya la adopción o "decisión administrativa o judicial" de guarda con fines de adopción o acogimiento.
- 12 No inscrita en la Oficina Consular Española: visado de entrada a favor del menor expedido en la Oficina Consular Española y documento acreditativo de haber iniciado los trámites de la adopción o inscripción en el Registro Civil Central.
- 13 Acuerdo empresario-trabajador/a sobre el disfrute del descanso a tiempo parcial de uno o ambos progenitores.
- 14 Otros documentos.

Recibi Firma

(1) La documentación deberá presentarla en cualquier dependencia de esta Dirección Provincial, personalmente o por correo, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a la fecha en la que se le haya requerido.

**DOCUMENTOS NO NECESARIOS PARA EL TRÁMITE,
QUE APORTA VOLUNTARIAMENTE EL SOLICITANTE:**

- 1
- 2
- 3
- 4

Recibi los documentos requeridos a excepción de los
números:

Firma

Cargo y nombre del funcionario

Fecha Lugar

DILIGENCIA DE COMPULSA: A la vista de los siguientes documentos originales y en vigor:

Se expide la presente diligencia de verificación para hacer constar que los datos reflejados en este formulario coinciden fielmente con los que aparecen en los documentos originales aportados o exhibidos por el solicitante.

Firma

Cargo y nombre del funcionario

Fecha Lugar

Esta solicitud va a ser tramitada por medios informáticos. Los datos personales que figuran en ella serán incorporados a un fichero creado por la Orden 27-7-1994 (BOE del día 29) para el cálculo, control y revalorización de la prestación que se le reconozca, y permanecerán bajo custodia de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social. En cualquier momento puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre los datos incorporados al mismo ante la Dirección Provincial del INSS (art. 5 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal. BOE del día 14).

PRESTACIÓN DE MATERNIDAD-PATERNIDAD

Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

DOCUMENTOS NECESARIOS PARA EL TRÁMITE DE AMBAS PRESTACIONES(*)

(Original acompañado de copia para su compulsación o fotocopia ya compulsada, excepto para los documentos de identidad en los que será suficiente la exhibición del original)

1. EN TODOS LOS CASOS

- Acreditación de identidad de los solicitantes, y del representante legal si lo hubiera, mediante la siguiente documentación en vigor:
 - Españoles: Documento nacional de identidad (DNI).
 - Extranjeros: Pasaporte o, en su caso, documento de identidad vigente en su país y NIE (Número de Identificación de Extranjero) exigido por la AEAT a efectos de pago.
- Documentación acreditativa de la representación legal, en su caso.
- Trabajadores por cuenta ajena: certificado de la empresa en el que conste la fecha del inicio de la suspensión laboral por maternidad/paternidad, si dicho certificado no ha sido enviado por la empresa a través del Sistema RED.

2. EN CASO DE MATERNIDAD

2.1 por nacimiento:

- El informe de maternidad, expedido por el correspondiente Servicio Público de Salud, en los siguientes casos:
 - Cuando la trabajadora inicie el descanso con anterioridad a la fecha del parto.
 - Cuando se produzca el fallecimiento del hijo, tras la permanencia en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días.
- El libro de familia o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil. Si el descanso se ha iniciado con anterioridad al parto, se presentará una vez practicada la inscripción registral del hijo.
- Si la madre cede parte del descanso al otro progenitor se debe presentar cumplimentada la hoja nº 5 de este formulario. Además, si es funcionaria y no está incluida en el Régimen General de la Seguridad Social, se aportará un certificado, expedido por la unidad de personal de su centro de trabajo, indicando la situación administrativa en la que se encuentra y el período de licencia por maternidad que le corresponde.
- Si la madre ejerce una actividad profesional que no dé lugar al alta en el sistema de la Seguridad Social y pertenece a una mutualidad o colegio profesional, se presentará un certificado en el que conste que, con motivo del parto, no ha percibido una prestación o indemnización, cualquiera que sea su duración, cuantía, configuración o régimen.

