



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, ADOPCIÓN Y
CONSECUENCIAS DE LA MISMA.

AUTOR: DIEGO GONZÁLEZ GARCÍA

TUTOR: RAFAEL COLINA GAREA

TITULACIÓN: GRADO EN DERECHO

AÑO ACADÉMICO: 2016/2017

ÍNDICE

BLOQUE PRIMERO:

I. Antecedentes de Hecho.....	5
II. Concepto de maltrato infantil.....	5
III. Pautas de intervención ante el maltrato infantil y seguimiento a realizarse.....	7
IV. Dictamen de los distintos procesos abiertos contra la familia biológica del menor	
• 1. Proceso civil.....	10
• 2. Proceso penal.....	13

BLOQUE SEGUNDO:

I. Antecedentes de Hecho.....	18
II. Interés superior del menor.....	18
III. La guarda con finalidad de adopción en relación con los intereses de Lucas y de Lola.....	20
IV. A pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción, ¿se podría dar en adopción a Lucas con otra familia? De ser así, ¿podría la familia biológica de Lucas, recuperar la patria potestad del menor?.....	23
V. La adopción. Ideas generales para el caso que nos ocupa.....	25
• 1. La constitución de la adopción. Trámites a seguir.....	26
• 2. Tipo de adopción que, tras la resolución del Juez, debe ser escogida.....	29

BLOQUE TERCERO:

I. Antecedentes de Hecho.....	32
II. La suspensión del contrato de trabajo de Roberto ante la adopción.....	32

CONCLUSIONES FINALES:

Conclusiones finales del bloque primero.....	36
Conclusiones finales del bloque segundo.....	37
Conclusiones finales bloque tercero.....	38

BIBLIOGRAFÍA.....	39
--------------------------	-----------

FUENTES NORMATIVAS.....	41
--------------------------------	-----------

FUENTES JURISPRUDENCIALES.....	43
---------------------------------------	-----------

ABREVIATURAS

• Art.	Artículo
• Arts.	Artículos
• BOE	Boletín Oficial del Estado
• CC	Código Civil
• CC. AA.	Comunidades Autónomas
• CDN	Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas
• CE	Constitución Española de 1978
• Cf/cfr	confer (confróntese, compárese)
• CP	Código Penal
• Fto jco	Fundamento Jurídico
• LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
• LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
• LET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
• LGDIA	Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid
• LGSS	Ley General de la Seguridad Social
• LJV	Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria
• LOPJM	Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor
• LORRPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
• MF	Ministerio Fiscal
• OMS	Organización Mundial de la Salud
• SAP	Sentencia Audiencia Provincial
• SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
• STC	Sentencia Tribunal Constitucional
• STS	Sentencia del Tribunal Supremo
• TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
• TS	Tribunal Supremo

BLOQUE PRIMERO

I. ANTECEDENTES DE HECHO

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 es el padre biológico de Lucas. Mario y sus padres sufrieron un accidente de tráfico, en el que todos ellos fallecieron, cuando Lucas tenía la edad de 3 meses.

Tras lo anterior, Lola entró en una profunda depresión y comenzó a maltratar y descuidar a Lucas, no sólo teniendo una actitud violenta hacia él, sino también omitiendo las más esenciales atenciones que precisaba.

María García Ares y Daniel García Rodríguez, padres de Lola, de nacionalidad española, eran conscientes de los maltratos a los que el menor se encontraba expuesto, pese a lo cual no realizaron acción alguna para impedirlos e incluso, en diversas ocasiones, participaron de los mencionados maltratos.

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 con la finalidad de investigar si su comportamiento respecto a su nieto podría ser constitutivo de delito, y si, por este mismo motivo, 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, y como medida cautelar, se decidió, a instancias del Ministerio Fiscal proceder a la suspensión de la patria potestad sobre Lucas.

II. CONCEPTO DE MALTRATO INFANTIL

Para poder dar una definición amplia de maltrato infantil nos apoyaremos en el concepto que utiliza la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) que define maltrato infantil como: “los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil”¹. Junto con esta definición es necesario tener en cuenta, como no podía ser de otra manera, nuestra Constitución Española de 1978. Así pues, no existe -como un título/capítulo unitario- una regulación específica sobre el régimen jurídico de los menores de edad en la CE. Es necesario, por tanto, realizar un recorrido por el texto constitucional para encontrar normas que regulen, en mayor o menor medida, la materia.

Cabe mencionar, en este punto, que la mención expresa realizada en la CE, en su Sección Primera del Capítulo II del Título Primero, para reconocer los derechos de manera general a “todos”². Pues bien,

¹ Definición de maltrato infantil según la OMS: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/> .

² Referente al art.15 CE: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]”.

se puede afirmar, como es sabido, que este “todos” incluye a los menores de edad, incluidos como personas³.

Entrando en materia, podemos encontrar referencias a la infancia en el artículo 20.4, que prevé como límite a la libertad de expresión: “la protección de la juventud y de la infancia”, el artículo 27.1 referente al derecho a la educación, y el art. 39 CE -en especial en su apartado cuarto- que establece que: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Por todo ello, se observa que la CE hace, de los menores de edad, garantes de un mayor refuerzo constitucional como personas. De la misma forma, lo hacen los distintos mecanismos internacionales de protección de menores y, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta misma Convención señala en relación a la “protección contra toda forma de violencia” que: “los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras que el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquiera otra persona que le tenga a su cargo”. (Art. 19)⁴. Ya antes de esta definición, en la Declaración de Ginebra de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, se establecía, en su Principio II que: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”⁵.

Siguiendo con la normativa internacional⁶, la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobada en París en 1948, establece en su art. 25 que: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales; 2. La maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”⁷. Acudiendo al informe del Centro Reina Sofía sobre Maltrato Infantil en la Familia en España⁸, se nos otorga una definición de maltrato infantil en la familia, que “es toda forma de maltrato infantil cuyo autor es un familiar del menor maltratado (principalmente padres —biológicos o no—, hermanos, abuelos, tíos, etc.)”⁹.

³ Ideas extraídas de RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007. pp. 85-86.

⁴ <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> p. 16.

⁵ <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanosemx/article/view/4301/3742>.

⁶ OCÓN DOMINGO, J. “Normativa internacional de protección de la infancia. Cuadernos de Trabajo Social” Vol. 19(2006), pp. 113-131.

⁷ Texto visualizado en la página de Naciones Unidas <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

⁸ SAN MARTÍN ESPLUGUES, J. Et al. *Maltrato infantil en la familia en España*. Informe del Centro Reina Sofía. Ed. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid 2011, p. 11.

⁹ Junto a esta definición es necesario tener muy en cuenta un dato que se nos aporta, el cual establece que en los últimos tiempos se ha generalizado el empleo de las palabras “violencia doméstica” para aludir a la violencia que sufren las mujeres sobre todo a manos de su pareja o ex pareja. Es un uso equívoco. La palabra “doméstico” proviene del latín “domes”, que significa casa u hogar. La violencia doméstica es, pues, aquella que ocurre entre quienes habitan en una misma casa o forman parte de un hogar. De ahí que haya autores que consideran sinónimas las expresiones “violencia doméstica” y “violencia familiar”.

Es necesario advertir, como ya es sabido, que la violencia contra menores no sólo es una violencia física, sino que también se trata de una violencia omisiva. Esto es, el descuido o el abandono son una forma de violencia y, por tanto, una forma de malos tratos infantiles si son causadas a menores. Así pues, “se identifican cinco tipos de maltrato divididos en dos grupos, por acción (maltrato físico, maltrato emocional y abuso sexual) y por omisión (negligencia y abandono emocional)”¹⁰. Con respecto a lo anterior, es necesario tener en cuenta las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, en especial la número 13 (derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia)¹¹.

Volviendo a nuestra normativa nacional, para poder entender con mayor claridad lo que significa el desamparo infantil como forma -en mi opinión- de maltrato, acudiremos al Código Civil de 24 de julio de 1889, al art. 172.1 que establece desamparo infantil como: “situación que se produce de hecho 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, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”. Con relación a lo anterior, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LOPJM)¹², distingue entre situación de riesgo, la cual “se considerará aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar” (art.17.1 LOPJM). Y la situación de desamparo -cuya definición es la citada en el art.172.1 CC -como distintos tipos de clasificación ante el maltrato infantil en el ámbito familiar, los cuales se podrían clasificar en maltrato leve y maltrato grave-.

III. PAUTAS DE INTERVENCIÓN ANTE EL MALTRATO INFANTIL Y SEGUIMIENTO A REALIZARSE.

Una vez conocida la definición de maltrato infantil, un buen protocolo de actuación ante el mismo es un instrumento fundamental para poder atajar el problema de una forma lo más ágil y eficiente posible, atendiendo siempre al interés superior del menor (concepto que será explicado con posterioridad en el Bloque Segundo). “Para ello, es necesaria la coordinación entre los distintos ámbitos de posible prevención: sanitario, educación, social, policial y judicial”¹³.

Como se ha visto en el apartado anterior, la LOPJM distingue entre situaciones de riesgo y de desamparo. Ante ello, existe un procedimiento ordinario -para las situaciones de riesgo- y un

¹⁰ Las diferentes definiciones de maltrato aparecen en la obra de GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A. *Protocolo de actuación de Enfermería ante el Maltrato Infantil* (2015) p. 8. Trabajo fin de grado (UDC.FEP). Universidade da Coruña. Facultade de Enfermaría e Podoloxía; <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/15622>.

¹¹ <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>, pp.117 – 131.

¹² Ha sufrido modificaciones con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

¹³ *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar (actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género)*. Observatorio de la Infancia. Ed. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid 2014, p. 21.

procedimiento de urgencia -para las situaciones de desamparo-. En el Protocolo básico de intervención ante el maltrato infantil en el ámbito familiar se establece que, en la vía ordinaria, “la notificación está orientada hacia los servicios sociales de atención primaria, donde se valora cada caso y se toman las medidas de apoyo al menor y a la unidad familiar oportunas”. Por su parte, en la vía de urgencia, “se requiere atención especializada que debe ser prestada por el Servicio de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma, se valora el desamparo y se toman las medidas de protección previstas por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

Es necesario informar que, estos dos procedimientos están presentes en todas las Comunidades Autónomas, por lo que la aplicación de este protocolo de actuación es uniforme en todo el Estado, con independencia de que las Comunidades Autónomas puedan tener normas sobre la materia. En el caso que nos ocupa, en la Comunidad de Madrid, junto con la LOPJM, se aplican la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid (en adelante LGDIA). Y, la Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

Según lo establecido en el art.13 de la LOPJM “toda persona o autoridad y especialmente aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comunicarán a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise”. Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 262 establece que: “los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante”. Además de lo anterior, en la LGDIA, en su capítulo III, art.45, referente a la atención sanitaria establece que: “los titulares de los Servicios de Salud y el personal sanitario de los mismos, están especialmente obligados a poner en conocimiento de la Comisión de Tutela del Menor y de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, aquellos hechos que puedan suponer la existencia de desprotección o riesgo infantil, así como colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del mismo”. En este caso concreto, podemos observar que, como se indica en los antecedentes de hecho, el Doctor Castro cumplió con su obligación de denunciar¹⁴, lo cual provocó que se iniciase el protocolo de actuación ante casos de maltrato infantil. Por tanto, centrándonos ahora en el ámbito sanitario -ya que como se ha dicho anteriormente existen otros ámbitos en la materia- una vez detectado el maltrato infantil, el siguiente paso será la notificación¹⁵ de dicho maltrato a las autoridades competentes, en este caso los servicios sociales. Para ello, será necesario cubrir la “hoja de notificación de riesgo y maltrato infantil”¹⁶ (véase ANEXO I), conjuntamente con el trabajador social o de salud y enviarla a los servicios sociales correspondientes -comunicarán siempre el caso a la Comisión de Tutela del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia como entidad responsable en materia de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid (Consejería de Servicios Sociales)-¹⁷. Sin perjuicio de lo anterior, el

¹⁴ Con carácter general el art. 259 de la LECrim establece la obligación de denunciar al que presenciare la perpetración de cualquier delito público.

¹⁵ Vid. Art. 30 del Código de Deontología Médica. Guía de Ética médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Versión 2011, p. 27. Según el citado precepto, el secreto profesional constituye la regla general, solamente salvable en aquellos supuestos en que así se indica en dicho artículo.

¹⁶ Véase HUERTAS, J. A. D., FLORES, J. C., GARCÍA, E. G., DÍAZ, M. Á. R., & GÓMEZ, J. E. *Atención al maltrato infantil desde servicios sociales* Ed: Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Servicios Sociales, p. 18.

¹⁷ HUERTAS, J. A. D., FLORES, J. C., GARCÍA, E. G., DÍAZ, M. Á. R., & GÓMEZ, J. E. *Atención al maltrato infantil desde servicios sociales*, cit. p. 63.

facultativo remitirá el preceptivo parte de lesiones o informe médico al Juzgado de Guardia o a la Fiscalía¹⁸.

Cabe mencionar que, en base al art. 26.1.24 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, la Comunidad de Madrid tiene competencia exclusiva en materia de “protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud”. Junto con lo anterior, es necesario tener en cuenta la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, la cual tiene por finalidad “la promoción del bienestar de las personas, la prevención de situaciones de riesgo y la compensación de déficits de apoyo social, centrandó su interés en los factores de vulnerabilidad o dependencia que, por causas naturales o sobrevenidas, se puedan producir en cada etapa de la vida y traducirse en problemas personales”. Desde los servicios sociales, una vez estudiado el caso, se puede realizar una propuesta a la Comisión de Tutela del Menor para adoptar distintas medidas aplicables de protección como distintos tipos de acogimiento, guarda o adopción¹⁹.

