



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

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

Trabajo de Fin de Grado en Derecho
Curso 2016/2017

Yolanda Moral Fernández

Tutor: Prof. Dr. José Ramón Ruiz García

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
I. ANTECEDENTES DE HECHO	5
II. EL MALTRATO INFANTIL. PAUTAS DE INTERVENCIÓN Y SEGUIMIENTO	7
II.1. Concepto de maltrato infantil.....	7
II.2. Situación de riesgo o desprotección y pautas de actuación.....	7
II.3. Pautas de intervención y seguimiento	9
II.3.a. En el ámbito social.....	9
II.3.b. En el ámbito educativo	10
II.3.c. En el ámbito sanitario	10
II.3.d. En el ámbito policial.....	11
II.3.e. En el ámbito judicial.....	12
II.4. Seguimiento a realizar en el presente supuesto.....	13
III. DECISIÓN JUDICIAL	16
III.1. Respeto de los abuelos del menor.....	16
III.1.a. Delito de violencia habitual en el ámbito familiar	16
III.1.b. Delito de lesiones	18
III.1.c. Concurso ideal entre el delito de violencia habitual en el ámbito familiar y el delito de lesiones	19
III.1.d. Decisión del Juez conocedor del caso.....	19
III.2. Respeto de la madre del menor	21
III.2.a. Ausencia de responsabilidad penal.....	21
III.2.b. Privación de la patria potestad del menor	22
III.3. El principio <i>favor filii</i>	23
IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES	26
IV.1. El acogimiento.....	26
IV.2. La guarda con finalidad de adopción	27
IV.2.a. Concepto.....	27
IV.2.b. ¿Es la medida más beneficiosa para los intereses del menor? ¿Y para los intereses de la madre?	28
IV.3. La adopción.....	29
IV.3.a. Concepto y requisitos	29
IV.3.b. Procedimiento para la consecución de la adopción	30
IV.3.c. Tipos de adopción y elección del Juez competente atendiendo al prevalente interés del menor	33

IV.3.d. Posibilidad de adopción por una familia distinta a la que ha convivido con el menor en guarda con finalidad de adopción.....	34
IV.3.e. Posibilidad de regresión de la patria potestad del menor a la familia biológica.....	34
V. LA SUSPENSIÓN DE EMPLEO.....	36
CONCLUSIONES GENERALES	40
BIBLIOGRAFÍA	42
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	44
ANEXOS	46
A. Esquema: diferencias entre riesgo y desamparo.....	46
B. Esquema: actuación frente a una situación de desprotección	47
C. Cuadro: calendario de vacunaciones en la Comunidad de Madrid para nacidos con anterioridad al 30 de junio de 2016.....	48

ABREVIATURAS

A: Auto

AP.: Audiencia Provincial

BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CDN: Convenio sobre los Derechos del Niño

CP: Código Penal

ET: Estatuto de los Trabajadores

FD: Fundamentos de Derecho

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

LORPM: Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

S: Sentencia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el número de menores – tanto adolescentes como niños, y también bebés – maltratados ha ido aumentando hasta llegar al punto en que, actualmente, son pocas las ocasiones en que no leemos en prensa, vemos en televisión o escuchamos por radio de la existencia de un nuevo caso de maltrato infantil o, incluso, muertes a causa de dicha situación.

La Fundación ANAR, en su Informe Anual de 2015¹ recogió una serie de cifras que merecen ser destacadas: de un total de 369.969 llamadas recibidas, 357.775 llamadas fueron realizadas al teléfono de ayuda a niños/as y adolescentes y, de esta cantidad, el 52'6% fue a causa de maltrato infantil, habiendo incrementado en relación con el año 2014 y anteriores.

Pero no siempre esos casos de maltrato son reales sino que, en ocasiones, no son más que denuncias falsas. Causa de ello es que la sociedad contemporánea entienda por maltrato infantil hechos que mucho distan de ser determinados así en los preceptos legales vigentes, lo cual hace necesario conocer qué ha de entenderse como tal y cuáles son los actos y hechos que dan lugar a dichas circunstancias, atendiendo a lo que regulan la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Constitución Española, el Código Civil, numerosas normas nacionales y autonómicas e incontable jurisprudencia.

Esto es lo que me ha impulsado a escoger y resolver el presente supuesto ya que, en él, se tratarán tanto aquellas cuestiones referidas a la interpretación de maltrato infantil, como sus medidas de protección, decisiones a tomar por los Jueces y Tribunales competentes e, incluso, qué posibilidades existen de solicitar una suspensión de empleo por maternidad o paternidad como consecuencia de la adopción de un menor.

En resumen, el análisis y estudio de este trabajo versará sobre qué es el maltrato infantil, las posibles medidas a adoptar en el supuesto concreto que nos compete y las decisiones judiciales que se deberían tomar en las distintas jurisdicciones (civil y penal), así como las opciones de protección que existen ante circunstancias de desamparo del menor, en especial, la guarda con finalidad de adopción, y aquellas opciones que posee la persona adoptante en relación con su puesto de trabajo (suspensión temporal de empleo).

Debido a la adecuación del medio en que se realiza el estudio del presente caso, un Trabajo de Fin de Grado, no es posible realizar dicho análisis con la suficiente profundidad que el caso merece. Es por ello que confeccionaré un análisis superficial de las cuestiones a tratar, desarrollando lo esencial y tratando brevemente otras cuestiones que tengan relación pero, resultando accesorias, considere destacables para el caso.

¹ Accesible online en: <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2016/11/DEF-Presentaci%C3%B3n-Medios-informe-2015.pdf>

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Se expondrá en este capítulo el supuesto de hecho que ha dado lugar a la realización del presente trabajo, resultando suficiente precedente para su íntegra resolución:

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.

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.

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. EL MALTRATO INFANTIL. PAUTAS DE INTERVENCIÓN Y SEGUIMIENTO

II.1. Concepto de maltrato infantil

El Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989², en su artículo 19, se refiere al maltrato infantil como *“toda violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*.

Por otra parte, el artículo 172.1 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil³, define el desamparo legal como aquella 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 estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*.

Teniendo en cuenta ambas definiciones, el Observatorio de la Infancia ha definido maltrato infantil como la *“acción, omisión o trato negligente, no accidental, que priva al niño o niña de sus derechos y su bienestar, que amenaza o infiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social y cuyos autores pueden ser personas, instituciones o la propia sociedad”*⁴. Y, más concretamente, se define el maltrato infantil en el ámbito familiar como *“cualquier acción (física, sexual o emocional) u omisión no accidental en el trato hacia un menor, por parte de sus padres o cuidadores, que le ocasiona daño físico o psicológico y que amenaza su desarrollo tanto físico como psicológico”*⁵.

Por tanto, hablamos de maltrato infantil en el ámbito familiar como aquel en que el episodio de violencia se realiza por parte de padres, tutores o familiares del menor, encontrándose éste en una situación de desprotección, lo que hace necesaria la intervención de las Instituciones que ostenten la competencia para garantizar su protección, siendo de aplicación el Protocolo Básico de Intervención Contra el Maltrato Infantil en el Ámbito Familiar⁶.

II.2. Situación de riesgo o desprotección⁷ y pautas de actuación

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁸, trata dos clases de desprotección en el maltrato infantil, a saber: maltrato leve o moderado y

² «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1993, páginas 38.897 a 38.904, en adelante, «CDN».

³ «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁴ MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Maltrato infantil; Detección, Notificación y Registro de casos*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006, p. 14.

⁵ GARCÍA FUSTER, E. y MUSITU OCHOA, G, *El maltrato infantil. Un análisis ecológico de los factores de riesgo*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993, citado por «Protocolo Básico de Intervención Contra el Maltrato Infantil en el Ámbito Familiar».

⁶ Vid. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, *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*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2014.

⁷ Vid. *infra* ANEXO A.

⁸ «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996, en adelante «LOPJM».

maltrato grave. La diferencia entre ambos está en el peligro en que se encuentra el menor, siendo ínfimo en el primero de los supuestos – pudiendo hablarse incluso de una situación de mera sospecha – y considerable en el último – encontrándonos, en la mayoría de los casos, ante una circunstancia de urgencia en la cual el bienestar y la integridad del menor se encuentran en riesgo –.

Ante ello existen dos procedimientos de actuación: ordinario y de urgencia; el procedimiento ordinario se destina a aquellas situaciones en que el peligro sea leve o moderado, mientras que el procedimiento de urgencia está destinado a aquellas situaciones de grave peligro, donde se requerirá la atención especializada del Servicio de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma correspondiente. Además, en este último supuesto se debe valorar el desamparo del menor para tomar las medidas de protección previstas en la LOPJM que se consideren pertinentes.

Así, la citada Ley, en su artículo 17.1 define situación de riesgo como *“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, [...], se 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”*.

Y, en su artículo 18.2, indica que *“se considerará situación de desamparo la 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”*.⁹

Las pautas a tener en cuenta en cualquier caso de maltrato infantil, reguladas en la Ley 26/2015¹⁰, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (artículo 12), son cinco:¹¹

- Detección.
- Notificación.
- Valoración.
- Intervención.
- Seguimiento.

El artículo 13.1 de la LOPJM establece que *“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”*.

Por otra parte, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹², en su artículo 262, indica 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,*

⁹ Citado por la SAP Murcia 484/2012, de 5 de julio (TOL: 2.623.166), FD 2º, apartado B, párrafo segundo.

¹⁰ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

¹¹ *Vid. infra* **II.3. Pautas de intervención y seguimiento.**

¹² «BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882, en adelante «LECrim».

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”.

Por tanto, detectar es contemplar la presencia de una eventual situación de maltrato infantil o de riesgo en donde pueda llegar a producirse éste, siendo dos las fuentes de detección: cualquier persona que sea testigo o tenga conocimiento de dicha situación y los profesionales que se encuentran en contacto con el menor. Y notificar es comunicar o trasladar la información sobre dicha situación o posible riesgo de maltrato infantil a las autoridades o sus agentes más próximos – circunstancia imprescindible para que sea posible la intervención –.

En cuanto a la valoración, ésta es la realización una serie de pesquisas que aseguren que no se trata de un solo hecho puntual, así como una evaluación en conjunto del ámbito familiar, es decir, no únicamente del menor en riesgo sino también de su familia y del medio. En función de si se trata de un procedimiento ordinario o de un procedimiento urgente, serán competentes los Servicios Sociales o el Servicio de Protección de Menores, respectivamente.

Cuando en la valoración no conste maltrato y no exista ningún otro factor de riesgo, el caso será archivado, mientras que ante la existencia de otros factores de riesgo, serán adoptadas aquellas medidas de protección que se consideren más convenientes en beneficio del menor y para su seguridad. Asimismo, tendrá lugar la correspondiente intervención y seguimiento, que dependerá del grado de gravedad y del ámbito de actuación.

II.3. Pautas de intervención y seguimiento

II.3.a. En el ámbito social

En caso de que los vestigios de una situación de riesgo para el menor estén claros, serán los Servicios Sociales los encargados de informar, con la mayor brevedad posible, al Ministerio Fiscal, Juzgado de Instrucción de Guardia y al Servicio de Protección de Menores de la correspondiente Comunidad Autónoma, así como si es necesario trasladar al menor al servicio médico correspondiente o a los equipos especializados de infancia de la Policía y de la Guardia Civil, debiendo comunicarlo a la familia de la víctima¹³.

A pesar de que este plan de intervención se desarrolle, coordine y cierre desde los Servicios Sociales de atención primaria, ha de notificarse en todo momento a la Entidad Pública de Protección de Menores, pues debe incluirse el asunto en un registro unificado de casos de sospecha de maltrato infantil, también conocido como RUMI.