2.2 por gestación por sustitución:

- Inscripción de la filiación del nacido en el Registro Civil español a favor del progenitor o progenitores comitentes⁽¹⁾.
o
- inscripción de la filiación del hijo en el Registro civil español, a favor del comitente⁽¹⁾ y de la madre biológica, en cuyo caso deberán aportar además la documentación que seguidamente se indica, así como la traducción oficial de los documentos:
 - Documento público debidamente legalizado en el que conste la renuncia expresa de la madre biológica al ejercicio de la patria potestad sobre el menor, así como que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo.
 - En el caso de que este último extremo no constara expresamente en el documento público, el interesado deberá acreditar que dicha renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen del hijo. Dicha acreditación debe llevarse a cabo mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. En caso de aseveración o informe de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, además de la correspondiente legalización debe presentarse traducción oficial de dicho documento.

2.3 por adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o tutela:

- La resolución judicial por la que se constituye la adopción o tutela, o bien la resolución administrativa o judicial por la que se concede la guarda con fines de adopción o el acogimiento familiar, tanto permanente como temporal, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año. En el caso del acogimiento temporal se estimará válida la comunicación del organismo de las comunidades autónomas que lo regulen.
- Cuando se trate de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años, si los menores tienen discapacidad, deberán presentar certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero) u órgano competente de la comunidad autónoma respectiva, acreditativa de que el menor adoptado, guardado con fines de adopción o acogido presenta un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, o certificación de la entidad pública competente en materia de protección de menores, acreditativa de que el adoptado, guardado con fines de adopción o acogido, por sus circunstancias personales o por provenir del extranjero, tiene especiales dificultades de inserción social o familiar.
- En su caso, el libro de familia o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo o hijos, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil.
- En el caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos. Para ello deben cumplimentar la hoja nº 5 de esta solicitud.

⁽¹⁾ El comitente es, en este caso, la persona que confía a otra la gestación de su hijo.



PRESTACIÓN DE **MATERNIDAD-PATERNIDAD**

Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

2.3.1 *adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento internacionales:*

- Cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, se aportará la documentación emitida por el órgano competente de la comunidad autónoma, en la que se justifique el inicio de los trámites para la adopción, guarda con fines de adopción o el acogimiento.
- Adopción constituida en un estado extranjero e inscrita en la oficina consular española: Justificante de la inscripción registral o el documento en que se acredite la constitución de la adopción y su registro.
- Adopción, y tutela con la finalidad de adopción, constituida en un estado extranjero no inscrita en España:
 - Resolución administrativa o judicial que acredite la constitución de la adopción o la tutela.
 - Visado a favor del menor expedido por la oficina consular española.
 - Certificado, resolución o declaración de idoneidad del adoptante, expedido por la autoridad competente española.
 - Documento en el que por el solicitante se acredite haber iniciado los trámites conducentes a la constitución en España de la adopción o, en su caso, a la inscripción de la adopción en el Registro Civil.

3. EN CASO DE PATERNIDAD

3.1 *por nacimiento:*

- El libro de familia o, en su defecto, la certificación de la inscripción del hijo o hijos, cuando estos datos no consten automatizados en el Registro Civil.

3.2 *por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento:*

- La resolución judicial por la que se constituye la adopción o tutela, o bien la resolución administrativa o judicial por la que se concede la guarda con fines de adopción o el acogimiento familiar, tanto permanente como temporal, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año. En el caso del acogimiento temporal se estimará válida la comunicación del organismo de las comunidades autónomas que lo regulen.

4. OTRA DOCUMENTACIÓN

4.1 En caso de discapacidad/dependencia de los solicitantes y los hijos: Certificado de discapacidad, con reconocimiento del grado igual o superior al 33% (excepto para la ampliación de la maternidad no contributiva que será en un grado igual o superior al 65%) emitido por el Inmerso u órgano competente de la comunidad autónoma.