Centrándonos ahora en el ámbito judicial, es necesaria la aplicación de las normas legales aplicables en el ámbito del maltrato infantil, teniendo prevalencia siempre el interés superior del menor. Así pues, “se dará preferencia a cualquier procedimiento relativo a maltrato infantil, de manera análoga a la prioridad reconocida a las causas con recluso”²⁰. En base a lo dispuesto en los arts. 13, 503 y siguientes, 544 bis, 544 ter de la LECrim y en el art. 158 CC, se aplicarán las medidas cautelares de protección de la víctima que sean pertinentes, siempre prevaleciendo el interés superior del menor (como ya se dijo, dicho término será explicado más adelante). No entraremos en detalle sobre la declaración de los menores en juicio oral -o incluso en la fase de instrucción como prueba preconstituida, en los casos que sea admisible, conforme a la amplia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo- y la especial protección que se les ofrece, dado que en el caso que nos ocupa, el menor, víctima de maltrato infantil, tiene una muy corta edad y no podría declarar en juicio.

Las Administraciones Públicas, a partir de la LOPJM, pueden agilizar la función protectora del menor sin la necesaria actuación previa de Juez o Fiscal. La Administración puede, por tanto, actuar propia *auctoritas*, no siendo necesaria la actuación del Juez o Fiscal para el ingreso provisional en un centro de acogida de menores o para que la guarda del menor recaiga sobre la Administración. Si bien, será el Fiscal el que posteriormente a las actuaciones de la Administración, decida sobre si el menor se encuentra en una situación de riesgo o desamparo²¹. Una vez determinada la medida protectora para el menor que sea más adecuada (medidas explicarán con posterioridad), corresponderá al Ministerio Fiscal, a la entidad pública correspondiente y al Juez la vigilancia y seguimiento de las medidas adoptadas, así como la modificación o cese de las mismas, como bien se dispone en el art. 174 CC que establece: “incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores”, así como “el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias”. A su vez, en este mismo artículo se nos dice que: “la vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la Entidad Pública de su responsabilidad para con el menor”.

¹⁸ Vid. *protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil...*, cit. p. 33.

¹⁹ HUERTAS, J. A. D. FLORES, J. C., GARCÍA, E. G., DÍAZ, M. Á. R., & GÓMEZ, J. E., *Atención al maltrato infantil desde servicios sociales*, cit. p. 64.

²⁰ Véase *protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil...*, cit. p. 41.

²¹ Como se deduce de RUBIO VICENTE, C. y SORIANO IBÁÑEZ, B. “Labor de supervisión por el Ministerio Fiscal de la actividad protectora de la Administración”, en AA.VV. *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*. Consuelo Madrigal (coord.). Ed. Fundación Aranzadi Lex Nova. Valladolid 2014, p. 29.

Podemos destacar, por tanto, la función protectora del MF dado que: “una de las funciones del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la supervisión encomendada es el impulso de la actividad protectora de las entidades públicas poniendo en su conocimiento cualquier situación de posible desprotección o actuando frente a la inactividad administrativa”²². Dicho lo anterior, cabe recordar lo señalado en el art.13 LOPJM, no siendo esta puesta en conocimiento una función exclusiva del MF.

Por todo lo visto, se pueden observar los mecanismos existentes ante casos de maltrato infantil y la necesaria intervención de la Administración en sus distintos ámbitos, junto con el poder judicial.

IV. DICTAMEN DE LOS DISTINTOS PROCESOS ABIERTOS CONTRA LA FAMILIA BIOLÓGICA DEL MENOR.

1. Proceso Civil.

Una vez vista la definición de maltrato infantil y la regulación existente, es necesario dictaminar, en base a los antecedentes de hecho, las consecuencias civiles y penales de los actos lesivos realizados por la familia al menor.

En primer lugar, se tendrán en cuenta los actos llevados a cabo por Lola, la madre del menor. Dada la edad que tenía la también menor, ha de acudir a lo establecido en el art.19 del Código Penal que establece: “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”. Por tanto, en base a lo anterior, es necesario acudir a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En dicha ley, en su artículo primero se nos indica que: “esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”. Se deduce entonces que, los menores de catorce años no se rigen por la mencionada ley, pudiendo definir a los menores de dicha edad como inimputables, como por otra parte se deduce de lo dispuesto en el art. 3 de la LORRPM, en el que se establece que: “cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”.

Teniendo en consideración lo anterior, y sabiendo que, por su edad Lola es inimputable, esto es, no responsable penalmente, no siendo los hechos cometidos por ella constitutivos de delito, para poder determinar una posible pérdida de la patria potestad, es necesario dejar a un lado las leyes penales, dado que no son de aplicación en este concreto caso, y acudir a la vía civil. En nuestro CC y en concreto su art. 170, se establece que: “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”.

²² Vid. RUBIO VICENTE, C. y SORIANO IBÁÑEZ, B. “Labor de supervisión por el Ministerio Fiscal...”, cit, p. 32.

Es necesario determinar, dada la escueta definición de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que nos proporciona el CC, no estableciendo más requisitos. Podemos determinar como causas de privación las siguientes²³: “abuso o maltrato. Se trata de un comportamiento activo de los padres que causa daño a los menores; abandono. Se trata de un comportamiento pasivo de los padres que incluye los supuestos de incumplimiento de los deberes de cuidado: alimentación, vestido, educación, vigilancia, atención médica, higiene, etc.; fracaso involuntario. En estos casos no hay componente de voluntariedad en la conducta, activa o pasiva, de los padres. Podemos citar: toxicomanías, psicopatologías o libre desarrollo de la personalidad de los progenitores, esto es, una conducta que se aparta de los estándares sociales habituales”.

Visto lo anterior, se puede concluir con meridiana claridad que Lola se encuentra incurso en dos de las anteriores causas de privación como son el maltrato y el incumplimiento de los deberes de cuidado hacia su hijo Lucas. Es por ello que, mediante sentencia judicial, como establece el art.170 CC, debe acordarse la privación total de la patria potestad atendiendo al interés superior de ambos menores, esto es, tanto Lola como Lucas. Pues, a pesar de que Lola no es la víctima, es menor de edad y sus intereses también han de ser considerados. Para ello, se tendrá en cuenta lo establecido, entre otras, en la SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2009²⁴ la cual dispone lo siguiente, en su fundamento de derecho segundo: “el art. 170 del CC establece que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Siendo la patria potestad una función inexcusable, su privación ha de ser objeto de interpretación restrictiva, siendo necesario para adoptar una medida tan drástica y trascendente que concurren circunstancias excepcionales o extremas que así lo aconsejen. En cualquier caso, el principio normativo rector a tener en cuenta en cualquier decisión judicial que afecta a los menores, es el beneficio e interés de los mismos, conforme exige la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente reconocidos, debiendo acordarse la privación de la patria potestad siempre con criterios relativos de concreta oportunidad y nunca objetivos, abstractos o genéricos, sólo cuando se revele causa para ello y así convenga a los hijos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996²⁵ declara que la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 del CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual, supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada en cada caso concreto, sin atender a generalizaciones.

Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1996²⁶ declara que el art. 170 del CC, en cuanto contenedor de una norma sancionadora, debe ser objeto de interpretación restrictiva y excepcional, la aplicabilidad del mismo exige que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

²³ Según lo visto en HUÉLAMO BUENDÍA, A, MADRIGAL MARTÍNEZ-PENEDA, C y FERREIRÓS MARCOS, C. “Judicialización de los expedientes de protección”, en AA.VV. *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*. Consuelo Madrigal (coord.). Ed. Fundación Aranzadi Lex Nova. Valladolid 2014, p. 147.

²⁴ Vid. SAP de Madrid, de 15 de septiembre de 2009 [Roj: SAP M 13416/2009], cuyo recurso de apelación es el 1124/2008.

²⁵ Vid. STS 898/ 1996, de 18 de octubre de 1996 [Roj: STS 5661/1996], cuyo número de recurso es el 1563/1990.

²⁶ Vid. STS 555/1996, de 6 de julio de 1996 [Roj: STS 4147/1996], cuyo número de recurso es el 3335/1992.

La jurisprudencia viene exigiendo para la privación de la patria potestad la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Debe tratarse en todo caso de incumplimientos, graves y reiterados, ya de índole personal como patrimonial, y que aparezca plenamente acreditado el incumplimiento de dichos deberes por el progenitor al que se le pretende privar de la patria potestad y sean consecuencia de una actuación y conducta a él imputable de modo exclusivo (STS 1127/2003)²⁷, en definitiva que se haya producido un incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la misma (STS 763/2004)²⁸. b) Tales incumplimientos pueden consistir en la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que la institución comporta (STS de 11 de octubre de 1991). Debe basarse en circunstancias extremas, en las que la continuidad de la relación paterno-filial, vengana a poner en peligro la educación, formación o desarrollo integral, en todos los aspectos, del menor, no bastando, ni tan siquiera, a tal efecto, la concurrencia de una causa objetiva que, en principio, habilite dicha privación, por cuanto que dicha medida, de privación de tal función, sólo se justifica en aras de la protección del preferente y prevalente interés del hijo. c) No se debe contemplar la bondad de la medida desde la posición de uno de los progenitores, cuyo sacrificio durante años, ante la ausencia o dejación de sus deberes por parte del otro, no encuentra reciprocidad en el comportamiento del incumplidor, sino desde la del menor (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 653/2004, de 12-7)²⁹. d) Esa privación, no constituye una consecuencia necesaria o inevitable del incumplimiento, sino sólo posible, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre en beneficio del menor (Sentencia de 31 de diciembre de 1996)³⁰. e) La variabilidad de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta para juzgar los actos de los padres exige conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación, la cual tiene difícil acceso a la casación; pero que, pese a ello, se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre el interés del menor, informante tanto de la privación de dicha patria potestad como de su mantenimiento. f) Ese carácter discrecional de la medida, que reduce el ámbito del control casacional de su aplicación por los Tribunales de instancia (Sentencias de 11 de octubre de 1991, 20 de enero de 1993 y 5 de marzo de 1998), no es, sin embargo, absoluto ya que la norma establece unos límites que la decisión ha de respetar. De un lado, la medida ha de adoptarse en beneficio de los hijos. Así lo establece el art. 39.2 de la Constitución Española, en cuanto impone a los poderes públicos una actuación que asegure la protección integral de aquellos. Lo propio hacen los artículos del CC. El artículo 154, en cuanto exige un ejercicio de la patria potestad en interés de los mismos, y 170.2, que condiciona la recuperación de la patria potestad al beneficio de ellos. De otro lado, la privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada (tampoco necesariamente) a la persistencia de la causa que la motivó, como establece el art. 170.2 del CC al regular la recuperación de aquella (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª nº 653/2004, de 12-7)".

Visto lo anterior, no cabe duda alguna sobre la idoneidad de la medida a tomar. Aun así, cabe tener en consideración lo siguiente: "el progenitor afectado por la medida perderá todas las facultades que comporta la titularidad de la potestad"³¹. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la privación, aunque total, de la patria potestad no determina la extinción de la misma, dado que la extinción sólo se encuentra prevista en los casos del art. 169 CC. Por lo anterior, en base al art. 110 CC el progenitor privado de la patria potestad tiene obligación de seguir velando por el hijo y de prestarle alimentos.

²⁷ Vid. STS 1127/2003, de 27 de noviembre de 2003 [Roj: STS 7536/2003], cuyo recurso es el 500/1998.

²⁸ Sobre incumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la patria potestad vid. STS 763/2004 de 2 de julio de 2004 [Roj: 4725/2004], cuyo recurso es el 2517/1998.

²⁹ STS 653/2004, de 12 de julio de 2004 [Roj: STS 4999/2004], cuyo recurso es el 4793/1999.

³⁰ STS 1165/1996, de 31 de diciembre de 1996 [Roj: STS 7658/1996], cuyo recurso es el 1743/1993.

³¹ ABAD ARENAS, E. *"Notas sobre la privación de la patria potestad en el derecho común"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 24 a 42.

Podemos concluir, que debe aplicarse, a parte de lo anterior, el ya visto art. 172 CC³² y, si fuera necesario aplicar también el art. 228 CC que establece que: “si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela. Todo ello, para poder proteger los intereses del menor y encomendar, como finalmente se hace en el supuesto de hecho, el cuidado de Lucas a la pareja de Jorge y Roberto con los efectos que pueden derivar que serán vistos en el siguiente Bloque.

Este proceso civil abierto contra Lola, para privarla de su patria potestad con respecto a su hijo, ha de ser llevado a cabo mediante dos posibles opciones. La primera opción sería mediante un juicio verbal en aplicación del art. 770 LEC ante el juzgado de primera instancia (familia), en este caso de Madrid. Ahora bien, dado que no existe una regulación expresa de la materia, existe una segunda opción, la cual nos llevaría a aplicar el art. 249.2 LEC que establece que se decidirán mediante juicio ordinario las demandas “cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”. Al no concurrir con otros procesos especiales de familia podría perfectamente acudir al procedimiento ordinario para la privación de la patria potestad (también ante el juzgado de primera instancia de familia de Madrid).

2. Proceso penal.

En segundo lugar, se tendrán en cuenta los actos lesivos llevados a cabo por María y Daniel, abuelos de la víctima. Así pues, cabe recordar que, como se establece en los antecedentes de hecho: “eran conscientes de los maltratos a los que el menor se encontraba expuesto, pese a lo cual no realizaron acción alguna para impedirlos e incluso, en diversas ocasiones, participaron de los mencionados maltratos”.