Si se trata de un caso de maltrato leve o moderado, se desarrollará un plan de intervención que, normalmente, se realiza conjuntamente con el centro escolar y/o el centro de salud, en el cual se determinarán aquellas medidas necesarias en cada supuesto¹⁴ y su correspondiente seguimiento.

Pero si se trata de un caso de maltrato grave, será cometido de la Entidad Pública de Protección de Menores, en primer lugar, tomar las medidas de protección

¹³ *Vid.* art. 13.1 LOPJM.

¹⁴ Son ejemplos de medidas de intervención el tratamiento del menor, el apoyo social, el apoyo escolar, etc.

correspondientes y poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal o, si resulta necesario, del Juzgado de Instrucción de Guardia¹⁵; en segundo lugar, garantizar el tratamiento terapéutico de la víctima o víctimas mediante la creación de una unidad de valoración y tratamiento de dichas víctimas de maltrato infantil, unidad que apoyará y asesorará a los Servicios Sociales; y, en tercer lugar, regular el seguimiento del caso con los Servicios Sociales y otros servicios, necesarios en éste, mediante la elaboración de un informe de seguimiento en un plazo máximo de seis meses¹⁶.

II.3.b. En el ámbito educativo

Los centros escolares, frente a una situación de sospecha de maltrato, deben contar con un itinerario o circuito interno en que se precise la función, así como la responsabilidad, de cada categoría de manera que se sabrá con claridad quién es el responsable de la remisión de las hojas de notificación a los Servicios Sociales, con quienes deben colaborar desde el inicio del proceso. Por tanto, ante la evidencia de una situación de riesgo del menor se debe informar de ello, igual que ocurría con los Servicios Sociales, con la mayor celeridad posible, al Ministerio Fiscal, Juzgado de Instrucción de Guardia y al Servicio de Protección de menores correspondiente a la Comunidad Autónoma.¹⁷

Por tanto, además de las funciones ya nombradas, de confirmarse un maltrato leve o moderado, el equipo directivo y de orientación deben realizar un informe de seguimiento del menor, que se remitirá a la Dirección o Delegación Provincial de Educación – o equivalente – en un plazo máximo de seis meses, siempre previo a la finalización del curso escolar en que el menor se encuentre. Y, de confirmarse un maltrato grave, en primer lugar, el equipo directivo y el equipo de orientación psicopedagógica deben trasladar al equipo de profesores correspondiente – y con toda la prudencia posible – aquella información necesaria sobre el supuesto que se haya recibido por parte de los servicios sociales; y, en segundo lugar, estos mismos equipos deben realizar un informe de seguimiento del menor que se remitirá a la Dirección o Delegación Provincial de Educación y a los Servicios Sociales o de Protección de Menores en un plazo no superior a tres meses, previo a la finalización del curso escolar vigente.

II.3.c. En el ámbito sanitario

Los servicios sanitarios cumplen una doble función en los casos de maltrato infantil. Además de la labor de detección – realizada desde centros de asistencia primaria, hospitales, etc. – realizan la importantísima función de diagnóstico, necesaria para distinguir entre sospecha o certeza de la situación de maltrato.

¹⁵ De incoarse un procedimiento penal, dicha Entidad debe enviar un informe de evaluación de la situación del menor y el Plan de Intervención que se ha realizado para atenderlo – si es solicitado por Fiscalía o por el órgano judicial –.

¹⁶ Si se trata de un supuesto de declaración de desamparo, dicho informe será enviado también a Fiscalía de Menores.

¹⁷ Así, el art. 14 LOPJM indica que: *“Las autoridades y servicios públicos tendrán la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, de la Entidad Pública y del Ministerio Fiscal”*.

De existir claras señales de una situación de peligro del menor, como en los anteriores ámbitos (social y educativo), se debe informar de ello a los correspondientes cuerpos, servicios o instituciones con la mayor rapidez posible. Asimismo, tanto ante casos de sospecha como de certeza de maltrato infantil grave, el hospital no debe dar el alta al menor hasta que no se haya garantizado su seguridad.

Si se constata un maltrato leve o moderado en la valoración, debe realizarse una exploración y una toma de muestras del menor, siempre en una atmósfera lo más acogedora posible con la intención de que ello sea menos traumático para éste. Asimismo, el médico debe realizar un informe de seguimiento con la situación de la víctima, que remitirá a los Servicios Sociales en un plazo no superior a seis meses. También se debe establecer un protocolo de detección de situaciones de riesgo de maltrato infantil mediante la coordinación de todos los programas sanitarios y con el asesoramiento de los Servicios Sociales, así como tener en cuenta la valoración del riesgo de maltrato infantil en el embarazo y neonatología en determinadas situaciones – rechazo al embarazo, enfermedad mental o deficiencias psíquicas, embarazo adolescente, etc. –.

Si se constata un maltrato grave en la valoración, ha de notificarse directamente a la Entidad Pública de Protección de Menores y comunicarse al Juzgado y a la Sección de Menores de la Fiscalía. Ante la necesidad de una inminente actuación, el caso se debe derivar al servicio de urgencias del centro hospitalario que corresponda, remitiéndolo al Juzgado de Guardia y, si es necesario – y a requerimiento de éste –, la víctima será visitada por un facultativo del hospital y por un médico forense, quienes emitirán un informe conjunto para las instituciones y entidades correspondientes. En cuanto al examen médico pericial del menor, debe ser realizado por un médico forense o un facultativo nombrado por el Juez para ello, teniendo el pediatra, a mayores, que ratificar ante el Juez de instrucción el parte de lesiones realizado sobre el menor víctima de los malos tratos.

II.3.d. En el ámbito policial

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante estas situaciones, deben actuar de manera coordinada con el fin de garantizar la inmediata protección del menor.

En las primeras diligencias policiales se redactarán informes acerca de todas las averiguaciones realizadas, así como de la recogida de pruebas, que serán remitidos a las instancias correspondientes.

Es el cuerpo policial el que debe asegurar la dignidad e integridad física y moral de la víctima en todo momento – lugar de los hechos, traslados a centros hospitalarios y asistenciales o domicilio – mediante la práctica de aquellas actuaciones que resulten necesarias. Asimismo, con el fin de garantizar la seguridad e integridad del menor, así como la de los profesionales que lo atiendan, prestarán el auxilio necesario y colaborarán con los Servicios de Protección de Menores en la ejecución del procedimiento y las medidas administrativas cuando así lo requiera el interés del menor por falta de colaboración necesaria sus padres o tutores.

También está obligado a informar a la Autoridad Judicial de aquellos hechos constitutivos de infracción penal, siendo incluso capaces de intervenir de manera directa en delitos públicos (a citar, el maltrato doméstico).

Finalmente, se encargan de realizar la investigación y el informe sobre el caso, tomando declaración a testigos y recogiendo aquella información que Juzgados o Tribunales, o el Ministerio Fiscal solicite.

II.3.e. En el ámbito judicial

La intervención por parte de los órganos judiciales ante casos de maltrato infantil puede realizarse en cualquier momento de la actuación protectora, dando lugar a la práctica de las actuaciones que establecen las normas legales aplicables y que siempre han de tener en cuenta el interés superior del menor¹⁸.

Dicho esto, cabe diferenciar dos fases en el ámbito judicial: fase de instrucción y juicio oral.

En la fase de instrucción, siendo competente el Juzgado de Instrucción, se dará preferencia a aquellos procedimientos relativos a maltrato infantil y, siempre en favor del interés del menor, se analizará la posibilidad de la adopción de medidas cautelares de protección de la víctima, conforme a lo establecido en los artículos 13, 503 y siguientes, 544 bis, 544 ter de la LECrim, y artículo 158 del Código Civil.

Asimismo, el Juzgado debe poner los hechos a disposición de la Oficina de Atención a la Víctima correspondiente para que ampare y acompañe al menor desde el comienzo del proceso (así como a su familia). Los hechos deben ponerse también en conocimiento de la Entidad Pública de Protección de Menores competente cuando el menor se encuentre en situación de riesgo o desamparo, adoptándose a su vez las medidas de protección que resulten necesarias para el caso.

Cabe la posibilidad, y es conveniente valorarlo, de que la declaración del menor sea practicada en fase de instrucción como prueba preconstituida, evitando así posibles efectos de victimización secundaria, y siempre que resulte admisible y conforme a la jurisprudencia emanada tanto de los Tribunal europeos como de los Tribunales españoles¹⁹. Así, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón 375/2013²⁰, en su Fundamento de Derecho Primero, que es posible que *“la declaración prestada por éste (el menor) en fase de investigación judicial en un contexto, [...], de preconstitución probatoria, pueda ser bastante por sí misma y evite una nueva declaración del niño/a en el acto del juicio oral, de modo que pueda ser utilizada como prueba de cargo siempre que, [...], se respetara el derecho de defensa del acusado, [...]”*; y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹ indica que la protección del interés del menor que afirma haber sido objeto de un delito justifica y legitima que, en su favor, se adopten medidas de protección que pueden limitar o modular la forma ordinaria de practicar su interrogatorio.

¹⁸ Vid. *infra* III.3. El principio *favor filii*.

¹⁹ SSTs 96/2009 de 10 de marzo (TOL: 1.494.514), FD 2º a 7º; 743/2010, de 17 de junio (TOL: 1.919138), FD 3º; y 19/2013, de 9 de enero (TOL: 3.007.662), FD 1º, apartado 2.

²⁰ TOL: 3.756.275.

²¹ Vid. SSTEDH, de 2 de julio (Caso S.N. vs. Suecia); de 28 de septiembre de 2010 (Caso A.S. vs. Finlandia) [JUR: 2010/332112]; y STJCE, de 16 de junio de 2005 (Caso Pupino) [TJCE: 2005/184].

En relación con lo anterior debe tenerse en cuenta la aplicación, cuando proceda, de los artículos 433 y 448 de la LECrim, con el objetivo de que se provoque la mínima perturbación posible al menor en el momento de la declaración.²²

Finalmente el Fiscal, velando por la protección procesal de las víctimas, promoverá aquellos mecanismos pertinentes para que reciban ayuda y asistencia efectivas, así como ingresar la indemnización de los daños producidos al menor.

En cuanto a la fase de juicio oral, de no haber sido procedente la preconstitución probatoria, el menor debe declarar en éste siguiéndose una serie de pautas, a saber:

- Si existe oficina de atención a la víctima, se debe informar a la misma de la fecha y hora del juicio con el fin de que preste auxilio, informe y, si fuere necesario, acompañe al menor y a su familia.
- Tal como indica el artículo 9.1 de la LOPJM: “[...]las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento”.
- Se evitará la confrontación visual con el inculpado en la declaración del menor, utilizando si es necesario cualquier medio que posibilite dicha práctica, como indica el artículo 707.II de la LECrim, siendo posible incluso la declaración por videoconferencia o sistema similar (artículo 731 bis de la misma).

II.4. Seguimiento a realizar en el presente supuesto

Tras lo expuesto anteriormente, es necesario determinar cuál es la situación en la que se encuentra Lucas para, con posterioridad, poder precisar cuál es el seguimiento adecuado que ha de realizarse.

Es posible afirmar que Lucas se encuentra en una situación de desprotección o desamparo²³. Teniendo presente la definición de desamparo que reflejan los artículos 172.1.II del Código Civil y 18.2 de la LOPJM – recuérdese que el desamparo es “una situación de hecho, querida o no, en la que se encuentran o pueden encontrarse los menores, caracterizada por la privación de la asistencia o protección moral y material necesarias lo que dará lugar, de forma automática a la asunción de la tutela por la Entidad Pública que tiene encomendada la protección de los menores, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos”²⁴ – es menester conocer qué circunstancias dan lugar a dicho desamparo en el presente caso. Así, en el artículo 18.2.IV de la citada ley, se recogen una serie de circunstancias que darán lugar a tal situación cuando se den “con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas

²² También regulado en textos internacionales como la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, o las conocidas como Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, aprobadas en la sesión plenaria de la XIV Cumbre Iberoamericana.