En los supuestos de discapacidad de los hijos, menores guardados con fines de adopción o acogidos, menores de tres años, deberá presentarse certificación del Inmerso u órgano de la comunidad autónoma respectiva, acreditativa de que la discapacidad es igual o superior al 33 por 100, o de que la valoración del grado y nivel de dependencia es, al menos, del grado I moderado, conforme a la escala de valoración específica para menores de tres años. Cuando el grado de discapacidad no haya sido determinado, tratándose de recién nacidos, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

4.2 En caso de familias numerosas: Título de familia numerosa o justificante de haberlo solicitado.

4.3 La familia monoparental quedará acreditada si consta en el libro de familia un solo progenitor. Si constan dos progenitores, se aportará el certificado de defunción o la resolución judicial en la que se declare el abandono de la familia del otro progenitor.

4.4 En caso de internamiento hospitalario del recién nacido a continuación del parto, que dé lugar a la ampliación del período de descanso, documento expedido por el centro hospitalario acreditativo de dicha hospitalización, en el que se especifiquen las circunstancias que, afectando al recién nacido, determinan dicho internamiento, así como las fechas de su inicio y de su finalización.

4.5 En caso de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial:

- Para trabajadores por cuenta ajena, documento que acredite el acuerdo empresario-trabajador sobre disfrute del descanso por maternidad/paternidad en régimen de jornada parcial.
- Para trabajadores por cuenta propia, documento acreditativo del interesado en el que se recojan los términos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad.

4.6 Los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo: Documento por el que se acredite esta condición para los nacimientos, adopciones, guardas con fines de adopción o acogimientos producidos en el período entre campañas sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

4.7 Si está percibiendo la prestación de incapacidad temporal, en pago directo de una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, aportará un certificado de esta entidad, con indicación del cálculo de la base reguladora y la fecha de finalización del subsidio.

4.8 Si está percibiendo prestación de desempleo: Certificado del Servicio Público de Empleo Estatal con la fecha de suspensión de la prestación.

4.9 Los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (a excepción de los incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los trabajadores económicamente dependientes) presentarán una declaración de situación de actividad si se lo solicita la entidad gestora.

(*) Si los documentos han sido emitidos por organismos extranjeros, será necesario que cumplan los requisitos de legalización para ser válidos en España

PRESTACIÓN DE **MATERNIDAD-PATERNIDAD**

Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL LE INFORMA:

De acuerdo con el artículo único del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo (BOE del 8 de abril), el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento iniciado es de 30 días contados desde la fecha en la que su solicitud ha sido registrada en esta Dirección Provincial o, en su caso, desde que haya aportado los documentos requeridos.

Transcurrido dicho plazo sin haber recibido notificación con la resolución de esta solicitud, podrá entender que su petición ha sido desestimada por aplicación de silencio negativo y solicitar que se dicte resolución, teniendo esa solicitud valor de reclamación previa de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE del día 11).

Si esta solicitud no va acompañada de los documentos necesarios para su tramitación, deberá presentarlos en cualquier dependencia de esta Dirección Provincial, personalmente o por correo, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a aquel en el que se le haya notificado su requerimiento.

El incumplimiento del plazo señalado tendrá los siguientes efectos:

- Documentos de identificación de los solicitantes y, en su caso, del representante legal, así como acreditación de la representación legal: se entenderá que desiste de su petición, de acuerdo con lo previsto en los arts. 66 y 68 de la Ley 39/2015, de 01 de octubre (BOE del 02-10-2015). Si, por el contrario, los presenta en el tiempo requerido, el plazo máximo para resolver y notificar su prestación se iniciará a partir de la fecha de recepción de esos documentos.
- Resto de documentos: su expediente se tramitará sin tener en cuenta las circunstancias a las que se refieren por no haber sido probadas, de acuerdo con el art. 77 de la citada Ley 39/2015 o, en su caso, se considerará que no ha acreditado suficientemente los requisitos necesarios para causar o calcular la prestación solicitada, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE del 21-3-2009).

Si, por el contrario, los presenta en el tiempo requerido, el plazo máximo para resolver y notificar su prestación se iniciará a partir de la fecha de recepción de esos documentos.