Debido a los anteriores hechos, ha de condenarse a María y Daniel por un delito de lesiones expresado en el art. 147.1 CP, el cual establece que: “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”. Dicho artículo es necesario relacionarlo con el art. 148.3 CP, el cual establece lo siguiente: “las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección”. Además de ello, es necesario aplicar como agravante la circunstancia mixta de parentesco recogida en el art. 23 CP, el cual dispone que: “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”. En cuanto al dolo, no ofrece ninguna duda su concurrencia, pues de las circunstancias antes descritas se infiere sin ningún género de duda el conocimiento y voluntad por los acusados de lo que hacían. Tampoco cabe ninguna duda acerca de la antijuridicidad del hecho y de su culpabilidad, pues tuvieron la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal de los hechos

³² Vid. SAP de León (Sección 2ª) Sentencia num. 133/2004, de 21 mayo [AC\2004\902], cuyo recurso es el 128/2004.

cometidos, capacidad para comprender dicha desaprobación y capacidad de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Es ahora necesario, remitirnos a dos sentencias³³ cuyo contenido es similar al caso que nos ocupa, pero con distinto resultado sobre aplicar el art. 173.2 CP que versa sobre la comisión de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar o, la aplicación del art. 153 CP que trata sobre un delito de violencia física en el ámbito familiar. Por su parte, la AP de Barcelona establece que: “un delito de maltrato físico habitual del artículo 173.2 del Código penal que sanciona " al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre...los descendientes...con la pena de seis meses a tres años de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. ", previendo el párrafo 2º la imposición de las penas en u mitad superior cuando "alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren...en el domicilio de la víctima". Es ilustrativa a estos efectos la STS de fecha 20 de abril de 2016, nº 328/2016, rec. 10008/2016³⁴, ponente: Andrés Martínez Arrieta, fto jco 3º que señala con cita de la STS 232/2015³⁵, de 20 de abril que "...el delito de maltrato habitual en el ámbito familiar previsto el artículo 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...La habitualidad que necesariamente debe darse en el ejercicio de la violencia dentro del ámbito de las relaciones familiares, es una exigencia típica que ha originado distintas corrientes interpretativas. La jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que, de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación.... ".

Por su parte, lo establecido en el criterio de la AP de las Palmas es lo que viene a ser de mayor aplicación en la doctrina, que no es otra cosa que “la habitualidad al haberse producido en tres ocasiones, al menos, el ejercicio de la violencia” a la que hace referencia el art. 153 CP. Cabe mencionar que la SAP de Barcelona ya avisa en la misma que se aleja del criterio doctrinal habitual que es el que sigue, en este caso, la AP de las Palmas.

Una vez vistos los distintos criterios para la aplicación de uno u otro artículo del CP, en mi humilde opinión, en este concreto caso que nos ocupa, creo que sería de aplicación el art. 173.2 CP dado los

³³ Véase la diferencia entre la distinta aplicación de los art.153 y 173.2 CP de la SAP de las Palmas (Sección 3ª) Sentencia num. 103/1998, de 30 septiembre [ARP\1998\3746] cuyo recurso de apelación es el 117/1998, y la SAP de Barcelona (Sección 22ª) Sentencia num. 627/2016 de 30 junio [ARP\2016\1073].

³⁴ Vid. STS 328/2016, de 20 de abril de 2016 [Roj: STS 1672/2016], cuyo recurso es el 10008/2016.

³⁵ STS 232/2015, de 20 de abril de 2015 [Roj: STS 1878/2015] cuyo recurso es el 1634/2014.

fundados motivos que se nos aporta en la SAP de Barcelona y la adaptación de dicho artículo supuesto de hecho ante el que nos encontramos. Ahora bien, para determinar la pena que ha de ser impuesta de los distintos delitos hemos de remitirnos a las conclusiones finales del bloque primero y basarnos en lo expuesto en este punto sobre el proceso penal.

Vistos los delitos de lesiones con la agravante de parentesco y maltrato habitual en el ámbito familiar es necesario determinar si es posible la concurrencia de un delito de abandono de menores penado en el art. 226 CP, que cual establece que: “el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses” y en el art. 229 CP que establece que: “se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave”. Pues bien, teniendo en cuenta que se trata de los abuelos de la víctima podría pensarse que no sería de aplicación el art. 226. Pese a ello, teniendo en cuenta que Lola, madre del menor tiene una edad de 13 años y no es responsable penalmente, en este caso son los abuelos (Daniel y María) los que tienen ese deber de protección para con sus descendientes y, por tanto, deben prestar los cuidados necesarios a los mismos, cosa que manifiestamente no ha ocurrido y por ello podría pensarse en la comisión de un delito de abandono de menores, en este caso el abandono de los cuidados esenciales de un descendiente como es su nieto. Aun teniendo en consideración lo anterior, existe jurisprudencia, como la ya mencionada SAP de Barcelona que considera que, aun acreditada la desatención, la no alimentación de forma adecuada y el maltrato físico habitualmente recibido con las consiguientes lesiones, no nos encontramos ante un delito de abandono de menores dado que todo ello “subsume” la desatención recibida. Llegando a calificar que: “la privación del suficiente alimento es una forma de maltrato físico” apartándose así de la calificación de abandono de menores.

Como se ha mencionado anteriormente, Daniel y María tienen el deber de protección para con sus descendientes y deben prestarles los cuidados necesarios vista la corta edad de los mismos. Por ello, podría existir un delito de lesiones en comisión por omisión, en concurso con el anteriormente mencionado delito de lesiones, ya que como se menciona en el supuesto de hecho “eran conscientes de los maltratos a los que el menor se encontraba expuesto, pese a lo cual no realizaron acción alguna para impedirlos”. Esto mismo es necesario relacionarlo con el posible abandono y desatención sufridos por parte de Lucas. Para ver las causas de una posible comisión por omisión nos remitiremos a la jurisprudencia del TS en este caso a la STS 363/2007 de 28 de marzo³⁶ que establece que: se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley; b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 CP. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación.; c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate; d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado; e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

³⁶ Vid. STS 363/2007, de 28 de marzo [ROJ: STS 3647/2007], cuyo recurso es el 807/2005, en relación con el art.11 CP.

Junto con lo anterior, ha de tenerse en consideración la posible aplicación de penas accesorias a los posibles delitos cometidos. Por tanto, podría aplicarse lo dispuesto en el art. 55 CP que establece que: “el Juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia”. Esta privación, obviamente, sería con respecto a Lola y su justificación a pesar de no ser ésta la víctima, se encuentra en la negligencia por parte de sus padres a la hora de evitar las lesiones que ésta le realizaba a Lucas viviendo en un clima de violencia habitual, siendo sus padres los principales culpables dado su deber de protección, pues tanto Lola como Lucas son menores de edad y su cuidado recae sobre Daniel y María. Por ello, deben ser privados de su patria potestad con respecto a su hija.

Con respecto al art. 56 CP se puede imponer como pena accesoria la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. A su vez, puede ser de aplicación el art. 57 CP con referencia a las prohibiciones del art. 48 CP, pudiendo ser, por tanto, privados de aproximarse o comunicarse con la víctima.

En fin, nos encontramos ante la posibilidad de la comisión de varios tipos de delitos como son: delito de lesiones agravado con la posible agravante de parentesco; delito de lesiones por comisión por omisión; delito de maltrato habitual en el ámbito familiar y delito de abandono de menores, todos ellos con la posible aplicación de sus penas accesorias. Visto lo que establece la jurisprudencia y con lo dispuesto en el propio CP, será en las conclusiones finales de este bloque donde se dirá cuáles de estos delitos y penas accesorias pueden, o no, ser de aplicación.

BLOQUE SEGUNDO

I. ANTECEDENTES DE HECHO

En el momento de la muerte de Mario, Lola, con la aprobación y a iniciativa de sus padres, decidió nombrar un tutor legal para Lucas contemplando la hipótesis de que ella y sus padres pudiesen fallecer. 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. 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. Roberto y Jorge se encuentran registrados formalmente como pareja de hecho desde hace 1 año.

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, Roberto y Jorge incoaron un procedimiento de adopción, ya que, previamente, los servicios sociales les informaron que, dada la situación y edad de Lucas, lo más conveniente para la adecuada protección de su interés era darlo en adopción.

II. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Es en este momento necesario, aportar una definición de interés superior del menor dado que, es urgente tomar medidas con respecto a la situación de Lucas y para ello -como se dijo en el bloque anterior- es necesario tener en consideración su interés superior.

Acudiendo de nuevo a la CDN, en su art. 3.1 se establece que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”³⁷. Por tanto, “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”³⁸.

“El interés superior del niño no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)). El interés superior del niño es un concepto triple: a) un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales; b) un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos

³⁷ Vid. Art. 3 CDN <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

³⁸ Vid. <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, p. 10

establecen el marco interpretativo; c) una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales³⁹. En relación con lo anterior, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 2 de la LOPJM sobre el interés superior del menor.

Es necesario advertir que: “se apunta también, con carácter general, que la naturaleza de este principio responde a la de los conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, requiere una valoración y una ponderación de las circunstancias concretas que, en cada caso, deberá realizar el juez, utilizando distintos criterios de integración de ese principio general que le permitan adoptar la decisión que mejor protege el concreto interés de ese menor en particular”⁴⁰.

“En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”⁴¹.

En base a lo anterior se refiere la STC 16/2016 de 1 de febrero de 2016⁴², la cual establece sobre el interés superior del menor que: “cuando la resolución judicial controvertida afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor, que «con carácter general proclama la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, al disponer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3.1). Y que nuestra legislación en materia de menores define como rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales”⁴³.

De esta suerte, «el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable⁴⁴. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

³⁹ Vid. Observación General No.14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

⁴⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014, p. – (disponible en la versión web de Tirant lo Blanch).

⁴¹ Vid. STS 687/2015, de 2 de febrero de 2015 [Roj: STS 5220/2015], cuyo recurso es el 1983/2014.

⁴² STC 16/2016, de 1 de febrero de 2016 [TOL5.662.312], cuyo recurso es el 2937/2015.

⁴³ Vid. SSTC 124/2002, de 20 de mayo [ECLI:ES:TC:2002:124], FJ 4, cuyo recurso es el 4834/2000, y 127/2013, de 3 de junio [ECLI:ES:TC:2013:127], FJ 6, cuyo recurso es el 2763/2011, sobre el interés superior del menor.

⁴⁴ Vid. SSTC 141/2000, de 29 de mayo [ECLI:ES:TC:2000:141], FJ 5, cuyo recurso es el 4233/96; 124/2002, de 20 de mayo [ECLI:ES:TC:2002:124], FJ 4, cuyo recurso es el 4834/2000, y 11/2008, de 21 de enero [ECLI:ES:TC:2008:11], FJ 7, cuyo recurso es el 1140/2006, sobre la decisión del Juez y la necesaria ponderación del interés superior del menor y de sus progenitores.

(entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal)» (STC 176/2008 , de 22 de diciembre, FJ 6).

En consonancia con ello, hemos considerado que la fundamentación «debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional desde el momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio» (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5) o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio⁴⁵, y hemos afirmado que el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada⁴⁶.

Por lo expuesto, se entiende que tanto en la jurisprudencia del TEDH como en la de nuestro TC, ha de valorarse la decisión del Juez sobre la toma de medidas ante menores teniendo presente, en todo caso, los intereses superiores de los mismos y, en menor grado, los intereses de sus progenitores. Visto esto, veremos si la guarda con finalidad de adopción es la mejor medida que pudo tomar el Juez con respecto a los intereses de Lucas y de Lola.

III. LA GUARDA CON FINALIDAD DE ADOPCIÓN EN RELACIÓN CON LOS INTERESES DE LUCAS Y DE LOLA.

Partiendo de lo anterior y, en base a los ya vistos arts. 172 y ss. CC, se atribuye a las entidades públicas, por ministerio de la ley, la tutela y correspondiente guarda de quienes se encuentran en una situación de desamparo. Dicha situación, puede resolverse *-grosso modo-* con la reinserción del desamparado en su familia biológica o, a través de la adopción.

Pues bien, lo que debe buscar la entidad pública es procurar al menor un ambiente idóneo y, para ello, es para lo que responde la figura del acogimiento familiar⁴⁷. Como establece el art. 173 CC “el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades”. A su vez, el art. 173 bis. 1 CC establece que: “el acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, pudiendo en este último caso ser especializado”.

Existen diferentes tipos de acogimiento como son: a) “El acogimiento familiar de urgencia⁴⁸. Es aplicable principalmente a los menores de seis años mientras se decide la medida de protección que corresponda y no puede tener una duración superior a los seis meses⁴⁹; b) “El acogimiento familiar simple o temporal. Es un acogimiento con carácter transitorio, que está pendiente de que el menor se

⁴⁵ Vid. STC 127/2013, de 3 de junio [ECLI:ES:TC:2013:127], FJ 6, cuyo recurso es el 2763-2011.

⁴⁶ Vid. STC 176/2008, de 22 de diciembre [ECLI:ES:TC:2008:176], FJ 6, cuyo recurso es el 4595/2005.

⁴⁷ Según se entiende de PÉREZ ÁLVAREZ, M. “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AA. VV *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*. C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord). Ed. Edisofer s.l., 2016, p. 447.

⁴⁸ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. “El sistema público...”, cit. p. 448.

⁴⁹ Cfr. Art. 173 bis. 2.a CC.

inserte en su propia familia, o en su caso se adopte una medida de protección más estable”⁵⁰ (como puede ser el acogimiento familiar permanente, adopción o tutela ordinaria). Tiene una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje su prorroga⁵¹; c) El acogimiento familiar permanente⁵². Este tipo de acogimiento es necesario cuando “la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios sociales de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor”⁵³.

La jurisprudencia también nos recuerda las diferencias entre los distintos tipos de acogimiento. Un ejemplo de ello es la SAP de Baleares de 11 de febrero de 2015 que establece que: “debe recordarse que el Código Civil establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la tutela del menor (artículo 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (artículo 173.3 II y 173 bis.1) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el Juez si los padres se oponen (artículo 173 bis.2 y 3 C). La tercera modalidad de acogimiento, el 'preadoptivo' va mucho más allá que los anteriores, al estar referenciado al periodo de tiempo previo a la constitución de la adopción, una vez presentada ya por la entidad pública la propuesta de adopción favorable a dichos acogedores o con anterioridad a elevar dicha propuesta ante la autoridad judicial, por considerar la necesidad de establecer un período de adaptación previo, que no podrá exceder de un año, entre el menor y su futura familia acogedora, de lo que cabe colegir una diferenciación sustancial entre las dos primeras modalidades de acogimiento y la tercera, ya que en tanto la simple como la permanente quedan abocadas a la reinserción del menor en su núcleo familiar de origen, la tercera persigue unos fines concretos y determinados, la adopción del menor, siendo nota común a todas ellas que, a diferencia de la adopción, no concurre integración 'de iure' del acogido en la familia acogedora, ni ruptura con la familia de origen, quedando definido su contenido con los correspondientes contenidos sobre obligaciones y derechos de las partes, responsabilidades y retribuciones, que se detallan en el artículo 173.2 del Código Civil deberes de velar por el acogido, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurar para él una formación integral, sin que por ello el acogido pierda su status familiar...”⁵⁴.