²³ Vid. *infra* **ANEXO B**.

²⁴ Vid. *BÉRGOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), Manual de derecho civil. Derecho de familia, Ed. Bercal, Madrid, 2015, pp. 282-284, así como SAP de Barcelona de 20 de julio de 2000 (TOL: 22.786), FD 1º, párrafo tercero, en relación con el párrafo segundo.*

conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor”, siendo relevantes, para el caso de Lucas, los apartados c) y d).

El apartado c) del citado precepto recoge aquel estado de riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, *“particularmente cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar [...]”*.

Mientras que el apartado d) hace referencia al riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad causado por el maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de sus progenitores, tutores o guardadores.

La justificación de la concurrencia, en el presente caso, de las circunstancias vigentes en estos apartados se debe, en primer lugar, a los evidentes signos de maltrato y síntomas de desnutrición que el menor padecía en el momento en que tiene lugar la visita al pediatra, el doctor Castro (nótese que es éste quien denuncia dicha situación); y, en segundo lugar, al visible descuido que padecía Lucas, también en el momento de la visita médica, debido a la omisión de las más esenciales atenciones que éste precisaba, tanto por parte de su madre como por parte de sus abuelos.

Ante estos signos de maltrato, síntomas de desnutrición y descuido que padecía Lucas durante la visita médica, el doctor Castro, en virtud del artículo 262 de la LECrim y del artículo 45 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid²⁵, decidió denunciar dicha situación ante los servicios sociales, los cuales deberían notificar tal situación a la Entidad Pública de Protección de Menores de Madrid, pues es la competente para actuar ante situaciones de desamparo, así como al Juzgado de Instrucción de Guardia y a la Sección de Menores de la Fiscalía de Madrid²⁶.

Asimismo en este caso, debido a la manifiesta situación de desamparo familiar, el doctor Castro pudo remitir el caso al Servicio de Urgencias del Hospital correspondiente – así como avisar a la Unidad de Trabajo Social del Centro hospitalario – para que Lucas fuese tratado de la evidente desnutrición así como de los daños provocados por los malos tratos, sin recibir el alta hasta haberse tomado las oportunas medidas de protección por parte de las entidades ya citadas.

El Ayuntamiento de Madrid, como entidad local municipal y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local²⁷, posee la competencia para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, estando obligado a prestar servicios sociales. Es por ello que, ante una situación de desamparo como la presente, la Administración *“está obligada a adoptar, en primer lugar, medidas de protección en el propio entorno familiar del menor, aplicando medidas que impliquen la separación de su familia*

²⁵ «BOCM» núm. 83, de 7 de abril de 1995; y «BOE» núm. 183, de 2 de agosto de 1995.

²⁶ Dicha notificación al Ministerio Fiscal y al Juzgado de Instrucción de Guardia, tiene carácter urgente debido a que se trata de un caso de desamparo de un menor y deben tomarse lo más rápido posible las medidas al respecto.

²⁷ «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985.

cuando se produzcan carencias graves en la satisfacción de sus necesidades básicas y éstas no puedan ser cubiertas mediante la aplicación de otras medidas. De ahí la importancia, advertida por los tribunales, de delimitar con claridad las situaciones de riesgo y de desamparo y la necesidad de interpretar de forma restrictiva el concepto legal de desamparo^{28,29}. Así, y como concurre en el caso, Lucas es apartado de su familia por los servicios sociales, privando de esta forma a Lola (recuérdese, madre de Lucas) de la patria potestad de su hijo, como medida cautelar instada por el Ministerio Fiscal.

Indica el *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la Protección de Menores*, que la separación debe proponerse únicamente ante la imposibilidad de asegurar la protección y el bienestar del menor en el domicilio familiar a causa de la presencia de una serie de circunstancias, a nombrar para el caso que nos concierne, la desprotección que Lucas está sufriendo y su elevada vulnerabilidad – por tratarse de un bebé de apenas cuatro meses –. Por tanto, *“la separación del menor de su familia como medida de urgencia sólo debe proponerse cuando exista un peligro grave e inminente para su salud y su integridad básicas y no haya sido posible reducirlo mediante otras medidas”*³⁰, como ya se ha afirmado que ocurre en el presente caso.

Por tanto, conforme a lo previsto en los artículos 172 y siguientes del Código Civil, Protección de Menores y Servicios Sociales deben, en primer lugar, adoptar las medidas de protección necesarias³¹ para la guarda de Lucas, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Juzgado de Guardia (artículo 18.1 LOPJM), medida que se debe notificar en forma legal a Lola, María y Daniel. En este caso, debido al nombramiento de un tutor legal por parte de Lola para el caso de que concurrieran determinadas circunstancias, en el cual existe una cláusula que recoge dicha situación, la tutela corresponde a la persona que dicho nombramiento designa, Roberto – siempre que se demuestre su idoneidad para ello –, con lo cual, se debe otorgar la tutela a éste. En segundo lugar, debe garantizar el tratamiento terapéutico que necesite Lucas debido a su situación de desnutrición y los posibles daños causados por las agresiones recibidas; y, en tercer lugar, deben regular el control del presente caso elaborando un informe de seguimiento en colaboración con Servicios Sociales y el Centro Hospitalario en que Lucas es atendido, que posteriormente se proporcionará al juzgado competente para su estudio y valoración en los procedimientos judiciales abiertos al respecto.

²⁸ Entre otras, SAP de Asturias de 26 de septiembre 2006, así como los AAP de Burgos de 22 de julio de 2002, o AAP de Toledo de 9 de febrero de 2000.

²⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE FAMILIA, INFANCIA Y VOLUNTARIADO. ÁREA DE GOBIERNO DE FAMILIA Y SERVICIOS SOCIALES, *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la Protección de Menores*, Ayuntamiento de Madrid, 2008, p. 25.

³⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE FAMILIA, INFANCIA Y VOLUNTARIADO. ÁREA DE GOBIERNO DE FAMILIA Y SERVICIOS SOCIALES, *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la Protección de Menores*, op. cit., p. 170.

³¹ Son medidas de protección necesarias aquellas a que hacen referencia los arts. 13, 544 bis y 544 ter LECrim, siendo aplicable al caso la medida cautelar de prohibición de aproximarse, tanto Lola como María y Daniel (recuérdese que estos últimos son los abuelos del menor), a Lucas. Asimismo, junto con la orden de protección recogida en el art. 544 ter LECrim, se incluye la pérdida de la patria potestad por parte de la madre – Lola – hasta que se trate la cuestión en el correspondiente procedimiento judicial.

III. DECISIÓN JUDICIAL³²

III.1. Respeto de los abuelos del menor

Tal como apuntan los antecedentes de hecho, María y Daniel, padres de Lola, siendo conscientes conocedores de los maltratos a los que su nieto Lucas se encontraba expuesto, no hicieron nada por impedirlos participando incluso, en diversas ocasiones, de dichos episodios. Así, esta parte entiende la concurrencia en dichos actos de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar tipificado en el artículo 173.2, .3 y .4 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal³³, en concurso ideal con un delito de lesiones del artículo 147 del citado Código, así como un delito de lesiones por omisión, lo cual será objeto de exposición a continuación.

III.1.a. Delito de violencia habitual en el ámbito familiar

El artículo 15 de la Constitución Española³⁴ prohíbe la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, así como aquellas acciones que supongan un menoscabo a la integridad física o moral de las personas. Partiendo de esto, el bien jurídico a proteger en el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, tal como sostiene el Tribunal Supremo³⁵, no es otro que la integridad personal debido al atentado que éste supone contra los valores recogidos en el citado precepto constitucional (derecho a la dignidad, integridad física y moral, protección de la familia...).

El artículo 173 del Código Penal, en su segundo apartado, señala que se castigará por un delito de violencia habitual en el ámbito familiar a quien ejerza habitualmente “*violencia física o psíquica*” respecto de personas que sean o hayan sido cónyuges del autor o tengan análoga relación de afectividad aún sin convivencia; descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente; menores o incapaces que convivan con el autor o se hallen sujetos a patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente; persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo familiar; o personas que, por su especial vulnerabilidad, estén sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

En cuanto a la conducta típica de este delito, ésta consta de dos expresiones que resulta necesario analizar: el ejercicio de actos de violencia física o psíquica y la habitualidad.

Por ejercer se entiende realizar algo, llevar a cabo una acción activa con un fin destinado; por violencia física debe entenderse aquella “*que supone el empleo de vis compulsiva sobre el cuerpo de uno de los miembros de la unidad familiar*”, pudiendo

³² En el presente capítulo se tratarán las posibles decisiones a adoptar por parte de los Jueces conocedores de los respectivos asuntos, correspondientes a los distintos procesos abiertos contra la familia biológica del menor, Lucas.

³³ «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³⁴ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³⁵ Vid. SSTS 662/2002, de 18 de abril (TOL: 4.920.776), FD 4º, y 1212/2006, de 25 de octubre (TOL: 1.022.940), FD 5º, entre muchas otras.

tratarse desde una rozadura hasta la propia muerte de la víctima; y por violencia psíquica, cualquier intimidación, amenaza o coacción, así como tratos degradantes.³⁶

En cuanto a la habitualidad, según el apartado tercero del citado precepto, para determinar su concurrencia ha de atenderse al número de actos de violencia y su proximidad temporal, independientemente de que hayan sido afectadas una o varias personas y de que dichos actos hayan sido objeto de enjuiciamiento en anteriores procesos o ya hayan prescrito. Así, el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias³⁷ sostiene la irrelevancia de la cosa juzgada o la prescripción, dando importancia a la presencia de una reiteración o asiduidad de dichos actos, suponiendo la continuidad del trato violento.

Se trata pues, como bien indica el profesor Ramos Vázquez, de “castigar una serie de malos tratos continuados en sí: no se requiere, pues, efectivo menoscabo de salud, es decir, un resultado de lesión”³⁸.

Lucas es descendiente por naturaleza tanto de María como de Daniel, puesto que es su nieto, lo cual resulta suficiente en cuanto a los requisitos referidos al sujeto pasivo para la concurrencia de dicho delito pero, además, no podemos olvidar que Lucas es un menor³⁹ que convivía con ambos en el momento de los hechos, circunstancia que se da por demostrada al tener Lola entonces la edad de 13 años, lo cual imposibilitaba su emancipación y, por ende, que viviese en domicilio distinto al de sus padres⁴⁰.

Limitándome a la serie de malos tratos continuados en sí y no al menoscabo de la salud de Lucas, que será objeto de análisis al referirme al delito de lesiones, la expresión “en diversas ocasiones” da lugar a una libre interpretación. Así pues, cabe entender esta diversidad de circunstancias como una reiteración de malos tratos sobre el menor, demostrándose con ello la concurrencia del requisito de habitualidad⁴¹.

Igualmente, se demuestra la proximidad temporal en la frecuencia de los malos tratos, pues recordemos que es el pediatra del menor quien, durante la última visita, denuncia dicha situación y, tal como se muestra en el cuadro del ANEXO C, las visitas pediátricas durante los primeros meses de un bebé se realizan durante un corto período de tiempo por motivo de las vacunas que se le deben poner. Entendiendo esta última visita médica como la correspondiente revisión ordinaria con objeto de poner al menor las pertinentes vacunas, ésta debió tener lugar a los cuatro meses de edad de Lucas,

³⁶ Vid. ALCALÉ SÁNCHEZ, M. y RODRÍGUEZ MESA, M. J., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en AAVV, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (TERRADILLO BASOCO, J. M., Coord.), Tomo III, Vol. 2, Ed. Iustel, Madrid, 2016, pp.165-166.