RECUERDE:

Si se produce alguna variación en los datos de esta solicitud, tanto en lo referente a su situación laboral (cese en el trabajo, inicio de actividad laboral a tiempo parcial, etc.) como de su domicilio, mientras esté vigente la prestación, debe usted comunicarlo a la Dirección Provincial o al Centro de Atención e Información (CAISS) de este Instituto más cercano a su domicilio.

Si va a enviar por correo postal esta solicitud, puede aportar la documentación solicitada mediante fotocopia de la misma debidamente compulsada por funcionario público autorizado para ello.

20161229

8-013 (MF-I) cns

www.seg-social.es

<https://sede.seg-social.gob.es/>

PRESTACIÓN DE **MATERNIDAD-PATERNIDAD**

Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL LE INFORMA:

De acuerdo con el artículo único del Real Decreto 286/2003, de 7 de marzo (BOE del 8 de abril), el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento iniciado es de 30 días contados desde la fecha en la que su solicitud ha sido registrada en esta Dirección Provincial o, en su caso, desde que haya aportado los documentos requeridos.

Transcurrido dicho plazo sin haber recibido notificación con la resolución de esta solicitud, podrá entender que su petición ha sido desestimada por aplicación de silencio negativo y solicitar que se dicte resolución, teniendo esa solicitud valor de reclamación previa de acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE del día 11).

Si esta solicitud no va acompañada de los documentos necesarios para su tramitación, deberá presentarlos en cualquier dependencia de esta Dirección Provincial, personalmente o por correo, en el plazo de diez días contados desde el siguiente a aquel en el que se le haya notificado su requerimiento.

El incumplimiento del plazo señalado tendrá los siguientes efectos:

- Documentos de identificación de los solicitantes y, en su caso, del representante legal, así como acreditación de la representación legal: se entenderá que desiste de su petición, de acuerdo con lo previsto en los arts. 66 y 68 de la Ley 39/2015, de 01 de octubre (BOE del 02-10-2015). Si, por el contrario, los presenta en el tiempo requerido, el plazo máximo para resolver y notificar su prestación se iniciará a partir de la fecha de recepción de esos documentos.
- Resto de documentos: su expediente se tramitará sin tener en cuenta las circunstancias a las que se refieren por no haber sido probadas, de acuerdo con el art. 77 de la citada Ley 39/2015 o, en su caso, se considerará que no ha acreditado suficientemente los requisitos necesarios para causar o calcular la prestación solicitada, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE del 21-3-2009).

Si, por el contrario, los presenta en el tiempo requerido, el plazo máximo para resolver y notificar su prestación se iniciará a partir de la fecha de recepción de esos documentos.

RECUERDE:

Si se produce alguna variación en los datos de esta solicitud, tanto en lo referente a su situación laboral (cese en el trabajo, inicio de actividad laboral a tiempo parcial, etc.) como de su domicilio, mientras esté vigente la prestación, debe usted comunicarlo a la Dirección Provincial o al Centro de Atención e Información (CAISS) de este Instituto más cercano a su domicilio.

Si va a enviar por correo postal esta solicitud, puede aportar la documentación solicitada mediante fotocopia de la misma debidamente compulsada por funcionario público autorizado para ello.

20161229

8-013 (MP-1) cas

www.seg-social.es

<https://sede.seg-social.gob.es/>

4.7 Si está percibiendo la prestación de incapacidad temporal, en pago directo de una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, aportará un certificado de esta entidad, con indicación del cálculo de la base reguladora y la fecha de finalización del subsidio.

4.8 Si está percibiendo prestación de desempleo: Certificado del Servicio Público de Empleo Estatal con la fecha de suspen-

4.9 Los trabajadores del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (a excepción de los incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los trabajadores económicamente dependientes) presentarán una declaración de situación de actividad si se lo solicita la entidad gestora.

(*) Si los documentos han sido emitidos por organismos extranjeros, será necesario que cumplan los requisitos de legalización para ser válidos en España

progenitores, en caso de nacimiento por gestación por sustitución, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

5. Certificado de empresa.



MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

Borrar

SECRETARÍA DE ESTADO
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Registro INSS

CERTIFICADO DE EMPRESA PARA LA SOLICITUD DE MATERNIDAD-PATERNIDAD Por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento

Debe imprimir un único ejemplar y presentarlo en un Centro de Atención e Información de la Seguridad Social.