En el caso que nos ocupa, tras la decisión del Juez, se otorga la guarda con finalidad de adopción a Roberto y Jorge. Este tipo de acogimiento “tiene lugar en aquellos supuestos en los que no es posible la reinserción en su familia de origen, pero el menor va a ser adoptado. Por lo general el acogimiento preadoptivo se lleva a cabo por aquellas personas que van a adoptar al menor, es decir, por los que se van a convertir en sus padres adoptivos con gran probabilidad”⁵⁵. “El acogimiento preadoptivo puede utilizarse con dos objetivos: durante la tramitación judicial de la adopción cuando ésta se eleva al juez de forma inmediata a la entrega del menor o, en determinados supuestos cuando es preciso asegurarse del éxito de la medida antes de presentar al juez la demanda de adopción”, como es el caso que nos ocupa⁵⁶.

⁵⁰ Vid. HERRERA CAMPOS, R. “La filiación”, en AAVV *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y sucesiones*. F. Sánchez Calero (coord). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012, p. 291.

⁵¹ Cfr. Art. 173 bis. 2.b CC.

⁵² Vid. HERRERA CAMPOS, R. “La filiación”, cit. pp. 291-292.

⁵³ Cfr. Art. 173 bis.2.c. CC.

⁵⁴ Vid. SAP de Baleares 45/2015, de 11 de febrero de 2015 [Roj: SAP IB 253/2015], cuyo recurso es el 459/2014.

⁵⁵ Vid. HERRERA CAMPOS, R. “La filiación”, cit. pp. 292.

⁵⁶ Vid. Asociación Estatal de Acogimiento Familiar (ASEAF): <http://www.aseaf.org/qu%C3%A9-es-el-acogimiento-familiar/tipos-de-acogimiento-familiar/>.

Cabe decir que la guarda con finalidad de adopción es una figura más menos novedosa dado que fue introducida por la Ley 26/2015 de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia que “en materia de adopción, entre otras medidas, se regula con más detalle la capacidad de los adoptantes y se incorpora una definición de la idoneidad para adoptar; se crea la figura de la guarda con fines de adopción y la adopción abierta”⁵⁷. La figura de acogimiento con finalidad de adopción, viene a sustituir al anteriormente denominado acogimiento preadoptivo, aunque su contenido es muy similar. Tanto es así que “los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares” (art. 176 bis 1.II CC). De acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/2015, “todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil”⁵⁸.

Teniendo en consideración los intereses de Lucas, y su interés superior, la medida tomada por el Juez de conceder la guarda con finalidad de adopción a Roberto y a Jorge, en mi humilde opinión es la más adecuada de todas las ya vistas hasta el momento. Pues bien, ha de considerarse que, Lucas, privado de padre y familia paterna, se encontraba ante una situación de malos tratos y descuido por parte de su madre, menor de edad (13 años) y dependiente económicamente de sus padres ya que no se encuentra en edad laboral, no pudiendo asumir sus cuidados del menor por sí misma. Por parte de sus abuelos, Lucas recibía malos tratos ya fueran activos o pasivos (como ya se ha visto), y tampoco se encargaban de su cuidado con la diligencia necesaria. Sabiendo esta situación y vistas las diferentes medidas que se podrían haber adoptado se ha escogido la que, sin duda alguna, más beneficia a Lucas. Pues, se ha concedido esta medida a una persona de confianza de la familia materna, dado que habían nombrado a Roberto como tutor del menor en caso de muerte o privación de la patria potestad, lo cual permite tomar unas medidas, aún en caso de adopción, menos restrictivas para la familia biológica, en este caso para Lola, pudiendo llegar a mantener el contacto con Lucas.

En base al contacto con el menor, en régimen de guarda con finalidad de adopción, por parte de la familia biológica hay que tener muy presente lo dispuesto del art. 178.4 CC que establece que: “cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva”. Es por ello, que podría pensarse en aplicar lo dispuesto en este artículo basándonos en el interés de Lola, como es necesario según ha establecido la jurisprudencia europea y la nuestra propia⁵⁹, como ya se ha explicado. Así pues, en base al art. 178.4 II CC, se establece que: “en estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y

⁵⁷ Vid. <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10409-contenido-y-novedades-de-la-ley-26-2015-de-28-de-julio-de-proteccion-a-la-infancia-y-a-la-adolescencia/>.

⁵⁸ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. “La adopción”, en AA. VV *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*. C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord). Ed. Edisofer s.l., 2016, p. 200.

⁵⁹ Vid. SAP de Pontevedra 00241/2013, de 21 de mayo de 2013 [Cendoj: 36038370012013100203], cuyo recurso es el 02/2013, sobre el mantenimiento de algún tipo de relación con la familia biológica, dado el interés superior del menor.

comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez”.

Visto este punto, será en las conclusiones finales del bloque segundo en el momento en que se dirá si puede ser aplicable a la familia biológica, a toda o parte de ella, lo visto con anterioridad y si es aconsejable para el menor o no, siempre en base a su interés superior.

IV. A PESAR DEL TIEMPO QUE LUCAS CONVIVIÓ CON ROBERTO Y JORGE EN GUARDA CON FINALIDAD DE ADOPCIÓN, ¿SE PODRÍA DAR EN ADOPCIÓN A LUCAS CON OTRA FAMILIA? DE SER ASÍ, ¿PODRÍA LA FAMILIA BIOLÓGICA DE LUCAS, RECUPERAR LA PATRIA POTESTAD DEL MENOR?

Para comenzar este punto, es necesario advertir que, en el caso que nos ocupa, la resolución de guarda con finalidad de adopción, no será comunicada a los padres del menor, en este caso a Lola, dado que existe una privación de la patria potestad. Ello se entiende de la lectura del art. 176 bis CC, “a tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela”.

Ahora bien, en base al art. 176 bis.3 II, “en el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor”. Se entiende por tanto que, el Juez, podría dictaminar que aun estando en régimen de guarda con finalidad de adopción y transcurrido un período de convivencia, no sea conveniente -según el caso- la adopción posterior. Por tanto, cabe la posibilidad de que, si así se estima por no haber una integración favorable en la familia preadoptiva, sea necesario que la adopción sea llevada a cabo por otra familia atendiendo siempre al mayor beneficio de Lucas.

Desde este momento, es necesario clarificar la situación de la familia biológica del menor. Así pues, una vez constituida la adopción, ya sea con Roberto y Jorge u otra familia, la familia natural de Lucas no podrá volver a recuperar la patria potestad del menor. Lo anterior se deduce de lo dispuesto en nuestro Código Civil, en su art. 169.3º se establece que: “la patria potestad se acaba: por la adopción del hijo”. Por tanto, “la adopción extingue la patria potestad por cuanto que la constitución de la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior”⁶⁰. Se entiende entonces, que la única forma de poder llegar a recuperar la patria potestad sobre Lucas sería mediante la aplicación del art. 170 CC, que establece lo siguiente: “los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. Todo ello, obviamente, debe realizarse antes de constituirse la adopción. Pues, una vez constituida ya no podrá recuperarse la patria potestad.

Así pues, según establece la STS 800/2011 de 14 de noviembre de 2011⁶¹ “la Convención de los Derechos del Niño, hecha en Nueva York en 1989 y ratificada por España en 1990, establece en su art. 9.1 , que los estados “velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de

⁶⁰ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. “La protección de menores e incapacitados”, en AA. VV *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*. C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord). Ed. Edisofer s.l., 2016, p. 403. Lo anterior, compárese con lo dispuesto en el art. 178.1 CC.

⁶¹ Vid. STS 800/2011, de 14 de noviembre de 2011 [Roj: STS 7319/2011], cuyo recurso es el 228/2010.

éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés del menor" y ello siguiendo los procedimientos establecidos. De acuerdo con ello, la STS 565/2009, de 31 julio, dijo que "las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural". Esta doctrina ha sido aplicada, aunque con consecuencias distintas de acuerdo con lo que en cada caso se ha considerado que requería el interés del menor". Un ejemplo de ello son las SSTS 84/2011, de 21 febrero y 397/2011, de 13 junio⁶². "ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, en cuanto constituye el desarrollo del Art. 39.4 CE, que establece que "los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos". En consecuencia, el Art. 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: "a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social"⁶³.

Se ha dejado clara constancia de que Lucas debe ser integrado en otra familia y que, para ello, la mejor opción es la adopción. Ahora bien, estamos intentando explicar toda posibilidad existente de decisión que pueda tomar el Juez en base a la jurisprudencia y su doctrina existente, todo ello con antelación a la constitución de la adopción por otra familia. Es necesario, para poder determinar el regreso, o no, del menor con su familia biológica, no sólo atender a su interés superior y al interés de los progenitores sino también al interés de la familia con la que se encuentra en acogimiento, en este caso en guarda con finalidad de adopción. Sobre lo anterior, establece la STS 60/2012, de 17 de febrero de 2012, entre otras, que: "los problemas de protección del menor en relación con la familia de origen han sido ya resueltos por esta Sala, en la STS 565/2009, de 31 julio, que contiene la doctrina que debe aplicarse. En cómo debe ponderarse el interés del menor en estos casos, la citada sentencia sentó la siguiente doctrina: "[...] para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica 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 menester 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 psíquico"⁶⁴.

A la hora de llevar a cabo la ponderación sobre el retorno con la familia biológica, debe tenerse en cuenta el informe de seguimiento del acogimiento de los menores y que este se aplique en relación con "la determinación del mayor beneficio del menor (*"favor filii"*)⁶⁵. Así se establece en la STS 687/2015, de 2 de diciembre de 2015⁶⁶ cuando establece que: "a la hora de llevar a cabo tal

⁶² Vid. SSTS 84/2011, de 21 febrero de 2011 [Roj: STS 605/2011], cuyo recurso es el 1186/2008 y 397/2011, de 13 junio de 2011 [Roj: STS 4911/2011], cuyo recurso es el 1255/2009, sobre la posibilidad de reintegración en la propia familia.

⁶³ Vid. STS 84/2011, de 21 de febrero de 2011 [Roj: STS 605/2011], cuyo recurso es el 1186/2008.

⁶⁴ Vid. STS 60/2012, de 17 de febrero de 2012 [Roj: STS 840/2012], cuyo recurso es el 1242/2010, con referencia a la STS 565/2009, de 31 julio de 2009 [Roj: STS 5817/2009], cuyo recurso es el 247/2007.

⁶⁵ Vid. STS 397/2011, de 13 de junio de 2011 [Roj: STS 4911/2011], cuyo recurso es el 1255/2009.

⁶⁶ Vid. STS 687/2015, de 2 de diciembre de 2015 [Roj: STS 5220/2015], cuyo recurso es el 1983/2014.

ponderación resulta de vital importancia el informe de seguimiento del acogimiento de los menores que se terminó de elaborar el 17 de enero de 2014, y del que se infiere como el interés de los mismos, en los términos ya expuestos, es mantenerse en la situación existente (de acogimiento) por cuanto: (i) -Que los menores se encuentran seguros, han vinculado con la familia acogedora y tienen sentido de pertenencia a esta; (ii) -Que un cambio en la situación de los menores los expondrá a un notable desajuste psicológico compatible con problemas emocionales, conductuales y educativos; (iii) -Que los menores se encuentran en el mismo centro educativo por tercer curso consecutivo; (iv) -Que la relación de los acogedores con el centro educativo de los menores es normalizada y continua; (v) -Que los menores acuden con regularidad a sus controles periódicos y sus citas programadas; (vi) -Que los menores conocen su proceso de protección, y los acogedores tienen clara la importancia de irles revelando con más profundidad, según su edad lo vaya exigiendo, su condición de adoptados; (vii) -Que, gracias al acogimiento, los menores han vinculado fuertemente entre ellos y están deseosos de que llegue el momento de que su adopción sea plena.

Ante ese interés de los menores debe ceder el de la madre biológica, no por motivos de pobreza, que sería contrario al artículo 18 de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tras la modificación ya citada, si fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y circunstancias que rodean tal relación según el informe anteriormente transcrito.”

A *sensu contrario* ha de entenderse que, como ya se dijo, si el informe de seguimiento de acogimiento es negativo -siendo la medida tomada inadecuada a los intereses del menor- podría darse el caso de que la adopción la fuera concedida a otra familia o, si así lo decreta el Juez podrían tomarse nuevas medidas para poder reincorporar al menor con la familia.

V. LA ADOPCIÓN. IDEAS GENERALES PARA EL CASO QUE NOS OCUPA.

Para comenzar este apartado, es necesario mencionar la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta Ley es de vital importancia en el caso en el cual nos encontramos dado que los adoptantes son una pareja del mismo sexo. Principalmente, nos interesa lo establecido en la exposición de motivos de dicha Ley que establece lo siguiente: “en consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción”. Visto esto, se deduce que las parejas del mismo sexo están legitimadas para adoptar. Ahora bien, “el derecho a la opción a la adopción no significa que cualquiera pueda adoptar, la posibilidad de adoptar será reducida y restringida, sólo podrán adoptar aquellos homosexuales de cierto perfil (donde se harán todo tipo de estudios económicos, sociológicos, psicológicos que sean necesarios”⁶⁷. Al igual que acontece con los adoptantes heterosexuales.

Deben tenerse presentes también, las ya mencionadas Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia; y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en materia de adopción.

⁶⁷ Vid. HERRERA CAMPOS, R. “La filiación”, cit. p. 286.