³⁷ SSTS 1750/2003, de 18 de diciembre (TOL: 352.419), FD 1º; 770/2006, de 13 de julio (TOL: 1.002.342), FD 21º; y 607/2008, de 3 de octubre (TOL: 1.389.529), FD 5º, entre otras.

³⁸ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Lecciones de derecho penal parte especial*, Universidad de A Coruña, Curso académico 2016/2017, p.84.

³⁹ Recuérdese que tiene poco más de tres meses de edad cuando dan comienzo los hechos delictivos.

⁴⁰ El art. 314 CC recoge los supuestos por los que la emancipación tiene lugar, a saber: mayoría de edad, concesión de los que ejerzan la patria potestad y concesión judicial requiriéndose, en los dos últimos supuestos, la edad mínima de 16 años (vid. arts. 317, 319, 320 y 321 del citado Código).

⁴¹ La STS 1208/2000, de 7 de julio (TOL: 4.924.718), en su FD 6º subraya que la manera más acertada de determinar la habitualidad es por “la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

habiendo fallecido su padre biológico cuando contaba con tres meses de vida⁴². Ello nos deja un espacio temporal de un solo mes en el que, presuntamente, ocurrieron los repetidos sucesos de violencia.

III.1.b. Delito de lesiones

A diferencia del delito de violencia habitual, en el delito de lesiones el bien jurídico protegido no es la integridad corporal sino la salud de las personas, tanto en su vertiente física como psíquica, siendo reconocida constitucionalmente la integridad física y moral como derecho fundamental en el citado artículo 15.

Así, el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Segundo de su Sentencia 785/1998⁴³, de 9 de junio, define lesión como aquel *“daño en la sustancia corporal, perturbación en las funciones del cuerpo o modificación de la forma de alguna parte del cuerpo”*, pero *“también cuando se producen malestares físicos, como el terror o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central; cuando se somete a otro a fuertes ruidos o se le aterroriza con un arma”*.⁴⁴

En el artículo 147.1 del Código Penal se castiga a quien *“por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental [...] siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”*. Es decir, para que concurra este delito no basta con la simple lesión sino que se requiere una primera asistencia médica y algún tipo de tratamiento facultativo o quirúrgico. Se trata, pues, de un delito de resultado, ya que es necesaria la afectación a la salud – física o psíquica – de la persona.

Es posible afirmar que María y Daniel cometen un delito de lesiones sobre su nieto Lucas por las siguientes razones: en primer lugar, ambos llevan a cabo acciones violentas sobre el menor en varias ocasiones, siendo perceptibles los signos de maltrato durante la última revisión médica; en segundo lugar, acontece una primera atención por parte del pediatra de Lucas durante la visita prevista como consecuencia de los citados síntomas que rápidamente denuncia; y, en tercer lugar, se presume que, a causa de las circunstancias ya descritas, se hizo necesario un tratamiento médico, es decir, una acción posterior a la primera asistencia facultativa destinada a la curación de las posibles lesiones que Lucas tuviese a causa de los malos tratos.

Asimismo también cabe atribuir a los abuelos de Lucas un delito de lesiones cometido por omisión, justificado por los evidentes síntomas de desnutrición que padece el menor en el mismo momento de la visita médica, siendo percibidos a simple vista por el pediatra.

Sobre la comisión de un delito por omisión, la Sentencia del Tribunal Supremo 1161/2000⁴⁵, de 26 de junio, en su Fundamento de Derecho Tercero dice lo siguiente: *“El artículo 11 del Código penal regula la comisión por omisión, señalando que los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber*

⁴² Téngase en cuenta la importancia del momento de fallecimiento del padre biológico de Lucas por ser el desencadenante de los malos tratos al entrar Lola en una profunda depresión.

⁴³ TOL: 5.133.851.

⁴⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Lecciones de derecho penal parte especial*, op. cit., p. 36.

⁴⁵ TOL: 4.923.502.

jurídico del autor, equivalga [...] a su causación". Por tanto, al tratarse las lesiones de un delito de resultado, es necesario demostrar que tal omisión dio lugar a unas circunstancias cuyo resultado sería idéntico de haberlas causado intencionadamente.

Al vivir en el mismo domicilio María, Daniel, Lola y Lucas, resulta improbable, por no decir imposible, que los dos primeros desconocieran de la falta de alimentación o de los hechos que dieron lugar a la desnutrición del menor, lo cual me lleva a la conclusión de que, siendo estos conocedores de esta situación, no hicieron nada por evitarlo, incurriendo así en la citada comisión por omisión, puesto que en caso de haberse negado a prestar alimento a Lucas el resultado hubiera sido el mismo.

Finalmente, cabe hablar de la existencia de un tipo agravado del delito de lesiones en los artículos 148 a 150 del Código Penal, interesando para el supuesto que se está analizando en este trabajo aquella relativa a las víctimas menores de 12 años o incapaces, o la relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima cuando conviviere con el autor (numerales 3º y 5º del artículo 148 del citado Código, respectivamente) puesto que, por una parte, Lucas es menor de 12 años y, por otra, es especialmente vulnerable y convive con sus abuelos (presuntos autores).⁴⁶

La aplicación del tipo agravado será potestativa del Juez o Tribunal, que debe atender al resultado causado o al riesgo producido.⁴⁷

III.1.c. Concurso ideal entre el delito de violencia habitual en el ámbito familiar y el delito de lesiones

La Sentencia del Tribunal Supremo 508/2016⁴⁸, de 30 de junio, afirma en su Fundamento de Derecho Cuarto que *“se está ante un concurso de delitos, ya sea en su modalidad real o ideal, cuando se precisa aplicar dos o más tipos penales para penar debidamente todo el desvalor de la conducta integrante de uno o varios actos del acusado”*. Así, estamos ante un concurso real cuando un sujeto ha realizado varios comportamientos que han dado lugar a varios delitos, mientras que se habla de concurso ideal cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones penales.⁴⁹

Entre los ya estudiados delitos de violencia habitual en el ámbito familiar y de lesiones cabe un concurso ideal pues existiendo un único comportamiento por parte de Daniel y María, se ha dado lugar a dos infracciones penales distintas. Es decir, los malos tratos proferidos a Lucas son constitutivos de dos infracciones penales distintas, lo cual permite demostrar la existencia del concurso ideal entre ambos delitos.

III.1.d. Decisión del Juez conecedor del caso

Tras el análisis realizado en los anteriores subepígrafes, considero que el Juez competente para resolver esta cuestión debería, en primer lugar, condenar a María y Daniel, como coautores de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar en concurso ideal con un delito agravado de lesiones del artículo 148.3 del Código Penal⁵⁰,

⁴⁶ A la hora de la aplicación, el Juez deberá decantarse por una sola de las circunstancias agravantes, considerando esta parte más oportuna la relativa a la especial vulnerabilidad de la víctima cuando conviviere con el autor o autores.

⁴⁷ Vid. RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Lecciones de derecho penal parte especial*, op. cit., p. 40.

⁴⁸ RJ: 2016/5112.

⁴⁹ Vid. art. 73 CP para concurso real y art. 77 CP para concurso ideal.

⁵⁰ Recuérdese que el tipo agravado en el delito de lesiones es de aplicación potestativa por el Juez, atendiendo al resultado causado o al riesgo producido. Por ello, esta parte cree conveniente la aplicación

a una pena de prisión a determinar entre 3 años, 6 meses y 1 día a 5 años. Dicho período resulta de la aplicación de las normas del concurso ideal pues, el artículo 77 del citado Código, prevé en estos casos la aplicación de la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, “*sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones*”, siendo la pena más grave para este caso el delito agravado de lesiones, castigado con la pena de prisión de 2 a 5 años. Asimismo, cabe imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, la prohibición de aproximarse a Lucas a una distancia mínima y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento durante el tiempo de la condena.

En segundo lugar, el Juez también debería condenar a Daniel y María, como coautores de un delito de lesiones mediante comisión por omisión y concurriendo la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, a una pena de prisión a determinar entre 1 año, 7 meses y 16 días a 3 años, resultante de aplicar a la pena del delito de lesiones del artículo 147.1 (3 meses a 3 años) la citada agravante, que prevé la aplicación de la sanción en su mitad superior. Igualmente, se impondrá la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento durante el tiempo de la condena.

En tercer lugar, y en relación con lo anteriormente dicho, el Juez conocedor del caso debería exigir a María y Daniel una responsabilidad civil en concepto de indemnización por los daños causados Lucas, en virtud de los artículos 109 y siguientes del Código Penal.

Finalmente, sobre la privación de la patria potestad de Lola como motivo de los comportamientos delictivos de Daniel y María, a mi parecer, no corresponde tal decisión al Juez que conozca de los hechos ilícitos cometidos por estos, sino que corresponderá a un Juez de la jurisdicción civil, en relación con un incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad⁵¹. Justifico esta decisión en que los actos penados no fueron cometidos sobre Lola sino sobre Lucas, única víctima de los delitos, lo cual hace imposible imponer penalmente tal pena privativa de derechos respecto de su hija. En referencia al tema, la Sentencia del Tribunal Supremo 253/2000⁵², de 24 de mayo, en su Fundamento de Derecho Único afirma que el mero hecho de haber sido condenado a una pena de prisión de larga duración no es causa de privación de la patria potestad.

de este tipo a causa del riesgo producido a Lucas mediante los malos tratos y debido a su corta edad, circunstancias analizadas anteriormente.

⁵¹ Dicho incumplimiento se basa en el art. 154 CC, cuando afirma que la patria potestad comprende el deber de velar por los hijos, pues se debe entender por velar no solo protegerlos de todo peligro que amenace su salud física o psíquica, sino también protegerlos de sus propios actos, lo cual no llevan a cabo con Lola al permitir que maltrate a Lucas. Asimismo tampoco se cumplen dichos deberes al no prestar ayuda médica a su hija en relación con la grave depresión que padece, dejando así que dicha enfermedad pueda empeorar, poniendo en peligro la salud psíquica e incluso física de su hija. Respecto del citado precepto, *Vid.* ACEVEDO BERMEJO, A., *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, pp. 241-242.

⁵² TOL: 4.927.084.

Ello no quita de la imposición de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad durante la condena, pena accesoria que considero pertinente en vista de la evidente imposibilidad de ambos para ejercer el cuidado de un menor.

III.2. Respetto de la madre del menor

Como consecuencia de la denuncia del doctor Castro, contra Lola García García, se inicia un procedimiento civil cuyo objeto es determinar si su comportamiento puede traer causa de privación de la patria potestad respecto de su hijo.

III.2.a. Ausencia de responsabilidad penal

El artículo 9 del Código Penal establece que *“los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”*, indicando posteriormente que *“cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor”*.

Esta norma a la que remite dicho precepto es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁵³, la cual, en su artículo 1.1 apunta que *“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”*.

En el momento de comisión de los manifiestos actos de maltrato sobre su hijo Lucas, Lola tenía la edad de trece años, razón por la que dichos hechos no pueden ser considerados delictivos y, por ende, resultan inimputables. Por tanto, no es posible, por parte del Estado, exigir a Lola responsabilidades penales por la comisión de estos, lo cual justifica que no se abriera un proceso penal y únicamente se traten los temas relacionados con el ámbito civil.