Para facilitar su presentación solicite cita previa en el teléfono 901 10 65 70 o en www.seg-social.es

D/Dª con DNI - NIE - pasaporte
que desempeña en la empresa el cargo de

CERTIFICA, que son ciertos los datos relativos a la empresa, así como los personales, profesionales y de cotización, que a continuación se consignan:

1. DATOS DE LA EMPRESA

Nombre o razón social				Código de cuenta de cotización (1)			
Domicilio habitual: (calle, plaza ...)		Número	Bloque	Escalera	Piso	Puerta	Código postal
Localidad		Provincia			Teléfono		

2. DATOS DEL/DE LA TRABAJADOR/A

Apellidos y nombre		DNI - NIE - Pasaporte		Número de la Seguridad Social	
Fecha de alta en la empresa		Grupo de cotización		¿Cotiza por desempleo? SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	
Fecha de inicio del descanso (2)		Fecha de finalización del descanso (3)		Fecha de baja en la empresa (en su caso)	
Si es empleado público,(4)		<input type="checkbox"/> Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP): Funcionarios de carrera, interinos y eventuales. <input type="checkbox"/> Estatuto de los Trabajadores (ET): Personal laboral.			
indique la norma aplicable:		Si le es de aplicación el EBEP y la legislación aplicable prevé el momento de disfrute del permiso por paternidad en otros términos, indique la norma			
Si ha causado baja en la empresa: ¿tiene días de vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas?					
SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>		En caso afirmativo indique: Número de días desde hasta			
¿Tiene reducción de jornada por guarda legal? (5) SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>					
En caso afirmativo, indique desde qué fecha e informe en el apartado siguiente las bases de cotización, por contingencias comunes y profesionales, que le hubieran correspondido en el mes anterior al inicio del descanso sin aplicación de reducción de jornada.					
Año	Mes	Núm de días	Base de contingencias comunes	Base de contingencias profesionales (6)	Horas extraordinarias
Observaciones					

20170426

C-056 cas

....., a de de 20.....

(1) Trabajadores del Sistema Especial Agrario del Régimen General: se cumplimentará el "certificado de empresa, con bases" que encontrará en nuestra Web (modelo C-057).
Trabajadores del Sistema Especial de Empleados de Hogar: se cumplimentará el certificado creado al efecto para este colectivo, que encontrará en nuestra Web (modelo C-076).

(2) Para la prestación de maternidad, en el supuesto de que el mismo día del parto la trabajadora haya realizado actividad laboral, el inicio del descanso por maternidad y consiguiente subsidio tiene lugar el día siguiente al del parto. Para la prestación de paternidad por nacimiento, la fecha de inicio del descanso siempre será posterior a los días de permiso retribuido a los que tenga derecho el/la trabajador/a, excepto para los empleados públicos, a los que le sea de aplicación el EBEP, que será a partir de la fecha del parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, o en otro momento si así lo prevé la legislación aplicable en su caso.

(3) Cumplimente este dato si está prevista la reincorporación al trabajo del asegurado/a con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del descanso establecida en el Estatuto de los Trabajadores o en el Estatuto Básico del Empleado Público. En caso de modificación posterior del periodo de descanso certificado inicialmente (ingreso hospitalario, descanso a tiempo parcial, etc...), deberán cumplimentar un nuevo certificado indicando el periodo de descanso definitivo.

(4) Este dato es obligatorio en todos los supuestos, de acuerdo con la normativa laboral aplicable en cada caso (ET o EBEP).

(5) Siempre que se encuentre dentro de los dos primeros años del periodo de reducción de jornada, según se recoge en el artº 237.3, párrafo 1º, de la Ley General de la Seguridad Social.

(6) Sin horas extraordinarias.

www.seg-social.es

Firma y sello,

<https://sede.seg-social.gov.es/>