“Antes de la reforma de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la adopción era aquel negocio jurídico unilateral y personalismo del adoptante o adoptantes, solemne e irrevocable que se constituía en tres fases: judicial, notarial y registral, siendo necesaria la concurrencia de los tres actos para que la adopción alcanzase plena efectividad. Hoy la adopción es un negocio jurídico de derecho de familia en cuanto una persona se integra plenamente en el vínculo familiar de otra persona o personas, rompiéndose los vínculos jurídicos que éste tenía con la familia anterior, de ahí que su constitución dependa de una resolución judicial que tendrá siempre en cuenta el interés del menor; la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, además de los requisitos establecidos en los artículos 175 a 177 de nuestro Código Civil”⁶⁸. Se entiende, por tanto, que “la adopción no va a generar una simple relación de filiación entre adoptante y el adoptado *-status filii-*, sino que también da lugar a una relación plena de parentesco entre el adoptado y los parientes de quien lo adoptó⁶⁹ *-status familiae-*”⁷⁰, desapareciendo todos los derechos y obligaciones con respecto a la familia por naturaleza.

Para poder ver los trámites a seguir en el proceso de adopción, es necesario saber con certeza todos los requisitos y prohibiciones existentes para la consecución de la misma -cuyo primer requisito, el cual se presupone, es que se trate de personas físicas y con plena capacidad de obrar, esto es, “ser titular de derechos y obligaciones y aptitud legal para el ejercicio de los derechos subjetivos y para la realización de actos con trascendencia jurídica”-⁷¹. Para ello, nos remitiremos a lo dispuesto en nuestro Código Civil. En el caso que nos ocupa, la pareja formada por Roberto y Jorge tienen unas edades de 26 y 20 años respectivamente. Ello, nos podría dar a entender que Jorge no podría adoptar, en base a lo dispuesto en el art. 175 CC “la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años”. Ahora bien, el mismo precepto nos indica que: “si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad”. Se entiende entonces que, en este sentido, no existe problema en la adopción, dado que se constituiría una adopción dual ya sea de forma conjunta o sucesivamente y basta con que uno de los adoptantes cumpla el requisito de la edad⁷². Los demás requisitos, establecidos en el mencionado art. 175 CC, no supondrían ningún problema para la adopción de Lucas y, es por ello, que no se entrará en detalle de los mismos.

En relación con el adoptando, la regla general que es la que aquí nos interesa, establece que la adopción únicamente es referible a los menores no emancipados⁷³ (“no pudiendo ser adoptados los concebidos”⁷⁴).

1. LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. TRÁMITES A SEGUIR.

El artículo 176 CC, redactado conforme a la Ley 26/2015, 28 de julio, expone que: “1. La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad; 2. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante

⁶⁸ POUS DE LA FLOR, P. “La adopción”, en AA. VV *Protección jurídica del menor*. P. Pous de la Flor (coord). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 01/2017, p.- (disponible en la versión web de Tirant lo Blanch), [Documento TOL6.029.028].

⁶⁹ Así se deduce mediante la asimilación de los efectos de la adopción a los derivados de la filiación por naturaleza (cfr. art. 108 CC).

⁷⁰ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. “La adopción”, cit. p. 456.

⁷¹ POUS DE LA FLOR, P. “La adopción”, cit. p -.

⁷² Cfr. art. 175.4 CC.

⁷³ Cfr. art. 175.2 CC.

⁷⁴ Vid. HERRERA CAMPOS, R. “La filiación”, cit. p 287.

o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta”, (se entiende por idoneidad 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). Ahora bien, sabiendo que Lucas pasó más de 1 año en guarda con finalidad de adopción, se aplica lo dispuesto en el art. 176.2. II. 3º CC que establece que: “no obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo”.

Es necesario también, atender a lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la cual regula los expedientes sobre adopción en sus arts. 33-42. Procesalmente, es de importancia para poder comenzar a tramitar una adopción, tener en consideración lo dispuesto en el art. 33 de la mencionada Ley que establece que: “en los expedientes sobre adopción, será competente el Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del adoptando y, en su defecto, el del domicilio del adoptante”. Para ello, no será preceptiva la asistencia de abogado ni procurador, la solicitud gozará de carácter preferente e intervendrá el MF⁷⁵. En este caso, la adopción se realiza a instancia del propio adoptante ya que cumple el requisito visto con anterioridad. “1. El expediente comenzará con el escrito de propuesta de adopción formulada por la Entidad Pública o por la solicitud del adoptante cuando estuviera legitimado para ello; 2. En la propuesta de adopción formulada por la Entidad Pública se expresarán especialmente: a) Las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes asignados y sus relaciones con el adoptando, con detalle de las razones que justifiquen la elección de aquél o aquéllos. b) En su caso y cuando hayan de prestar su asentimiento o ser oídos, el último domicilio conocido del cónyuge del adoptante o de la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptando. c) Si unos y otros han formulado su asentimiento ante la Entidad Pública o en documento público; 3. En los supuestos en que no se requiera propuesta previa de la Entidad Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil, el ofrecimiento para la adopción del adoptante se presentará por escrito, en que expresará las indicaciones contenidas en los apartados anteriores en cuanto fueren aplicables, y las alegaciones y pruebas conducentes a demostrar que en el adoptando concurre alguna de las circunstancias exigidas por dicha legislación”⁷⁶. “Una vez presentada la propuesta o solicitud ante el Juzgado competente, se dicta providencia admitiendo la solicitud y acordando su tramitación. Contra el Auto que resuelva el expediente cabe recurso de apelación”⁷⁷.

La comparecencia de las personas relacionadas con la adopción se manifiesta con el consentimiento, asentimiento y audiencia. Será necesario el consentimiento de la adopción, ante el Juez, del adoptante o adoptantes y del adoptando, siempre que éste tenga más de 12 años⁷⁸. “El consentimiento a la adopción se configura como un acto jurídico voluntario, personalísimo, irrevocable, puro y formal”⁷⁹. En este caso, no es necesaria la comparecencia de Lucas, dada su edad. El consentimiento del adoptante, por tanto, supone la emisión (en presencia del Juez) de una declaración manifestando la

⁷⁵ Cfr. art. 34 LJV.

⁷⁶ Vid. art. 35 LJV.

⁷⁷ POU DE LA FLOR, P. “La adopción”, cit. p -.

⁷⁸ Así se entiende de lo dispuesto en el art. 177 CC y 36 LJV.

⁷⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Comentario al artículo 177”, en AA. VV. *Código civil comentado, volumen I*. A. Cañizares Laso; P. de Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2016, p.934.

voluntad de adoptar a alguien en particular⁸⁰. Se entiende que, aun siendo la resolución judicial la da la firmeza a la adopción, el consentimiento a la misma supone un requisito *sine qua non*.

Otro requisito necesario para la constitución de la adopción es el asentimiento. En base al art. 177.2 CC “deberán asentir a la adopción: 1.º El cónyuge 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. 2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil. No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que 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 artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada”. En palabras de PÉREZ ÁLVAREZ, “el asentimiento del cónyuge o miembro de la pareja se exige debido a las consecuencias de tipo personal y patrimonial que la adopción ocasionará en los intereses familiares comunes a ambos⁸¹. Es por ello, por lo que cabe afirmar que el asentimiento es una suerte de autorización a la adopción a constituir que, implícitamente, conlleva una aceptación de las consecuencias que ocasionará a quien asiente.

Además del consentimiento del cónyuge, se exige el asentimiento de los progenitores. Ahora bien, como se ha dicho, si éstos están privados de la patria potestad o incursos en causa para ello, no será necesario dicho asentimiento, como así sucede en el caso que nos ocupa dado que Lola se encuentra privada de su patria potestad. “Por este cauce se quiere favorecer la constitución de la adopción en los casos de desamparo motivados porque los progenitores han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad”⁸². Pese a ello, el art. 37 LJV dispone que: “si los progenitores pretendieran que se les reconozca la necesidad de prestar su asentimiento a la adopción, deberán ponerlo de manifiesto en el expediente. El Secretario judicial acordará la suspensión del expediente y otorgará el plazo de 15 días para la presentación de la demanda, de la que conocerá el mismo Tribunal. Presentada la demanda dentro de plazo, el Secretario judicial dictará decreto declarando contencioso el expediente de adopción y acordará seguir su tramitación conforme a lo dispuesto en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además del consentimiento y asentimiento, es necesario el trámite de audiencia. “Estas audiencias tienen un carácter preceptivo, no vinculante para el juez, pues su fin es garantizar el bienestar e interés del adoptado⁸³, informando al juez de determinados aspectos que ha de tener en cuenta para el momento de valoración de la adopción”⁸⁴. Ahora bien, el mencionado trámite no podrá ser obviado, pues de no ser así, podría ser impugnada la adopción dado que el art. 177.3 CC establece que “deberán ser oídos...”. En base al mencionado artículo, se establece que: “Deberán ser oídos por el Juez: 1.º Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera

⁸⁰ Según se dispone en PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Comentario al artículo 177”, cit. p. 934.

⁸¹ Vid. arts. 1318, 1362.1, 1413 y 1438 CC sobre los intereses familiares comunes a ambos cónyuges; 807, 808 y 931 CC sobre las consecuencias patrimoniales de la adopción.

⁸² Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Comentario al artículo 177”, cit. p. 935.

⁸³ Interés que, conforme al art. 176.1 CC, es al que debe responder la resolución judicial (bien constituya o deniegue la adopción).

⁸⁴ POU DE LA FLOR, P. “La adopción”, cit. p -.

necesario para la adopción; 2.º El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores; 3.º El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez”. En este caso, como se acaba de ver, Lola, además de Roberto y Jorge (entre otros), debe estar presente en el trámite de audiencia. Cabe mencionar también, que en base al art. 139.1 LJV “el Juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando”.

El fin del procedimiento de adopción se realiza mediante la resolución judicial, conforme lo dispuesto en el ya visto art. 176.1 CC que recordamos que dispone que: “la adopción se constituirá por resolución judicial...”. Y, tal como se entiende de lo dispuesto en el art. 39.4 LJV, dicha resolución será en forma de auto, contra el que “cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos”. Es importante tener en cuenta que “la resolución judicial precisa del previo cumplimiento de los trámites necesarios para constituir el vínculo adoptivo y de la constatación de las circunstancias legales exigidas. Pero lo que fundamenta la resolución constitutiva de la adopción es la valoración discrecional del Juez respecto al interés del menor”⁸⁵. De ser constituida la adopción se “produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”⁸⁶, con las consecuencias derivadas de ello. Ahora bien, debe tenerse en consideración, la posibilidad de aplicar lo dispuesto, en el ya mencionado, art.178.4 CC sobre el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto con la familia biológica.

2. TIPO DE ADOPCIÓN QUE, TRAS LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ, DEBE SER ESCOGIDA.

Por lo visto hasta el momento, podemos deducir que existen dos posibilidades de adopción a elegir por el Juez, siempre en atención al interés superior del menor. La primera, es la regla general, que es la adopción cerrada, la cual establece el art. 178.1 CC sobre la extinción del vínculo jurídico con la familia biológica, perdiendo todo tipo de contacto entre familia biológica y adoptiva. La segunda, es la adopción abierta que se entiende de lo dispuesto en el art. 178.4 CC, que recordemos establece lo siguiente: “cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos. En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez”.

⁸⁵ Vid. PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Comentario al artículo 176”, en AA. VV. *Código civil comentado, volumen I*. A. Cañizares Laso; P. de Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2016, p. 923.

⁸⁶ Vid. art. 178.1 CC.

“El legislador ha introducido esta medida de modificación del Código civil a través del artículo segundo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En el apartado III de su Preámbulo, dedicado a explicar las variaciones introducidas en el Código civil, se manifiesta la intención de incorporar al Derecho español el nuevo modelo de "adopción abierta" que se inspira en los ordenamientos de Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Austria y Canadá, algunos de los cuales coinciden con el Derecho español en configurar la adopción como una situación que debe ser confirmada por un juez y no por acuerdo privado entre las familias”⁸⁷.

Uno de los fundamentos básicos de la adopción abierta es “eliminar ese halo de secretismo que siempre le ha perseguido sobre los orígenes del adoptado. Con la adopción abierta se institucionaliza el paso siguiente en la investigación de los orígenes. Hasta ahora se ha intentado dar respuesta a los interrogantes que pueda plantearse la persona adoptada sobre su identidad e historia personal; desdramatizar la adopción pasando de los sentimientos de abandono, rechazo y baja autoestima que aparece asociada a los casos de búsqueda activa de los orígenes a otros de manifiesta asunción de la identidad personal. La adopción abierta visualiza una imagen más positiva de los progenitores configurándose dentro de un círculo de personas responsables que no pudieron afrontar la crianza de un hijo”⁸⁸. Ahora bien, en palabras de MAYOR DEL HOYO⁸⁹, “la adopción abierta no afecta ni a la ruptura del vínculo jurídico- filial con la familia biológica, ni a la nueva relación legal de filiación que nace con los adoptantes”. Esta excepción, a la regla general que es la adopción abierta, sólo se pondrá en marcha cuando así sea necesario, siempre que así lo aconseje el interés superior del menor. Se excluye, por tanto, los intereses de los padres biológicos.

Este tipo de adopción, se constituye por resolución judicial -como no podía ser de otra manera-, “a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva”. Cabe mencionar, que la propuesta de adopción abierta puede establecer unos límites a la misma, dado que no tiene por qué ampliarse a toda la familia biológica en general, sino que puede reducirse a unos sujetos concretos de la misma.

Vistos los dos tipos de adopción que puede escoger el Juez, será en las conclusiones finales del bloque segundo cuando se establezca qué medida de las ahora vistas es la más conveniente para el caso que nos ocupa.

⁸⁷ Vid. SABATER BAYLE, E. *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 06/2016, p. – (disponible en la versión web de Tirant lo Blanch), [Documento TOL5.934.067].

⁸⁸ ANGUITA RÍOS, R. “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016. Ed. Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor 2016, p. 16 (versión pdf).