Para casos como el presente, el artículo 3 de la LORPM afirma que al menor *“se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes”*, así como que *“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”*. Es decir, el Fiscal de Menores competente emitirá un informe que, posteriormente, transmitirá a Servicios Sociales y con el cual estos últimos estudiarán las medidas que será necesario tomar. Se trata pues de un trámite administrativo destinado al estudio de la situación de menores con problemas de conducta para intentar subsanar dichas circunstancias y evitar que perduren.

Los problemas de conducta percibidos en el comportamiento de Lola se deben a la profunda depresión en la que entra tras el fallecimiento de Mario, su pareja y padre biológico de Lucas, desencadenando dichos problemas en los malos tratos hacia su propio hijo, de lo cual, ya se ha dicho, resulta inimputable, por lo que no cabe entrar a tratar el tema de la depresión a efectos legales más que para demostrar la incapacidad de ésta para tener a su cargo a Lucas.

⁵³ «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2000, en adelante «LORPM».

No ocurre así en el ámbito civil, en donde sí cabe una responsabilidad derivada del daño causado por el menor, prevista en el artículo 1903 del Código Civil, en referencia con el artículo 1902 del mismo⁵⁴, que se trasladará a otras personas – padres, tutores o centros educativos – para que reparen el perjuicio causado. Así, sobre los padres de Lola recaerá la responsabilidad civil que el Juez competente decida imponer.⁵⁵

Por último, en cuanto a los referidos problemas de conducta de Lola, estos deben ser estudiados por el Juez a que corresponda para resolver el caso de posible privación – a María y Daniel – de la patria potestad sobre la menor por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma⁵⁶, pudiendo ser otorgada la tutela de Lola al Estado.

III.2.b. Privación de la patria potestad del menor⁵⁷

El artículo 39.3 de la Constitución reza que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”*. Así, tal asistencia se regula en el Título VII del Código Civil, bajo la rúbrica *“De las relaciones paterno-filiales”*, indicando el artículo 154 que *“los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores”* la cual se ejercerá siempre en interés de los hijos, comprendiendo dicha potestad una serie de deberes y facultades, a saber: *“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”* y *“representarlos y administrar sus bienes”*.

Debe entenderse, pues, por patria potestad el *“conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de los hijos en tanto son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos padres; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del menor”*⁵⁸.

En cuanto a la privación de la patria potestad⁵⁹ – regulada en el artículo 170 del Código Civil – tiene lugar cuando se dicte sentencia judicial matrimonial, en causa

⁵⁴ *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*.

⁵⁵ Será competente para conocer de la responsabilidad civil e imponer la cuantía de ésta, el mismo Juez de lo Civil que responda de la cuestión acerca de la privación de la patria potestad sobre Lucas (*vid. infra III.2.b. Privación de la patria potestad del menor*).

⁵⁶ *Vid. supra III.1.d. Decisión del Juez concedor del caso, in fine*.

⁵⁷ Resulta necesario diferenciar extinción de privación de la patria potestad. La extinción tiene lugar por tres motivos recogidos en el art. 169 CC, a saber: muerte o declaración de fallecimiento de padres o hijo, emancipación, y adopción del hijo. Mientras que hablamos de privación al referirnos a los motivos que trata el art. 170 CC, siendo éstos: *“por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.”* En el presente subepígrafe, así como en todo el supuesto de hecho, se hace referencia únicamente a la privación de la patria potestad.

⁵⁸ STS de 8 de abril de 1975, citada por ACEVEDO BERMEJO, A., *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 230.

⁵⁹ *Vid. BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), Manual derecho civil. Derecho de familia, op. cit.*, p. 260; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2016, pp. 400-403; y ACEVEDO BERMEJO, A., *Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad, op. cit.*, pp. 260-265.

criminal o se demuestre la existencia de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.⁶⁰

Teniendo en cuenta gran parte de lo analizado en el subepígrafe anterior, considero que el comportamiento de Lola frente a su hijo Lucas puede y debe ser una causa de privación de la patria potestad del menor en virtud de un incumplimiento de los deberes relativos a ésta. Recuérdese que mantiene una actitud violenta hacia su hijo, lo cual deja al menor en una situación de completo desamparo que da lugar a la separación, al menos provisional, de ambos, quedándose el Estado con la tutela del menor⁶¹ y que, en mi opinión, es equivalente al deber de velar por su hijo.

Además, los maltratos también tienen lugar mediante la omisión de las más esenciales atenciones que Lucas precisaba al no prestarle el suficiente alimento ni encargarse de aquellas necesidades que pudiese tener mismo (entiéndase por ello el aseo, la alimentación, la atención afectiva que un bebé precisa, etc.) lo cual deriva en una desnutrición que el propio pediatra del menor detecta por sus evidentes síntomas, así como en un manifiesto descuido del menor.

El Juez competente para conocer de este asunto debe decidir al respecto teniendo en cuenta siempre el supremo interés del menor, regulado en el artículo 3.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño y desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia⁶².

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 189/2016⁶³, de 9 de mayo, afirma que con la privación de la patria potestad no se pretende “*sancionar la conducta del progenitor que incumple sus deberes*”, sino “*defender y proteger los intereses del menor*”, indicando el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 612/2015, de 9 de noviembre, que “*la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada*”, y “*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*”.⁶⁴

Sin perjuicio de que el interés del menor sea analizado posteriormente, en consonancia con lo que se dirá al respecto, considero que el Juez conecedor de este caso debería privar a Lola de la patria potestad de su hijo Lucas independientemente de que, como indica el último párrafo del artículo 170 del Código Civil, en beneficio del hijo, se pueda acordar “*la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación*”⁶⁵.

III.3. El principio *favor filii*

La LOPJM en su artículo 2 establece que “*en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que*

⁶⁰ Vid. al respecto, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales*, Ed. La Ley, 2010, Madrid, pp. 171-262, en especial pp. 171-206.

⁶¹ Vid. *supra* II.4. Seguimiento a realizar en el presente supuesto.

⁶² «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.

⁶³ TOL: 5.755.087.

⁶⁴ Vid., al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 357-358.

⁶⁵ Vid. *infra* IV.3.e. Posibilidad de regresión de la patria potestad del menor a la familia biológica.

podiera concurrir”, y el artículo 3.1 del Convenio sobre los Derechos del Niño 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”.

El principio *favor filii*, también conocido como interés superior del menor o mayor beneficio del menor, es un principio jurídico esencial básico que se encarga de la protección integral de los hijos, entendiéndose tal como superior a cualquier otro derecho legítimo.

A pesar de lo establecido en los anteriores preceptos, nuestro ordenamiento jurídico no aporta una definición de este principio, sino que se limita a formular aspectos generales de lo que puede ser considerado como tal, mientras que la doctrina formula algunas definiciones – aunque no de forma mayoritaria – las cuales poseen “*un denominador común al aceptar que el interés es un concepto jurídico indeterminado, que responde básicamente a lo que se considera como mejor para el menor*”⁶⁶.

Se trata de un principio cuyo objetivo y ámbito de actuación es el desarrollo evolutivo del menor (teniendo en cuenta tanto el momento temporal en que se encuentre como el futuro) y en el que se debe basar toda obligación de responsabilidad y crianza de los progenitores o representantes legales, así como en los procedimientos de adopción⁶⁷, siendo el único fundamento para separar a los hijos menores de sus padres en aquellos casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de estos, como sucede en el presente caso.

Por tanto, tal como sostiene Roca Trías, “*consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez, no pueden actuar por sí mismas, de forma independiente para garantizar su efectividad*”, manifestando en esta línea el Tribunal Supremo que “*siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés*”⁶⁸.

En referencia al supuesto, objeto de resolución de este trabajo, en toda decisión que se tome respecto de Lucas ha de primar siempre el mayor beneficio del menor, teniendo en cuenta, el Juez conecedor de los respectivos procedimientos así como aquellas instituciones a las que corresponda tomar alguna decisión o medida (véase Servicios Sociales y Protección de Menores), la situación en que éste se encuentra para poder ajustarse a las circunstancias concretas. Asimismo, por lo que respecta a las decisiones que se deban tomar en relación con Lola respecto de sus padres, ha de

⁶⁶ RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 35.

⁶⁷ *Vid.* arts. 18 y 21 CDN.

⁶⁸ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Coord.), *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 3, citando en el mismo las SSTs de 11 de febrero de 2011, de 25 de abril de 2011 y de 31 de enero de 2013.

tenerse en cuenta el mayor beneficio para ésta pudiendo, incluso, llegar a ser oída por un tribunal para conocer su voluntad y lo que considera mejor para sí misma.⁶⁹

⁶⁹ Vid. RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, op. cit., pp. 47-48.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

El Código Civil recoge en el Capítulo V del Título VII de su Libro I las formas que existen en nuestro ordenamiento jurídico para proteger a menores e incapaces cuando se encuentren en riesgo o situación de desamparo⁷⁰, a saber: acogimiento, guarda con finalidad de adopción y adopción, las cuales serán objeto de estudio a continuación.

IV.1. El acogimiento

Regulado en los artículos 172 a 174 del Código Civil, no es más que una forma de protección por la que se proporciona al menor un entorno adecuado cuando no cabe la posibilidad de que conviva con su familia de origen, y siempre en beneficio de sus intereses.

Existen dos tipos de acogimiento: familiar y residencial⁷¹, resultando más habitual el primero. Así, podemos definir acogimiento familiar como aquella medida a través de la cual se otorga la guarda de un menor a una familia de forma temporal o permanente, coincidiendo las obligaciones del acogedor con las correspondientes a la patria potestad.

La diferencia que existe entre el acogimiento familiar y la adopción es que en el primero *“no hay integración de derecho en la familia que lo acoge”*⁷², por el resto, los requisitos que exigidos serán los mismos en ambos⁷³.

El artículo 173 bis del Código Civil recoge tres tipos o modalidades de acogimiento familiar, aplicables según el beneficio del menor y las circunstancias que se den: acogimiento familiar de urgencia, *“aplicable principalmente a los menores de seis años mientras se decide la medida de protección que corresponda”*⁷⁴ sin poder excederse de los seis meses de duración; temporal, para los casos en que se prevea la reintegración del menor en su familia de origen o como medida provisional mientras no se adopte otra, no pudiendo superar su duración los dos años; o permanente⁷⁵, procedente de la finalización del plazo del acogimiento temporal sin posibilidad de retorno del menor a la familia de origen, o para menores con necesidades especiales.

El acogimiento debe ser formalizado por escrito, en cuyo documento constará la modalidad adoptada, así como su duración, los derechos y deberes que correspondan a cada parte, la regularidad de las visitas por la familia de origen del menor y el seguimiento a realizar por la Entidad Pública.

Finalmente, existen unas causas tasadas de extinción, recogidas en el artículo 173.4 del Código, a saber: por resolución judicial, por resolución de la Entidad Pública cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del menor, por la muerte o

⁷⁰ Vid. art. 17 LOPJM y art. 172.1 CC.

⁷¹ En este último caso, la guarda del menor se ejercita en centros de menores, donde el director o responsable del centro será quien lo acoja (vid. art.172 ter.1 CC).

⁷² BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual derecho civil. Derecho de familia, op. cit.*, p. 286.

⁷³ Vid. *infra* IV.3.a. **Concepto**, para conocer los requisitos.

⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AAVV, Curso de derecho civil. Derecho de familia, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2016, p. 448, *in fine*.

⁷⁵ Esta clase de acogimiento familiar, a diferencia de las otras dos, debe ser solicitada al Juez competente por razón de su carácter estable.

declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor y por la mayoría de edad del mismo.

IV.2. La guarda con finalidad de adopción

IV.2.a. Concepto

La Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce en el Código Civil un nuevo sistema de protección para aquella situación de desamparo de un menor, la denominada guarda con finalidad de adopción⁷⁶, con la cual se pretende sustituir el acogimiento preadoptivo⁷⁷ – a pesar de que su contenido es semejante –.

Así, el artículo 176 bis del Código prevé la *“posibilidad de que, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción al Juez y hasta que se dicte la resolución judicial correspondiente, se constituya una guarda con fines de adopción [...] con el fin de que se pueda conseguir y valorar la adaptación entre el menor y los eventuales adoptantes”*⁷⁸.

Con ésta se trata de fomentar la participación del menor en la nueva vida en familia, debiendo los guardadores cumplir con una serie de deberes y obligaciones, coincidentes con los inherentes al acogimiento familiar, a saber: *“velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”*⁷⁹.

Para poder delegar en una persona la guarda de un menor en situación de desamparo, ésta debe reunir los requisitos que el artículo 175 del mismo exige para la adopción⁸⁰, así como prestar su consentimiento.

Asimismo, y salvo que se disponga lo contrario en relación con el interés del menor, al iniciarse la convivencia preadoptiva se debe suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia biológica o de origen.

Por último, la propuesta de adopción ante el Juez competente debe tener lugar en un plazo no superior a tres meses (a contar desde la resolución administrativa por la que se otorgue la guarda), pudiendo prorrogarse hasta un máximo de un año cuando sea necesario un mayor período de adaptación del menor a la familia.

En resumen, la guarda con finalidad de adopción es un acto jurídico, obtenido por resolución administrativa, previo a la presentación de una propuesta de adopción por parte de la Entidad Pública correspondiente, cuyo objetivo es mejorar la adaptación del menor desamparado en una nueva familia antes de que procedan los trámites pertinentes para constituir la adopción de éste.

⁷⁶ Vid. art. 2, veintiuno, de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁷ Vid. Disposición Adicional Segunda de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁷⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La adopción”, en AAVV, Curso de derecho civil. Derecho de familia, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2016, p. 462.

⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., Derecho de familia, *op. cit.*, p. 400.

⁸⁰ Vid. *infra* IV.3.a. **Concepto**, para conocer los requisitos.

IV.2.b. ¿Es la medida más beneficiosa para los intereses del menor? ¿Y para los intereses de la madre?

Para responder a esta cuestión es menester recordar que Lucas se encontraba en una situación de desamparo debido a los malos tratos recibidos por su madre y sus abuelos, lo cual dio lugar a las medidas por las que se llegó a este punto de cuestionarse si la guarda con finalidad de adopción es la medida más beneficiosa para sus intereses o si, por el contrario, existe una medida cuyo beneficio es mayor.

Sin entrar a valorar de manera extensa aspectos jurídicos sino más bien morales o éticos, lo primero que cualquier persona opinaría es que de ninguna manera podría ser esta medida la mejor para el interés del menor pues hablamos, como se acaba de ver, de un acto por el cual, tras un período de adaptación, se constituirá la adopción del menor, lo cual privará a la madre biológica de todo derecho sobre su hijo sin posibilidad de retorno a la familia de origen en un momento posterior⁸¹, siendo ello perjudicial tanto para el menor como para su progenitora, pues es derecho de cualquier niño estar al lado de sus padres así como el de los padres tener a sus hijos consigo.

Pero la jurisprudencia, que deja de lado la ética y la moral para tratar lo jurídico, afirma que *“el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas”*⁸², mientras que el derecho de los padres biológicos *“no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”*⁸³.

Así, se deben adoptar siempre las medidas más favorables al desarrollo físico, intelectual e integración social del menor, *“contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés”* del mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior así como el caso en especial de Lucas, la guarda con fines de adopción es la medida más beneficiosa para sus intereses, puesto que éstos no serán protegidos por su familia de origen debido a la más que demostrada desatención en que se encontraba, la cual no parecía que fuese a cesar, resultando tanto su madre como sus abuelos incompetentes para tal ejercicio de protección.

En cuanto a la medida más beneficiosa para los intereses de la madre, también menor de edad, ha de entenderse que frente a los intereses de Lola prima el mayor interés de Lucas, su hijo, ocupando el rol de madre o progenitora del menor y prevaleciendo los intereses del niño sobre cualquier otro, en virtud del principio *favor filii*. Así lo afirma la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 565/2009, de 31 de julio, cuando en el apartado segundo de su Fundamento de Derecho Segundo afirma que *“el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego”*.

⁸¹ Vid. al respecto, RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, op. cit., p. 57.

⁸² STS 60/2012, de 17 de febrero, citada por la STS 170/2016, de 17 de abril (TOL: 5.681.144), FD 2, apartado 3.

⁸³ STS 565/2009, de 31 de julio (TOL: 1.723.143), FD 6.

Hablamos pues, de intereses contrapuestos, siendo el de Lola la posibilidad de desempeñar el rol materno que le corresponde por derecho, y el de Lucas ser protegido de manera absoluta. Ante esta conflictiva situación, como se ha visto en las anteriores sentencias, así como en virtud del artículo 11.2 de la LOPJM⁸⁴, se debe atender al beneficio del interés del hijo, Lucas.

Por tanto, la guarda con finalidad de adopción resulta la medida más beneficiosa para los intereses de Lucas, no siendo así en relación con los intereses de Lola, para la cual sería más beneficioso adoptar otra medida, como puede ser el acogimiento temporal⁸⁵.

IV.3. La adopción⁸⁶

IV.3.a. Concepto y requisitos

Al hablar de adopción debemos entenderla como un acto jurídico por el que se crea un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado, de tal forma que se establece entre ellos una relación de paternidad y/o maternidad con los mismos efectos legales que si se tratase de una filiación por naturaleza siendo, por tanto, equiparables ambos tipos como bien muestra la legislación vigente en España⁸⁷.

El Código Civil recoge una serie de requisitos para que se lleve a cabo la adopción, a saber:

En primer lugar, en referencia a los requisitos de la adopción, el Código en sus artículos 175.4 y 179 estima necesario que el menor se encuentre en situación de desamparo. Además, no cabe la posibilidad de que alguien sea adoptado por más de una persona, salvo en caso de adopción por ambos cónyuges o parejas de hecho⁸⁸, y la muerte del adoptante o su exclusión por incurrir en causas de privación de la patria potestad, hará posible la nueva adopción del adoptando.

En segundo lugar, por lo que respecta al adoptante⁸⁹ se establece una edad mínima, que será de veinticinco años, bastando con que uno de los dos adoptantes tenga dicha edad, en caso de que se trate de una adopción dual⁹⁰. Asimismo, debe existir

⁸⁴ “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. [...]”.

⁸⁵ Vid. *supra* IV.1. El acogimiento.

⁸⁶ El CC se encarga de regularla en sus arts. 175-180. Atendiendo al supuesto objeto de resolución en este trabajo, el estudio de la adopción será en referencia a la adopción nacional, sin abordar los temas relacionados a la adopción internacional a pesar de encontrarse regulada en los mismos preceptos legales.

⁸⁷ Vid. art. 180 CC, y LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia, op. cit.*, p. 324.

⁸⁸ Desde Ley 12/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio [«BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005, pp. 23.632-23.634], se admite la adopción por matrimonios o parejas de hecho homosexuales, hasta el momento prohibido, lo cual es relevante para el supuesto que se pretende resolver en este trabajo, puesto que los presuntos adoptantes son una pareja de hecho homosexual.

⁸⁹ Vid. art. 175.1 CC.

⁹⁰ “Una persona puede ser adoptada por otra (adopción unipersonal). Pero lo común es que [...] sean dos las personas adoptantes (adopción dual). Como regla general, la adopción dual es referible a los cónyuges o a la pareja estable”, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La adopción”, en AAVV, Curso de derecho civil. Derecho de familia, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), *op. cit.*, p. 458.

una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptando – dieciséis años – y una máxima – cuarenta y cinco años –. Además, el adoptante o los adoptantes deben haber consentido la constitución de ésta.

En tercer lugar, los requisitos exigidos al menor adoptado⁹¹ son prácticamente inexistentes, siendo únicamente necesario que se trate de un menor nacido (lo cual excluye la posibilidad de adoptar a un *nasciturus*) y no emancipado. Excepcionalmente cabe la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando haya existido inmediatamente antes de la emancipación una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable de, al menos, un año.

Y, para finalizar, se incluyen también entre los requisitos una serie de prohibiciones para ser adoptante, no pudiendo adoptar aquellos que no puedan ser tutores, entendiéndose como tal las personas que no posean plena capacidad de obrar⁹². Tampoco pueden ser adoptantes los ascendientes, los hermanos o cuñados⁹³, ni los tutores sobre sus pupilos hasta que se apruebe definitivamente la cuenta general justificada de la tutela⁹⁴, y se excluyen las personas jurídicas, debido a que el papel de adoptante exige su desempeño por una persona propiamente dicha, lo cual no cumple la persona jurídica.

IV.3.b. Procedimiento para la consecución de la adopción⁹⁵

El procedimiento de adopción se inicia siempre con una propuesta de la Entidad Pública, es decir, se trata de una proposición con carácter previo a favor del adoptante o adoptantes que hayan sido declarados idóneos para el ejercicio de la adopción y, por ende, de la patria potestad⁹⁶.

Por tanto, es necesario que se declare la idoneidad de aquellas personas que quieren ostentar la condición de adoptantes, entendiéndose como tal *“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”* – artículo 176.3 del Código Civil –⁹⁷.

Cabe una excepción a la exigibilidad de esta propuesta, la denominada solicitud privada de adopción. Se trata de una serie de supuestos, recogidos de manera taxativa y cerrada en el artículo 176.2 del Código, por los cuales resulta posible iniciar el expediente de adopción sin propuesta previa. Estos supuestos son cuatro, a saber: *“1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad;*

⁹¹ Vid. al respecto, art. 175.2 CC; BÉRCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual derecho civil. Derecho de familia, op. cit.*, p. 289; y LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia, op. cit.*, p. 382.

⁹² En consecuencia, se descarta la posibilidad de adopción por parte de personas incapacitadas, menores de edad – estén emancipados o no –.

⁹³ Parientes de segundo grado en línea colateral por consanguinidad o afinidad.

⁹⁴ *“La prohibición relativa a tutor y pupilo tiene como objetivo fundamental proteger los intereses del pupilo o tutelado”*, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia, op. cit.*, p. 329.

⁹⁵ El procedimiento de adopción, como se ilustrará a lo largo de este subepígrafe, consta de dos fases, a saber: una fase previa cuyo carácter es completamente administrativo, y una fase judicial.

⁹⁶ Vid. art. 176.2 CC.

⁹⁷ Será necesario, además, *“una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”*. Vid. al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia, op. cit.*, p. 331.

2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo; y 4.^a ser mayor de edad o menor emancipado”.

La Ley 1/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁹⁸ en sus artículos 33 y siguientes, junto con el artículo 177 del Código Civil, regulan las condiciones que se exigen para que tenga lugar la fase judicial. Así, será necesario, en primer lugar, el consentimiento – en presencia del Juez – del adoptante o adoptantes así como del menor adoptando cuando éste sea mayor de doce años, estableciéndose que, no será posible aprobar aquella adopción que adolezca de tal consentimiento así como cuando el menor preste su disconformidad⁹⁹.

En segundo lugar, se requiere el asentimiento¹⁰⁰ del cónyuge del adoptante o persona con quien conforme pareja estable – siempre que no sea también adoptante y salvo que medie separación legal – y los progenitores del adoptando – cuando no se hallare emancipado –. El primero se debe “a las consecuencias de tipo personal y patrimonial que la adopción ocasionará en los intereses familiares comunes a ambos”¹⁰¹. En cuanto al asentimiento de los progenitores, no se exigirá cuando estos estuvieren privados de la patria potestad por sentencia firme, o incurso en una causa legal para tal privación, conforme al Código Civil y al Código Penal¹⁰². El objetivo del asentimiento no es otro que evitar decisiones precipitadas debido al carácter irrevocable de la adopción una vez que se constituya y, por tanto, asegurar la conformidad de todas las partes acerca de tal constitución.