⁸⁹ Vid. MAYOR DEL HOYO, M.^a V. “Comentario al artículo 178”, en AA. VV. *Código civil comentado, volumen I*. A. Cañizares Laso; P. de Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2016, p. 949-950.

BLOQUE TERCERO

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Si finalmente consiguieran la adopción, Roberto planeaba solicitar la suspensión de su contrato de trabajo. Así se lo anticipó a su jefe Jaime, quien, ante tal intención, 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.

II. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE ROBERTO ANTE LA ADOPCIÓN.

En este punto, nos centraremos en dilucidar si Roberto tiene derecho a que le sea concedida la suspensión de su contrato de trabajo con motivo de la adopción de Lucas. Para ello, se atenderá, como no puede ser de otra manera, a lo dispuesto en el 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 y en 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 Social⁹⁰.

En el art. 45.1.d LET se dispone que: “el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años [...]”⁹¹. El jefe de Roberto, alega que hubo convivencia previa, ahora bien, en base al art. 48.5 LET, se establece que: “en los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión”. En base a lo anterior, se entiende que se puede suspender el contrato de trabajo cuando le conceden la guarda con finalidad de adopción de Lucas -siempre que su duración no sea inferior a un año-, o a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. En este supuesto, nada se dice sobre que Roberto haya suspendido su contrato de trabajo con anterioridad, mientras Lucas se encontraba en guarda con finalidad de adopción. Pues, de ser así, no podría volver ahora a suspender su contrato de trabajo, dado que un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de suspensión. Por tanto, es posible que Roberto suspenda su contrato de trabajo, teniendo en cuenta que no lo hizo con anterioridad.

Además de lo dicho, es importante lo dicho en la STS de 15 septiembre 2010⁹² en la que se establece que: “la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se

⁹⁰ Véase también, MORENO MANGLANO, C. “Capítulo XI. Interrupciones y suspensiones del contrato de trabajo”, en AA. VV *Manual de derecho del trabajo. 3ª edición*. C. Moreno Manglano (dir.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015; y PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008. Ha de tenerse en cuenta la nueva norma introducida en el año 2015.

⁹¹ En este mismo sentido se refiere el art. 177 LGSS.

⁹² Vid. STS de 15 septiembre 2010 [Roj: STS 5370/2010], FJ 3º, cuyo recurso es el 2289/2009. Dicha sentencia unifica doctrina.

produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir del momento de la adopción cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia”. Podemos observar, por tanto, que no tiene consistencia lo alegado por el jefe de Roberto sobre la convivencia previa.

Además de lo establecido en la LET y la LGSS, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, en concreto en su art. 20 en el que se dispone que: “el contrato de trabajo especial que se regula en este real decreto se suspenderá por las causas y con los efectos previstos en el artículo 45 y siguientes de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En caso de excedencia voluntaria, el abogado que durante la misma ejerza la profesión en otro despacho, sin la correspondiente autorización, perderá el derecho al reingreso, lo que determinará la extinción del contrato de trabajo”. En base a todo lo anterior, podemos determinar con claridad, el derecho que asiste a Roberto de suspender su contrato de trabajo por la adopción de Lucas, no importando el tiempo que éste estuvo en guarda con fines de adopción y, por tanto, la convivencia previa -por los motivos ya expuestos-.

Ha de ser mencionada, como opción intermedia, la posibilidad de la reducción de la jornada de trabajo, siempre que así lo acuerden entre empresario y trabajador, en base a lo dispuesto en el art. 48.6 LET que establece que “los periodos a los que se refieren dichos apartados podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen”. Ahora bien, como se ha dicho, para que esta opción sea aplicada deben ser, en este caso Roberto y su jefe Jaime, los que lleguen al acuerdo para realizar una jornada a tiempo parcial, si así conviene a ambos.

Cabe apuntar que la señalada suspensión del contrato de trabajo por una duración de dieciséis semanas corresponderá, por elección entre ellos, a uno de los progenitores, esto es, a Roberto o a Jorge. Por su parte, el otro progenitor podrá suspender su contrato de trabajo por paternidad, durante cuatro semanas ininterrumpidas⁹³. “En 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 señalados⁹⁴”.

Para concluir este punto, debe ser mencionado quienes pueden ser beneficiarios del subsidio por maternidad en base al ya mencionado art. 177 LGSS. Sobre dichos beneficiarios, establece el art. 178 LGSS que: “serán beneficiarios del subsidio por maternidad las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1⁹⁵ y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización: a) Si el trabajador tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización; b) Si el trabajador tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del parto o en la fecha de la

⁹³ Vid. art. 48.7 LET.

⁹⁴ Vid. art. 48.5 LET.

⁹⁵ Establece el citado artículo que: “para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”.

decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. c) Si el trabajador tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha”. Todo ello, es de importancia dado que de ser Jorge el beneficiario del subsidio de maternidad se aplicaría el apartado “a” del mencionado artículo. Por su parte, si fuese Roberto el beneficiario, deberá aplicarse el apartado “c” del artículo.

En el supuesto de beneficiarios del subsidio por paternidad, habrá de atenderse a lo dispuesto en el art. 183 LGSS, cuya redacción ha de asimilarse con lo dispuesto en el ya mencionado art. 48.7 LET. Atendiendo al art. 184 LGSS se nos establece las personas beneficiarias estableciéndose que: “serán beneficiarios del subsidio por paternidad las personas incluidas en este Régimen General que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 165.1, acrediten un período 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 reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen”. Lo anterior, será de aplicación, como es sabido, al que no sea beneficiario del subsidio por maternidad (siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en los mencionados artículos).

CONCLUSIONES FINALES

I. CONCLUSIONES FINALES DEL BLOQUE PRIMERO.

En el bloque primero, se ha podido ver el concepto de maltrato infantil en base a la definición de la OMS y la protección jurídica, en base a la normativa existente, que se le otorga a la figura del menor, con especial relevancia al menor víctima de maltrato infantil. Una vez visto esto, y con aplicación al caso que nos ocupa, sabemos que una vez el doctor Castro (pediatra de Lucas) tiene constancia clara de que el menor puede ser víctima de maltrato infantil, se activa el protocolo existente ante maltrato infantil, cumpliendo así con su deber de denunciar los hechos. Aquí, se nos aporta una diferencia esencial entre situaciones de riesgo y desamparo, en base a la normativa aplicable. Podemos afirmar que, teniendo en cuenta todo lo dicho en el bloque primero, Lucas se encontraba en una clara situación de desamparo. Es por ello, que las entidades públicas correspondientes actuaron en base a la función protectora que tienen encomendadas, todo ello con la supervisión del MF y el Juez correspondiente, para salvaguardar los intereses de Lucas y atendiendo siempre a su interés superior.

Una vez activado el mencionado protocolo, se ponen en marcha también los mecanismos judiciales pertinentes. En el caso de Lola, se determina que no es posible -dado que tiene 13 años de edad- investigarla y condenarla en un procedimiento penal. Es por ello que, en vía civil, se dilucida si debe o no continuar manteniendo la patria potestad sobre Lucas tras los hechos acontecidos. Para dar una conclusión clara sobre el mantenimiento o no de la patria potestad sobre Lucas, se acude a lo dispuesto, entre otra normativa, al Código Civil y a la jurisprudencia. Atendiendo a ésta última, se deja clara constancia de que la mejor medida a tomar es privar totalmente a Lola de su patria potestad, dado que se han incumplido gravemente los deberes inherentes a la misma.

Otro procedimiento, en este caso penal, es el que investiga a Daniel y María (padres de Lola). En dicho procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y lo establecido en la diversa jurisprudencia ya explicada, se dictaminan los posibles delitos cometidos, siendo en este momento cuando determinaremos con claridad -de todos los posibles delitos que pudieron ser cometidos- cuales de ellos son de aplicación.

Pues bien, por lo expuesto en el bloque primero queda claro que, en este caso, tanto Daniel como María, han cometido un delito de lesiones penado en el art. 148.3 CP y que se aplica el agravante de parentesco mencionado en el art. 23 CP. Dichas lesiones, “podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido”, a lo cual se aplicará el agravante ya mencionado.

Se ha visto también, la posibilidad de aplicar el art. 153 CP o el 173.2 CP. Pues bien, en base a la jurisprudencia citada en el bloque primero, se entiende que lo más aconsejable en este supuesto, es la aplicación del art. 173.2 CP sobre la comisión de un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. Dicho delito, “sanciona al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre...los descendientes...con la pena de seis meses a tres años de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, por tiempo de uno a cinco años”. Todo ello, sin perjuicio de las distintas penas que puedan derivar del maltrato físico.

Otro posible delito cometido, es la mencionada comisión por omisión de un delito de lesiones. Pues, Tanto Daniel como María, dejaron que su hija Lola maltratase a Lucas de forma habitual y reiterada. Efectivamente, viendo los requisitos para la comisión de este delito (claramente expuestos en la STS 363/2007 de 28 de marzo), se podría aplicar lo dispuesto en el art. 11CP y, por tanto, condenarlos por un delito de lesiones en comisión por omisión. Ahora bien, teniendo en cuenta que los mismos sujetos

han cometido un delito de lesiones agravado en su modalidad activa, no sería congruente castigar por los mismos hechos dos veces a los mismos sujetos, esto es, debe ser aplicada la regla *non bis in idem*, pues recordemos que, en base al citado artículo la omisión se equiparará a la acción en los supuestos que se establecen. Cabe mencionar que, aunque en este caso concreto no se debe condenar por un delito de lesiones por comisión por omisión, sí podría hacerse en el caso que los delitos realizaron no tuviesen el componente de habitualidad, constituyendo varios delitos separados temporalmente.

Sobre la comisión del delito de abandono de menores, recogido éste en el art. 226 CP, debe concluirse que, aun estableciéndose que: “el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”, no debiera ser de aplicación puesto que, al igual que una parte de la doctrina, se puede considerar que el propio delito de lesiones -en este caso hacia Lucas, subsume lo recogido en este artículo. Es por ello, que se concluimos que no debe ser de aplicación.

En resumen, Daniel y María, deben ser condenados por un delito de lesiones agravadas con la agravante de parentesco y por un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar. Junto con ello, deben ser aplicadas las penas accesorias de la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art.56.1.2 CP); prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima (art. 57CP); y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad (art. 173.2 y 55 CP) sobre Lola, dado que han evidenciado un comportamiento lesivo hacia un descendiente menor de edad y necesitado de cuidados dada su corta edad, todo ello en el ámbito familiar. Es por ello, que no deben ser considerados adecuados para ostentar la patria potestad, con lo que ello conlleva, de su hija Lola. A su vez, deben de ser absueltos de los delitos de un delito de lesiones en su modalidad de comisión por omisión y del delito de abandono de menores.

II. CONCLUSIONES FINALES DEL BLOQUE SEGUNDO.

En las conclusiones de este bloque, se ha hablado extensamente sobre el interés superior del menor puesto que se puede observar que toda medida tomada, en base a éste, se basa en este principio. Para poder hablar sobre ello, se ha acudido a la extensa jurisprudencia -tanto nacional como internacional- existente. En base a la misma, debe tenerse muy presente lo establecido por la STC 16/2016 de 1 de febrero de 2016, la cual establece que: “el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable” (así lo ha establecido también en las mencionadas sentencias del TEDH en el bloque segundo).

Visto esto, ha de resolverse ahora, si en base al interés superior de Lucas debe ser considerada la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el art. 178.4 CC sobre la adopción abierta. Este tipo de adopción, debe ser considerada una vez que se resuelva que no existe riesgo para Lucas y que no afectará a sus intereses. Pues bien, puede concluirse que esta medida -siempre que así lo acuerde el Juez (a propuesta de la entidad pública o el MF) y sea aceptado por la familia adoptiva-, puede ser beneficiosa para las partes. Pues, téngase en cuenta que la familia constituida por Roberto y Jorge tenían una relación anterior a la constitución de la adopción con la familia biológica del menor, pues éstos, nombraron tutor de Lucas a Roberto en caso de fallecimiento o en caso de pérdida de la patria potestad. Ha de tenerse en cuenta también, la edad de Lola, pues los hechos cometidos sobre Lucas pueden derivar

de una falta de madurez y la situación concreta de la edad en la que se encuentra. Además, sus intereses como menor de edad deben de ser también protegidos. Por ello, debe ser únicamente ésta la que pudiera participar en la adopción abierta -una vez que se concrete que no existe peligro para el menor y pueda ser beneficioso para las partes-, no pudiendo hacerlo en ningún caso sus padres, por motivos obvios. Pues, no sería adecuado que Lucas tuviera ningún tipo de contacto con sus abuelos dada la gravedad de los hechos cometidos sobre el menor -teniendo éstos plena consciencia de los hechos realizados y por los cuales deben ser condenados con pena de prisión-. Será entonces el Juez el que decida sobre acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones. Todo este procedimiento que ha de realizarse según se ha visto en el bloque segundo sobre la constitución de la adopción, bien sea para constituir una adopción abierta o una adopción cerrada.

Debe ser mencionado que, de no considerarse apropiados, Roberto y Jorge, para la adopción de Lucas y éste sea dado en adopción a otra familia (posibilidad existente en base a lo visto), no debe ser tomada la medida recogida por el art. 178.4 CC, puesto que previsiblemente no existirá una relación anterior, pudiendo ser aconsejable en este caso la determinación de una adopción cerrada, aunque será siempre la última decisión del Juez.

III. CONCLUSIONES FINALES DEL BLOQUE TERCERO.

Debe ser concluido en este punto que, según lo dispuesto en el bloque tercero, Roberto tiene el derecho a suspender su contrato de trabajo por la adopción de Lucas, siempre que no lo haya hecho con anterioridad, pues recordemos que un mismo menor no puede dar derecho a varios periodos de suspensión. A ello le da derecho lo mencionado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en la Ley General de la Seguridad Social y, dada su profesión, lo dispuesto en el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

Se ve entonces que Jaime, el jefe de Roberto, no tiene argumentos válidos para impedir la suspensión del contrato de trabajo. No siendo válido tampoco, su argumento con respecto a la convivencia previa como queda meridianamente claro con la jurisprudencia citada, además de lo que se entiende de las distintas leyes que acabamos de citar.