Y, en tercer lugar, deben ser oídos por el Juez, conforme al apartado tercero del artículo 177 del Código Civil los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, y cuyo asentimiento no sea necesario para la adopción¹⁰³, el tutor y la familia acogedora o guardador, y el adoptando menor de doce años cuando fuere posible. Esta audiencia pretende, simplemente, ofrecer la posibilidad de que los interesados realicen alegaciones “con el fin de informar al Juez para que tome su decisión de manera fundada, pero sin que la opinión de tales personas sea una declaración básica ni constituya una «conditio iuris» de eficacia de la adopción”¹⁰⁴, por tanto, se trata de un trámite obligatorio pero cuyo resultado no resulta vinculante para el juzgador.

Por último, tal y como indica el apartado primero del artículo 176 del Código Civil, “la adopción se constituirá por resolución judicial”, la cual revestirá forma de

⁹⁸ «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, en adelante «LJV».

⁹⁹ Vid. SSTs de 20 de abril de 1987 (TOL: 1.739.134), FD 3º; y de 19 de febrero de 1988 (TOL: 1.732.731), FD 3º.

¹⁰⁰ El asentimiento “es una declaración de voluntad por la que algunas personas (que no forman parte, propiamente hablando, de la relación adoptiva) se manifiestan conformes con la adopción en algunos supuestos”, LASARTE ÁLVAREZ, C., Derecho de familia, *op. cit.*, p. 333, *in fine*.

¹⁰¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La adopción”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), *op. cit.*, p. 463, *in fine*.

¹⁰² No será necesario el asentimiento cuando quienes deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello (lo cual se debe apreciar de manera motivada en la resolución judicial que constituya la adopción); ni cuando se hubiese prestado con anterioridad ante la Entidad Pública o en documento público, siempre que no se superen seis meses desde que éste se prestó.

¹⁰³ Entiéndase como tal los progenitores de un menor emancipado, incurso en causa legal de privación de patria potestad, o suspendidos de ésta por razón de desamparo.

¹⁰⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia*, *op. cit.*, p. 333, *in fine*, el cual cita al respecto los Autos de la AP de Castellón, 57/2012, de 4 de octubre; y de la AP de Cádiz, de 5 de abril.

Auto contra el que se podrá interponer recurso de apelación sin que se produzcan efectos suspensivos¹⁰⁵. En ésta siempre se debe tener en cuenta el interés del adoptando, así como la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio que la adopción implica, pues, como ya se ha indicado, una vez constituida la adopción, ésta es irrevocable.

En cuanto a los efectos de la constitución de la adopción, con ella se determina la relación de filiación entre adoptante y adoptado en igualdad de condiciones que la filiación consanguínea, por lo que el adoptante ostentará la patria potestad respecto de su hijo adoptivo y, en resumen, todos los efectos que correspondan a la filiación natural se aplicarán en iguales condiciones a la filiación judicial.

Las relaciones entre el adoptado y la familia biológica a efectos de vínculo jurídico se extinguen con la consecución de la adopción¹⁰⁶, exceptuándose los casos en que “*el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal*”, y “*cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado*”. Asimismo, cuando sea aconsejable para el interés del menor por razón de su edad, situación familiar u otra circunstancia reseñable, se podrá acordar 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 [...]*”, lo cual puede ser acordado por el Juez al constituir la adopción, así como modificado o finalizado posteriormente, siempre en atención al mayor beneficio del menor.

En relación con el caso concreto de Lucas, se indica en el supuesto de hecho que Roberto y Jorge incoaron el procedimiento de adopción, acción que pudieron realizar por la vía del artículo 176.2 del Código Civil (solicitud privada de adopción), por llevar más de un año en guarda con fines de adopción, entendiéndose declarada la idoneidad para el ejercicio de tales cargos al haber sido el propio Juez concededor del caso el que otorga dicha guarda.¹⁰⁷

En vía judicial es necesario, por una parte, el consentimiento – expresado ante el Juez – de Roberto y Jorge para adoptar a Lucas, no siendo necesario el consentimiento del menor debido a su corta edad (recuérdese que en el momento de la constitución de la adopción tendrá poco más de un año); por otra parte, no es necesario el asentimiento de Lola, madre de Lucas, puesto que se le ha privado de la patria potestad de su hijo por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, encontrándose el menor en una situación de desamparo¹⁰⁸, no teniendo tampoco efecto el documento en que consta el nombramiento de Roberto como tutor y ostentador de la patria potestad en caso de que a ella se la privara de ésta, por haber tenido lugar tal nombramiento en un plazo anterior superior a seis meses. Por tanto, Lola únicamente podrá ser oída por el Juez conforme a lo establecido en el artículo 177 del Código Civil, es decir, para realizar alegaciones con

¹⁰⁵ Vid. art. 39.4 LJV.

¹⁰⁶ Vid. art. 178 CC.

¹⁰⁷ Concurren en Roberto y Jorge todos los requisitos necesarios para acceder a la adopción de Lucas, pudiendo ser el más dudoso el requisito de la edad, puesto que Jorge no tiene los veinticinco años exigidos, pero debe recordarse que basta con que uno de los adoptantes supere dicho límite mínimo de edad.

¹⁰⁸ Vid. *supra* III.2.b. Privación de la patria potestad del menor.

fin meramente informativo para el Juez que en ningún momento resultará vinculante para éste¹⁰⁹.

Finalmente, el Juez conecedor del caso dictará Auto en el que otorgue o deniegue la adopción de Lucas a Roberto y Jorge, habiendo antes analizado la idoneidad de éstos en el momento actual y teniendo en cuenta el mayor beneficio para Lucas, pudiendo recurrir en apelación dicha resolución en caso de mostrar disconformidad los presuntos adoptantes.

IV.3.c. Tipos de adopción y elección del Juez competente atendiendo al prevalente interés del menor

En el ordenamiento jurídico español se regula un único tipo de adopción¹¹⁰, denominada adopción plena, no ocurriendo así en otros ordenamientos, en los cuales se recoge también la modalidad de adopción simple.

Así, se entenderá por adopción plena aquella que establece una relación de filiación entre adoptante y adoptado idéntica a la filiación consanguínea, ostentando los adoptantes todos los derechos y deberes que corresponden a los progenitores, y extinguiéndose toda relación jurídica entre el adoptado y su familia de origen. Mientras que adopción simple será aquella que se produzca cuando no resulte conveniente destruir la relación de parentesco entre el adoptado y su familia de origen, confiriéndole a éste la posición de hijo biológico de la familia de origen sin crearse vínculo de parentesco con la familia adoptiva, es decir, se transfiere la patria potestad al adoptante pero no los derechos y deberes que resulten del vínculo de parentesco.

A pesar de contar con una modalidad única, el artículo 178.4 del Código Civil recoge una excepción a ésta, no pudiendo considerarse en sí como un segundo tipo de adopción. Se trata de la denominada adopción abierta¹¹¹, mediante la cual, cuando el interés del menor aconseje, se podrá acordar por parte del Juez competente “*el mantenimiento de alguna forma de relación entre los miembros de la familia de origen y la adoptiva*”¹¹².

Lo que se pretende con la adopción abierta, según el Preámbulo de la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, es posibilitar “*que la familia de origen acepte mejor la «pérdida», y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho*”.

Para poder adoptar esta forma se requiere que el menor posea la suficiente madurez y, en todo caso, ser mayor de doce años, así como que la familia adoptiva lo consienta, debiendo decidir el Juez competente tras ser propuesto por la Entidad Pública.

¹⁰⁹ Vid., al respecto, SAP Lugo 304/2013, de 29 de julio (TOL: 3.890.634), FD 2º.

¹¹⁰ Vid. *supra* IV.3.a. **Concepto y requisitos.**

¹¹¹ Véase al respecto el AAP de Córdoba 483/2016, de 18 de noviembre (TOL: 5.945.628), en especial su FD 2º.

¹¹² PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La adopción”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), *op. cit.*, pp. 469-470.

Dicho esto, considero que la elección del Juez competente para decidir acerca de la adopción de Lucas se ve limitada por la edad del menor (de poco más de un año de edad, y careciendo por tanto de madurez) a la adopción “cerrada”¹¹³ la cual, atendiendo al prevalente interés del menor, resulta más que conveniente frente a la posibilidad de otorgar una adopción abierta.

IV.3.d. Posibilidad de adopción por una familia distinta a la que ha convivido con el menor en guarda con finalidad de adopción

El Código Civil, en su artículo 176.1 indica que la resolución judicial de adopción “*tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*”, lo cual quiere decir que ésta requiere del previo cumplimiento de los trámites que resulten necesarios para la constitución del vínculo adoptivo. A pesar de ello, lo que fundamenta dicha resolución “*es la valoración discrecional del Juez*”¹¹⁴, por lo que será éste quien decida si concede o no la adopción a la familia que ha incoado tal procedimiento.

Teniendo esto en cuenta, para poder contestar a la cuestión planteada en el título, cabe recordar que Lucas convivió un año y unos meses con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción que, como indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 43/2008¹¹⁵, de 21 de febrero, en su Fundamento de Derecho Segundo “*se constituye con carácter previo a la adopción*”, por lo que tuvieron que cumplir previamente los requisitos exigidos para la consecución de la adopción¹¹⁶.

Dicho esto, correspondería concluir que, teniendo en cuenta el tiempo de convivencia entre Lucas y sus potenciales adoptantes, se les debería conceder la adopción a Roberto y Jorge. Pero como se indicó al principio, la resolución depende de la discreción del Juez conecedor del caso, por lo que si éste considera que Roberto y Jorge no son idóneos para adoptar a Lucas podrá resolver el procedimiento negativamente, dando lugar a que se puedan iniciar los trámites de adopción por otra familia distinta.

También se podría dar en adopción a Lucas si Roberto y Jorge, finalmente, no consintiesen adoptar al menor.

En caso de que el Juez valorase que esta medida no es la mejor en relación al beneficio del menor, también podrá rechazar la adopción, no dando lugar en este caso a la posibilidad de adoptar a Lucas otra familia.

IV.3.e. Posibilidad de regresión de la patria potestad del menor a la familia biológica

El segundo párrafo del artículo 170 del Código Civil indica que, en beneficio e interés del hijo, los Tribunales pueden acordar la recuperación de la patria potestad cuando la causa que motivó a tal privación se hubiese detenido.

¹¹³ Entiéndase por adopción cerrada la adopción plena sin excepción alguna.

¹¹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La adopción”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), *op. cit.*, p. 468.

¹¹⁵ TOL: 1.347.434.

¹¹⁶ Recuérdese que los requisitos para la concesión de la guarda con finalidad de adopción son los mismos que se exigen para la adopción.

Pero la regresión de la patria potestad del menor a la familia biológica ha sido siempre una materia bastante discutida doctrinalmente y en la que existen muchas discrepancias, siendo mayoritaria la doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo 565/2009, de 31 de julio, que señala en su Fundamento de Derecho Sexto, *in fine*, lo siguiente: *”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, [...], 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 [...].”*¹¹⁷

Por tanto, lo que indica la doctrina mayoritaria es que para la restituir la patria potestad a los progenitores se requiere, en virtud del interés del menor, no solo que éstos reclamen tal derecho alegando que se ha solucionado el problema que dio lugar a dicha situación, sino que deben demostrar que ha tenido lugar un cambio lo suficientemente profundo como para sacar al menor de su familia de acogida y devolverlo a ellos, teniendo en cuenta que ello implica sacar al menor del entorno al que se encuentra adaptado.