Se ha establecido en el bloque tercero, para tener claros todos los requisitos necesarios, quiénes pueden ser los beneficiarios por el subsidio por maternidad y paternidad (en este caso no se tiene en cuenta el sexo y podrá ser a elección de los progenitores), la cotización que deben tener según su edad, y la duración del subsidio en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

Bloque primero:

ABAD ARENAS, E. *"Notas sobre la privación de la patria potestad en el derecho común"*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Código de Deontología Médica. Guía de Ética médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Versión 2011.

GONZÁLEZ MENÉNDEZ, A. *Protocolo de actuación de Enfermería ante el Maltrato Infantil* (2015); *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar (actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género)*. Observatorio de la Infancia. Ed. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid 2014.

HUÉLAMO BUENDÍA, A, MADRIGAL MARTÍNEZ-PENEDA, C y FERREIRÓS MARCOS, C. "Judicialización de los expedientes de protección", en AA.VV. *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*. Consuelo Madrigal (coord.). Ed. Fundación Aranzadi Lex Nova. Valladolid 2014.

HUERTAS, J. A. D., FLORES, J. C., GARCÍA, E. G., DÍAZ, M. Á. R., & GÓMEZ, J. E. *Atención al maltrato infantil desde servicios sociales* Ed: Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Consejería de Servicios Sociales.

OCÓN DOMINGO, J. "Normativa internacional de protección de la infancia. Cuadernos de Trabajo Social" Vol. 19(2006).

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "Protección a la infancia en la legislación española. Especial incidencia en los malos tratos (parte general)", en *Revista de Derecho UNED*, núm. 2, 2007.

RUBIO VICENTE, C. y SORIANO IBÁÑEZ, B. "Labor de supervisión por el Ministerio Fiscal de la actividad protectora de la Administración", en AA.VV. *El fiscal y la protección jurídica de los menores de edad. Guía práctica*. Consuelo Madrigal (coord.). Ed. Fundación Aranzadi Lex Nova. Valladolid 2014.

SAN MARTÍN ESPLUGUES, J. Et al. *Maltrato infantil en la familia en España*. Informe del Centro Reina Sofía. Ed. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid 2011.

Bloque segundo:

ANGUITA RÍOS, R. "La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.11/2016. Ed. Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor 2016.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2014.

HERRERA CAMPOS, R. “La filiación”, en AAVV *Curso de Derecho Civil IV, Derechos de familia y sucesiones*. F. Sánchez Calero (coord). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2012.

MAYOR DEL HOYO, M.^a V. “Artículo 178”, en AA. VV. *Código civil comentado, volumen I*. A. Cañizares Laso; P. de Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2016.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. “Artículo 177”, en AA. VV. *Código civil comentado, volumen I*. A. Cañizares Laso; P. de Pablo Contreras; J. Orduña Moreno; R. Valpuesta Fernández (dirs). Ed. Civitas-Thomson-Reuters. Cizur Menor 2016.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AA. VV *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*. C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord). Ed. Edisofer s.l., 2016.

POUS DE LA FLOR, P. “La adopción”, en AA. VV *Protección jurídica del menor*. P. Pous de la Flor (coord). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 01/2017.

SABATER BAYLE, E. *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 06/2016.

Bloque tercero:

MORENO MANGLANO, C. “Capítulo XI. Interrupciones y suspensiones del contrato de trabajo”, en AAVV *Manual de derecho del trabajo. 3ª edición*. C. Moreno Manglano (dir.). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2008.

FUENTES NORMATIVAS:

- Código Civil de 24 de julio de 1889.
- Constitución Española de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración de Ginebra de 1924.
- Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959.
- Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 2/1996, de 24 de junio, de creación del Organismo Autónomo Instituto Madrileño del Menor y la Familia.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción
- Ley 26/2015 de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.
- Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, la Comunidad de Madrid.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia.

- Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.
- Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 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.
- 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.

FUENTES JURISPRUDENCIALES:

1. SSTEDH:

- STEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson.
- STEDH de 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen.
- STEDH de 25 de febrero de 1992, caso Andersson.
- STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann.
- STEDH de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen.
- STEDH de 24 de febrero de 1995, caso McMichael.
- STEDH de 9 de junio de 1998, caso Bronda.
- STEDH de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia.
- STEDH y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal.

2. SSTC:

- STC de 1 de febrero de 2016.
- STC de 20 de mayo de 2002.
- STC de 3 de junio de 2013.
- STC de 29 de mayo de 2000.
- STC de 20 de mayo de 2002.
- STC de 22 de diciembre de 2008.
- STC de 8 de septiembre de 2014.

3. SSTS:

- STS de 18 de octubre de 1996.
- STS de 6 de julio de 1996.
- STS de 27 de noviembre de 2003.

- STS de 2 de julio de 2004.
- STS de 12 de julio de 2004.
- STS de 31 de diciembre de 1996.
- STS de 20 de abril de 2016.
- STS de 20 de abril de 2015.
- STS de 28 de marzo de 2007.
- STS de 2 de febrero de 2015.
- STS de 14 de noviembre de 2011.
- STS de 31 julio de 2009.
- STS de 17 de febrero de 2012.
- STS de 21 febrero de 2011.
- STS de 13 junio de 2011.
- STS de 31 julio de 2009.
- STS de 2 de diciembre de 2015.

4. SSAP:

- SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2009.
- SAP de León de 21 mayo de 2004.
- SAP de las Palmas de 30 septiembre de 1998.
- SAP de Barcelona de 30 junio de 2016.
- SAP de Baleares de 11 de febrero de 2015.
- SAP de Pontevedra de 21 de mayo de 2013.

ANEXO 1:

LOGOTIPO
COMUNIDAD
AUTÓNOMA

HOJA DE NOTIFICACION DE RIESGO Y MALTRATO INFANTIL DESDE EL ÁMBITO SANITARIO

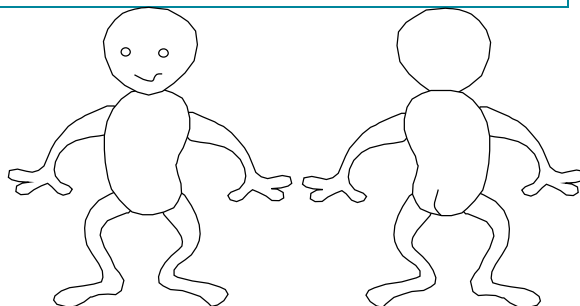
L = Leve M = Moderado G = Grave
Para una explicación detallada de los indicadores, véase el dorso

Sospecha
Maltrato

MALTRATO FÍSICO

L M G	Magulladuras o moratones ¹
L M G	Quemaduras ²
L M G	Fracturas óseas ³
L M G	Heridas ⁴
L M G	Lesiones viscerales ⁵
L M G	Mordeduras humanas ⁶
L M G	Intoxicación forzada ⁷
L M G	Síndrome del niño zarandeado ⁸

L M G	Escasa higiene ⁹
L M G	Falta de supervisión ¹⁰
L M G	Cansancio o apatía permanente
L M G	Problemas físicos o necesidades médicas ¹¹
L M G	Es explotado, se le hace trabajar en exceso ¹²
L M G	No va a la escuela
L M G	Ha sido abandonado



Señale la localización de los síntomas

Otros síntomas o comentarios:

NEGLIGENCIA

L M G	Maltrato emocional ¹³
L M G	Retraso físico, emocional y/o intelectual ¹⁴
L M G	Intento de suicidio
L M G	Cuidados excesivos / Sobreprotección ¹⁵

Sí Sin contacto físico
Sí Con contacto físico y sin penetración ¹⁶
Sí Con contacto físico y con penetración
Sí Dificultad para andar y sentarse
Sí Ropa interior rasgada, manchada o ensangrentada

Sí Dolor o picor en la zonal genital	MALTRATO EMOCIONAL
Sí Contusiones o sangrado en los genitales externos, zona vaginal o anal	ABUSO SEXUAL
Sí Cerviz o vulva hinchados o rojos	IDENTIFICACIÓN DEL CASO (Tache o rellene lo que proceda)
Sí Explotación sexual	
Sí Semen en la boca, genitales o ropa	
Sí Enfermedad venérea ¹⁷	
Sí Apertura anal patológica ¹⁸	
Configuración del himen ¹⁹	<input type="text"/>

Identificación del niño	Caso Fatal (fallecimiento del niño) <input checked="" type="checkbox"/>
Apellidos <input type="text"/>	Nombre <input type="text"/>
Domicilio <input type="text"/>	Localidad <input type="text"/> Teléfono <input type="text"/>
Sexo <input checked="" type="checkbox"/> M <input type="checkbox"/> F	Fecha de Nacimiento (día día/mes mes/año año) <input type="text"/>
Acompañante Padre <input type="checkbox"/> Madre <input type="checkbox"/> Tutor <input type="checkbox"/> Policía <input type="checkbox"/> Vecino <input type="checkbox"/> Otro (especificar) <input type="text"/>	
Identificación del notificador	Fecha de Notificación (día día/mes mes/año año) <input type="text"/>
Centro: <input type="text"/>	Servicio / Consulta: <input type="text"/>
Nombre: <input type="text"/>	Área sanitaria <input type="text"/>
Profesional <input type="checkbox"/> Médico <input type="checkbox"/> Enfermera <input type="checkbox"/> Trabajador Social <input type="checkbox"/> Matrona <input type="checkbox"/> Psicólogo <input type="checkbox"/>	N.º Colegiado <input type="text"/>

ANEXO

Sospecha: No existen datos objetivos, sólo la sospecha, que se deduce de su historia clínica no creíble o contradictoria, o de la excesiva demora en la consulta.

L (Leve): circunstancias que requieren un seguimiento,

M (Moderado): necesita apoyo / ayuda de los servicios sociales, sanitarios, educativos,... **G**

(Grave): requiere intervención urgente de los servicios sociales.

- ¹ Magulladuras o moratones en diferentes fases de cicatrización, en rostro, labios o boca, en zonas extensas del torso, espalda, nalgas o muslos, con formas no normales, agrupados o como señal o marco del objeto con el que han sido inflingidos, en varias áreas diferentes, indicando que el niño ha sido golpeado desde distintas direcciones.
- ² Quemaduras de puros o cigarrillos. Quemaduras que cubren toda la superficie de las manos (en guante) o de los pies (como un calcetín) o quemaduras en forma de buñuelo en nalgas, genitales, indicativas de inmersión en líquido caliente. Quemaduras en brazos, piernas, cuello o torso provocadas por haber estado atado fuertemente con cuerdas. Quemaduras con objetos que dejan señal claramente definida (parrilla, plancha, etc.).
- ³ Fracturas en el cráneo, nariz o mandíbula. Fracturas en espiral de los huesos largos (brazos o piernas), en diversas fases de cicatrización. Fracturas múltiples. Cualquier fractura en un niño menor de 2 años.
- ⁴ Heridas o raspaduras en la boca, labios, encías u ojos. En los genitales externos, en la parte posterior de los brazos, piernas o torso.
- ⁵ Lesiones viscerales (abdominales, torácicas y/o cerebrales). Hinchazón del abdomen. Dolor localizado. Vómitos constantes. Son sugestivos los hematomas duodenales y las hemorragias pancreáticas, o alteraciones del sensorio sin causa aparente.
- ⁶ Señales de mordeduras humanas, especialmente cuando parecen ser de un adulto (más de 3 cms de separación entre las huellas de los caninos) o son recurrentes.
- ⁷ Intoxicación forzada del niño por ingestión o administración de fármacos, heces o venenos ⁸ Hemorragias retinianas e intracraneales, sin fracturas.
- ⁹ Constantemente sucio. Escasa higiene. Hambriento o sediento. Inapropiadamente vestido para el clima o la estación. Lesiones por exposición excesiva al sol o al frío (quemadura solar, congelación de las partes acras).
- ¹⁰ Constante falta de supervisión, especialmente cuando el niño está realizando acciones peligrosas o durante largos períodos de tiempo.

- ¹¹ Problemas físicos o necesidades médicas no atendidas (ej. heridas sin curar o infectadas) o ausencia de los cuidados médicos rutinarios: no seguimiento del calendario de vacunación, ni otras indicaciones terapéuticas, caries dental extensa, alopecia localizada por postura prolongada en la misma posición, cráneo aplanado.
- ¹² Incluye a niños que acompañan a adultos que «piden», vendedores en semáforos y a todos aquellos sin escolarizar debiendo estarlo.
- ¹³ Situaciones en las que el adulto responsable de la tutoría actúa, priva o provoca de manera crónica sentimientos negativos para la autoestima del niño. Incluye menosprecio continuo, desvalorización, insultos verbales, intimidación y discriminación. También están incluidos amenazas, corrupción, interrupción o prohibición de las relaciones sociales de manera continua. Temor al adulto.
- ¹⁴ Retraso del crecimiento sin causa orgánica justificable. Incluye retraso psíquico, social, del lenguaje, de la motilidad global o de la motilidad fina.
- ¹⁵ Sobreprotección que priva al niño del aprendizaje para establecer relaciones normales con su entorno (adultos, niños, juego, actividades escolares).
- ¹⁶ Incluye la mutilación, ablación quirúrgica del clítoris, que habrá de especificarse en el apartado «Otros síntomas o comentarios».
- ¹⁷ Enfermedad de transmisión sexual por abuso sexual. Incluye gonococia y sífilis no neonatal. Son sospechosos de abusos sexual: Chlamidia, condilomas acuminados, tricomonas vaginales, herpes tipo I y II.
- ¹⁸ Incluye fisuras anales (no siempre son abusos), cicatrices, hematomas y acuminados es altamente sugestivo de abuso sexual. desgarros de la mucosa anal, cambios de la coloración o dilatación excesiva (>15 mm, explorado el ano decúbiteo lateral, especialmente con ausencia de heces en la ampolla rectal). La presencia de condilomas acuminados es altamente sugestivo de abuso sexual.
- ¹⁹ Normal, imperforado,

La información aquí contenida es confidencial. El objetivo de esta hoja es facilitar la detección del maltrato y posibilitar la atención.

La información aquí contenida se tratará informáticamente con las garantías que establece la Ley:

- L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal.
- Directiva 95/46 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, Relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos.
- Real Decreto 994/1999, de 11 de junio por el que se aprueba el reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.
- Leyes correspondientes de las Comunidades Autónomas de regulación del uso de informática en el tratamiento de datos personales.

Instrucciones de uso de la Hoja de Notificación

Este instrumento es un cuestionario para la notificación y recogida de información sobre casos de maltrato infantil y abandono. Este cuestionario no es un instrumento diagnóstico sino una hoja estandarizada de notificación de los casos de maltrato evidente o de sospecha de maltrato que puedan aparecer en nuestras consultas.

Para utilizar el cuestionario se debe tachar con una «X» todos los síntomas de los que se tenga evidencia o de los que se sospeche su presencia, rellenar la ficha de identificación y enviar el cuestionario por correo.

El cuestionario consta de un inventario de síntomas, una figura, un dibujo anatómico, un recuadro para comentarios, una leyenda explicativa de los síntomas y un apartado de identificación del caso. El inventario de síntomas se desglosa por apartados de tipologías. Éstos son: síntomas de maltrato físico, síntomas de negligencia en el trato del menor, síntomas de maltrato emocional y síntomas de abuso sexual. Es importante resaltar que *los síntomas no son exclusivos entre sí*.

Con frecuencia será necesario utilizar uno o varios indicadores de los distintos apartados de síntomas para perfilar el caso.

El primer apartado a rellenar se encuentra en la esquina superior derecha. En este recuadro se debe tachar si se trata de un caso *evidente de maltrato* o si sólo existe la *sospecha* de que existe maltrato. En las leyendas se encuentra una definición de lo que es la sospecha.

Sospecha	<input type="radio"/>
Maltrato	<input type="radio"/>

MALTRATO FÍSICO				
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Magulladuras o moretones?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Quemaduras?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Fracturas óseas?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Heridas?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Lesiones laceradas?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Monitoreo humano?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Inmoción forzosa?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Sustracción de información?
NEGLECTENCIA				
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Escasa higiene?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Falta de supervisión?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Cansancio o apatía permanentes?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Problemas físicos o psicológicos médicos?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Es explosivo, se le hace trabajar en exceso o no va a la escuela?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Mal comportamiento?
MALTRATO EMOCIONAL				
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Maltrato emocional?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Retraso físico, emocional y/o intelectual?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Inmundo o culpado?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Culparse a sí mismo / Sobresopresión?
ABUSO SEXUAL				
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Sin contacto físico?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Síntomas de comportamiento?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Con contacto físico y sin penetración?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Dificultad para andar y sentarse?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Ropa interior rasgada, mancha o ensangrentada?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Dolor o picor en la zona genital?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Contusiones o sangrado en los genitales externos, zona vaginal o anal?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Contra sensibilidad o dolor?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Exposición sexual?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Semen en la boca, genitales o ropa?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Enfermedad venérea?
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	Apomía anal patológica?
Tamaño horizontal himenal (en postura de taha) <input type="text"/> mm				

El inventario de síntomas sirve de guía para recordar los síntomas más frecuentes de maltrato. Es posible elegir varios indicadores de todos y cada uno de los apartados. Los indicadores no son exclusivos entre sí.

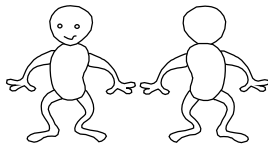
En los tres primeros apartados (maltrato físico, negligencia y maltrato emocional), se puede elegir el grado de gravedad del síntoma. La gravedad se indica tachando la «L» si es leve, la «M» si es moderado y la «G» si es grave. Si sólo existe la sospecha, deben indicarse los síntomas pertinentes como leves.

En el apartado de maltrato sexual se deben tachar aquellos indicadores de los que se tenga evidencia o sospecha de su presencia. Será frecuente que los indicadores de maltrato sexual aparezcan asociados a los síntomas de maltrato emocional. Cuando sea pertinente, se deberá rellenar la configuración del himen y/o el tamaño de la hendidura himenal en milímetros.

Algunos de los síntomas poseen una nota aclarativa, la cual se indica mediante un número. La aclaración se encuentra situada en la parte posterior del cuestionario. Es recomendable leer estas notas cuando el indicador no resulte evidente, hasta familiarizarnos con los indicadores.

Si existieran otros síntomas no contemplados en el listado, se deberá hacer uso del apartado de comentarios y reflejarlos allí.

El dibujo anatómico debe ser utilizado para indicar la localización de los síntomas. Bastará con sombrear sobre la figura la zona en la que se aprecia el síntoma. Si existieran varios síntomas que se desea localizar y su ubicación sobre el dibujo no fuera suficientemente evidente por el contexto del indicador, se puede indicar con una flecha el indicador al que se refiere el sombreado.



Existe un recuadro en el que se pueden escribir otros síntomas que no aparezcan reflejados en el cuestionario original. También es posible reflejar aquí comentarios que puedan ser pertinentes para la aclaración del caso o sospechas (por ejemplo, de tipo biográfico, referentes a la credibilidad de la historia narrada por el sujeto o debidas a la reiteración de síntomas y visitas) que lleven

Otros síntomas o comentarios

al profesional a comunicar el caso.

En el apartado de identificación del caso se recogen los datos que permitirán localizar y describir al sujeto en la base de datos acumulativa. Es imprescindible recoger las iniciales del paciente, su sexo y su fecha de nacimiento (si se conoce).

IDENTIFICACION DEL CASO (Tache o rellene lo que proceda)	
Identificación del niño	Caso Fatal (atalecimiento del niño) <input type="checkbox"/>
Das primeras iniciales del Primer apellido <input type="text"/>	Das primeras iniciales del Segundo apellido <input type="text"/>
Sexo <input type="checkbox"/> V <input type="checkbox"/> M	Fecha de Nacimiento (día / mes / año) <input type="text"/>
Acompañante Padre <input type="checkbox"/> Madre <input type="checkbox"/> Tutor <input type="checkbox"/> Policía <input type="checkbox"/> Vecino <input type="checkbox"/> Otro (especificar) <input type="text"/>	Fecha de Notificación (día / mes / año) <input type="text"/>
Identificación del notificador	
Centro:	
Servicio/Consulta:	
Profesional <input type="checkbox"/> Médico <input type="checkbox"/> Enfermera <input type="checkbox"/> Trabajador Social <input type="checkbox"/> Maestra <input type="checkbox"/> Psicóloga <input type="checkbox"/>	Nº Colegiado <input type="text"/>

Si la notificación se deriva de la defunción del sujeto, deberá tacharse la casilla correspondiente.

Debe consignarse la fecha de la notificación ya que pueden realizarse diversas notificaciones de un mismo caso en el mismo centro o en centros diferentes.

Por último, existe un área dedicada a la identificación de la persona que realiza la notificación. La información recogida en este apartado no se consigna en la base de

datos

del registro acumulativo de casos y se utiliza exclusivamente para asegurar la veracidad de la información contenida en la notificación. Por ello, es imprescindible rellenar este apartado para que la notificación surta efecto.

Cada hoja de notificación consta de tres copias en papel autocopiativo. Una copia deberá permanecer en la historia clínica para el seguimiento del caso si fuera necesario, otra copia se enviará por correo al servicio de proceso de datos y una tercera copia se entregará al profesional de los servicios sociales.

IMPORTANTE: Cada notificación debe realizarse en un cuestionario nuevo, incluso cuando se refiera al mismo caso en fechas posteriores a la primera detección.

La eficacia de esta Hoja de Notificación depende en gran medida de la calidad de las notificaciones y del esmero con que sea utilizada. La cumplimentación descuidada puede invalidar la notificación del caso.

Para cualquier cuestión relacionada con esta materia puede dirigirse al teléfono de Información Administrativa 012.

ANEXO 2:

Formulario

Título: Adopción. Solicitud por los adoptantes.

Emisor: Abogado

Fecha Actualización: 14/06/2016

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA _____

DON _____, Procurador en nombre de D. _____ y D. _____, representaciones que se acreditan con la copia de escritura de poder que se acompaña y que el Letrado que suscribe declara bastante a los fines para los que se emplea, ante el Juzgado como mejor en derecho proceda comparezco y **DIGO:**

Que por medio del presente escrito promuevo en nombre de quienes comparezco **EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SOLICITANDO LA ADOPCIÓN del menor de edad**

D./Dña _____, nacido en _____, con fecha _____, y con domicilio actual en el de mis representados en _____, calle _____ n° _____

Sirven de base a esta solicitud los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

HECHOS

1º.- Mis representados D. _____ y D. _____, nacieron en _____, el día _____ de _____ -de _____ y _____ el día _____, de _____ de _____ respectivamente, y contrajeron matrimonio (civil o canónico) con fecha _____, en la ciudad de _____. Se acreditan estos extremos con las certificaciones de nacimiento y literal de matrimonio expedidas por el Registro civil de _____.

En consecuencia, uno es mayor de 25 años y ambos tienen más de dieciséis y menos de cuarenta y cinco años que el adoptado.

2º.- Mis representados no se encuentran separados ni de hecho ni judicialmente.

3º.- D. _____ y D. _____, son de profesión _____ y _____, respectivamente y actualmente prestan servicios el primero en _____, y la segunda en _____, obteniendo unos ingresos anuales de _____. Se acredita este extremo con las certificaciones que se acompañan expedidas por las empresas donde prestan servicios mis representados y por las declaraciones de IRPF correspondientes a los dos últimos años.

4º.- El menor que pretenden adoptar se encuentra en situación de guarda con fines de adopción en casa de mis representados desde hace más de un año, y concretamente desde el día _____ de _____ de _____. Las relaciones hasta la fecha y durante el tiempo que ha durado el acogimiento entre los adoptantes y el adoptado han sido muy buenas, habiéndose integrado el menor de manera plena en la vida familiar de mis representantes. Dicha relación se constata también en el expediente abierto por la entidad _____, que promovió en su día el acogimiento del menor a favor de mis representados, y que ha venido haciendo el seguimiento pertinente durante el tiempo que viene durando dicho acogimiento. Se dejan citados a efectos probatorios los archivos de la entidad _____

El menor tiene en la actualidad _____ años de edad. Se acredita este extremo con la certificación de nacimiento que se acompaña.

(En este caso y en los previstos en el art. 176-2 del Código civil, no es necesaria la propuesta de adopción por la entidad pública correspondiente, pudiendo instar la adopción los interesados).

5º.- No es necesario que presten su asentimiento a esta adopción la madre del menor Dña. _____, con domicilio en _____, calle _____, número ya que ha sido privada de la patria potestad sobre el menor.

El asentimiento deberá prestarse ante este Juzgado.

(El menor en caso de que haya cumplido los doce años deberá también prestar el consentimiento)

6º.- Se acompaña la declaración previa de idoneidad de mis mandantes para el ejercicio de la patria potestad emitida por la Entidad Pública.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia

Es competente para conocer de la presente solicitud el Juzgado ante el que nos dirigimos por ser esta ciudad donde tiene el domicilio el adoptante, que es actualmente el domicilio del menor. Ello de acuerdo con lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Segundo.- Legitimación

Están legitimados mis representados para promover el presente expediente de jurisdicción voluntaria de acuerdo con lo previsto en el art. 176.2 del Código Civil y 35.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Tercero.- Régimen sustantivo de la adopción

Se invocan como aplicables en orden al fondo del asunto los arts. 175, 176, 176 bis, 177 y siguientes y concordantes del Código civil.

Cuarto.- Consentimientos

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en relación con el 177.1 del Código civil, deberán consentir esta adopción el adoptante o adoptantes y el adoptando si fuere mayor de doce años.

Quinto.- Asentimiento y audiencia

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 37 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en relación con el

177.2 del Código civil, deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación.

(En caso de que el menor no tenga doce años deberá ser también oído de acuerdo con su edad y madurez; art. 177.3.3º Código Civil)

Sexto.- Se contienen en la presente solicitud todos los requisitos exigidos en el art. 35.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

Séptimo.- Son de aplicación las normas contenidas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO , que habiendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos que se acompañan, acuerde admitirlo y tener por promovido este expediente en solicitud de la adopción por D. _____ y D. _____, del menor D./Dña _____, debiéndose dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de que emita el oportuno dictamen, y previos los trámites de ley y la audiencia de las personas a que se ha hecho referencia y tras la prestación del asentimiento de los padres del adoptado se dicte resolución por la que se

estime la pretensión y se constituya la adopción del menor por mis representados con todas las consecuencias legales que dicha resolución conlleva.

OTROSI DIGO, que dado que el domicilio del padre del adoptado es desconocido deberá por el Juzgado practicarse las diligencias prevenidas por el art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

SUPLICO AL JUZGADO, acuerde la práctica de las diligencias interesadas.

OTROSI DIGO, que precisando para otros usos la copia de escritura de poder que se acompaña, procede y

SUPLICO AL JUZGADO, acuerde su desglose y devolución una vez quede constancia de la misma en autos.

Es justicia que pido en _____ a _____ de _____ de

ANEXO 3:

Formulario

Título: Notificación a la empresa de suspensión del contrato de trabajo por adopción

Emisor: Abogado

Fecha Actualización: 25/07/2016

TEXTO:

.....
.....
.....

A/A de

ADMINISTRADOR

En, a de de

Muy Sr. mío.

Mediante el presente escrito le comunico que por resolución judicial de fecha, se ha constituido la adopción de mi hijo de años de edad. De conformidad con el art. 48.5 del Estatuto de los Trabajadores, SOLICITO la suspensión del contrato de trabajo con una duración ininterrumpida de 16 semanas a partir de la fecha de la resolución judicial por la que se constituyó la adopción. Se adjunta al presente escrito copia de la Resolución judicial. Sin otro particular, le saluda atentamente

Fdo.