Con referencia al anterior subepígrafe, en el caso de que el Juez no otorgue la adopción a Roberto y Jorge, tampoco se podría devolver la patria potestad a Lola o a María y Daniel, ya que la ausencia de idoneidad por parte de los presuntos adoptantes no implica que la familia biológica del menor tenga derecho de recuperar la patria potestad, pues no podemos olvidarnos de los actos delictivos cometidos por los dos últimos, los cuales deberían estar cumpliendo condena, y la manifiesta ineptitud de la primera para ejercer los deberes inherentes a la patria potestad.

Asimismo tampoco es posible presumir, en un año y unos meses, un cambio bastante como para considerar como mejor opción devolver a Lucas a su familia, mucho menos si se piensa en el interés del menor, que es preferente en estos casos¹¹⁸, un bebé de poco más de un año de edad que lo que precisa es una estabilidad emocional y familiar para su buen desarrollo físico y, sobre todo, psíquico.¹¹⁹

¹¹⁷ Vid. al respecto, STS 407/2015, de 9 de julio (TOL: 5.205.501), FD 3º.

¹¹⁸ Vid. al respecto, SSTS 397/2011, de 13 de junio (TOL: 2.189.133), FD 4º y 5º; y 84/2011, de 21 de febrero (TOL: 2.052.804), FD 3º y 4º; así como SAP de Murcia 147/2014, de 6 de marzo (TOL: 4.146.494), FD 3º.

¹¹⁹ Autores como RODA Y RODA, D. discrepan, interpretando que de esta forma no se tiene en cuenta el verdadero interés del menor. Defiende que el retorno de éste a su familia de origen *“una vez desaparecidas las causas que motivaron”* a tal protección *“está más en sintonía con el interés del menor, que permitir que siga en la familia de acogida”* argumentando que, a pesar de ser lo mejor *“desde una perspectiva material”*, ello supone *“una vulneración del derecho fundamental de convivir con su verdadera familia”*; *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, op. cit., p. 57.

V. LA SUSPENSIÓN DE EMPLEO

Al hablar de suspensión de empleo nos referimos a la “*interrupción temporal de la prestación laboral sin quedar roto el vínculo contractual entre empresa y trabajador*”¹²⁰, de manera que las obligaciones existentes entre ambas partes – trabajar y remunerar el trabajo – quedarán sin efectos durante el tiempo que ésta subsista, pudiendo percibir el trabajador una prestación, de la Seguridad Social, sustitutoria de su salario.

Las causas de suspensión se encuentran tasadas en el artículo 45.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹²¹, siendo de importancia para la resolución de este supuesto la causa sita en el apartado d): “*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 o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes*”. Así, es preciso analizar este precepto para poder dar respuesta a si se podría suspender el contrato de trabajo de Roberto en el momento en que le fuese concedida la adopción de Lucas.

En primer lugar, 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 Social¹²² regula la prestación de maternidad¹²³, derivada de la suspensión de empleo, en los artículos 177 a 182, donde se indica que los beneficiarios de dicho subsidio serán las personas que se encuentren incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social¹²⁴ con independencia de su sexo¹²⁵, y siempre que reúnan una serie de requisitos determinados¹²⁶.

El disfrute de dicha suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas¹²⁷, de las cuales, para el supuesto de maternidad biológica, seis corresponderán a la mujer inmediatamente posteriores al parto, pudiendo el resto

¹²⁰ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Guía laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

¹²¹ «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015, en adelante «ET».

¹²² «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015, en adelante «LGSS».

¹²³ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “*La protección por maternidad y paternidad*”, en AAVV, *Tratado de derecho de la Seguridad Social (MORENO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs.)*, Tomo I, Ed. Laborum, Murcia, 2017, pp. 722-725, así como MORENO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 288-297.

¹²⁴ Indica el profesor CARRIL VÁZQUEZ, X.M., en *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017, que se entenderán incluidas en dicho régimen “*el conjunto de personas con derecho actual o potencial a obtener las prestaciones de la Seguridad Social*”, que serán beneficiarios activos (trabajadores por cuenta ajena – entendiéndose por estos aquellos “*ligados a su empresario por un contrato de trabajo*” – y asimilado), pasivos (preceptores periódicos de prestaciones o pensionistas) y familiares de los anteriores.

¹²⁵ Con referencia a la posibilidad de que un hombre disfrute de la prestación de maternidad vid. STSJ de Madrid 668/2012, de 18 de octubre (TOL: 2.690.367), FJ 5º.

¹²⁶ A saber, disfrutar de los descansos a que se refiere el art. 177 LGSS, afiliación y alta o situación asimilada al alta (art. 165.1 LGSS) y cumplimiento de los periodos de carencia exigidos (art. 178 LGSS).

¹²⁷ Vid. art. 48.4 ET.

distribuirse a gusto de las partes. Si se tratase de una guarda con fines de adopción, adopción o acogimiento, ésta produciría efectos a partir de la pertinente resolución judicial o administrativa en que se atribuya la adopción, guarda o acogimiento, respectivamente, pudiendo beneficiarse de ella cualquiera de las partes, en su totalidad, o ambas, en régimen compartido.

En segundo lugar, los artículos 183 a 185 de la Ley General de la Seguridad Social regulan la prestación de paternidad derivada de la suspensión de empleo¹²⁸, la cual tendrá una duración de cuatro semanas ininterrumpidas¹²⁹. Se trata de una suspensión independiente del disfrute compartido de la suspensión por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, y corresponde éste a uno solo de los progenitores (pudiendo ser disfrutada únicamente por el progenitor que no disfrutase de la suspensión por maternidad) y, al igual que en la suspensión por maternidad, ante supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, el trabajador podrá ejercer tal derecho desde la resolución judicial o administrativa que corresponda.

Los requisitos exigidos serán los mismos que en la prestación de maternidad, es decir, disfrute de la pensión – en este caso – por paternidad, encontrarse afiliado, en alta o alta asimilada y cumplimiento del período de carencia. En cuanto a su goce, requiere que se comunique al empresario, con la debida antelación, la intención de ejercer tal derecho.

Y, en tercer lugar, el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores indica que en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento “*la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas*” pudiendo ser disfrutadas, a elección del trabajador, a partir de la resolución judicial que constituya la adopción o 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*”.¹³⁰

En el supuesto a resolver se nos pregunta si sería posible suspender el contrato de trabajo de Roberto en el momento en que, judicialmente, le fuese concedida la adopción de Lucas, teniendo en cuenta la existente convivencia previa.

Así, el artículo 20 del 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 colectivos¹³¹, se remite a los preceptos del Estatuto de los Trabajadores referentes a la suspensión temporal de empleo para que

¹²⁸ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La protección por maternidad y paternidad”, en AAVV, *Tratado de derecho de la Seguridad Social* (MORENO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs.), op. cit., pp. 739-742, así como GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, en AAVV, *Lecciones de Seguridad Social* (GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DEL VAL TENA, A. L. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., Dirs.), Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 227-228.

¹²⁹ Vid. art. 48.7 ET.

¹³⁰ Entiéndase este supuesto equivalente a la prestación de maternidad derivada de la suspensión de empleo debido a su trato conjunto en el art. 177 de la LGSS teniendo, pues, el mismo período de disfrute e iguales requisitos para poder disfrutar de tal derecho. Al respecto, vid. MORENO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, op. cit., pp. 290-291.

¹³¹ «BOE» núm. 276, de 18 de noviembre de 2006.

sean de aplicación al colectivo de los abogados.¹³² Referencia más concreta hace el artículo 24 de la Resolución de 5 de octubre de 2015, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos¹³³, que trata directamente la prestación derivada de suspensión por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

Teniendo en cuenta las citadas normas y el análisis del artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, parece evidente afirmar que el contrato de trabajo de Roberto podría suspenderse cuando le fuese concedida judicialmente la adopción de Lucas pues, no se presume que haya hecho uso de ésta al atribuirse administrativamente la guarda con fines de adopción.

Pero el quid de la cuestión se encuentra en la convivencia previa que se dio entre Lucas y Roberto debido a la citada guarda, debiendo analizar esta parte si ello es inconveniente para la obtención de la suspensión.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de septiembre de 2010¹³⁴, resuelve una situación similar manifestando que *“en la normativa reguladora de la prestación de maternidad no aparece como requisito que la menor adoptada se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad”* (Fundamento de Derecho Tercero), así como que *“la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se 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”*. Es decir, el hecho de que el menor, en este caso Lucas, conviva con sus adoptantes con anterioridad a la resolución judicial constitutiva de la adopción no es relevante para el disfrute de la suspensión temporal de empleo.

Esta línea jurisprudencial es seguida por las Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia y del País Vasco en sus Sentencias 4975/2013¹³⁵ (Fundamento de Derecho Segundo, apartado 2)¹³⁶ y 1134/2015¹³⁷ (Fundamento de Derecho Segundo)¹³⁸, respectivamente.

Por tanto, cumpliéndose los requisitos exigidos legalmente, el contrato de trabajo de Roberto puede suspenderse cuando le sea concedida judicialmente la adopción de Lucas, a pesar haber convivido previamente, pudiendo éste disfrutar íntegramente de las dieciséis semanas ininterrumpidas que le corresponden en concepto de prestación de maternidad (filiación jurídica). En caso de que dicha prestación fuese compartida con

¹³² Recuérdesse que Roberto ejerce la profesión de abogado, entendiéndose que es trabajador por cuenta ajena, o asimilado, al ser Jaime su jefe.

¹³³ «BOCM» núm. 265, de 7 de noviembre de 2015, pp. 42-63.

¹³⁴ TOL: 1.981.579.

¹³⁵ TOL: 4.024.822.

¹³⁶ *“En la normativa reguladora de la prestación de paternidad no aparece como requisito que la menor adoptada no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad”*.

¹³⁷ TOL: 5.423.581.

¹³⁸ *“No puede esta Sala sino confirmar la doctrina jurisprudencial vertida en la resolución de nuestro TS, [...], por cuanto, como ya se ha manifestado, no existe normativa alguna que excluya o produzca la suspensión, extinción o denegación en el supuesto de adopción legalmente previsto para con la adopción del cónyuge respecto de la menor adoptada, incorporada e integrada en la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de descanso por maternidad”*.

Jorge¹³⁹, Roberto podrá disfrutar también de las cuatro semanas ininterrumpidas correspondientes a la prestación de paternidad.

¹³⁹ Recuérdese, pareja de hecho de Roberto y, también, adoptante de Lucas.

CONCLUSIONES GENERALES

I. Por maltrato infantil en el ámbito familiar deben comprenderse aquellas situaciones de violencia y desatención – tanto física como psíquica – de que son objeto los menores de edad, ejercidas por sus padres, tutores o familiares, poniéndolos en una situación de inferioridad y desprotección causando o pudiendo causar un daño a su salud, desarrollo, dignidad o vida y haciendo necesaria la intervención de las instituciones competentes para garantizar su protección. Asimismo, será habitual cuando tales actos se reiteren y tengan lugar en un corto espacio de tiempo.

La intervención sobre una situación de maltrato se lleva a cabo mediante la colaboración y cooperación de cinco ámbitos, a saber: social, educativo, sanitario, policial y judicial; siendo las medidas de distinta intensidad en función del grado de gravedad de tales actos. Así, existen unas pautas de intervención para casos de maltrato leve, las cuales están destinadas a la solución del conflicto mediante la comunicación y el trabajo en el entorno familiar; y unas pautas de intervención para casos de maltrato grave, cuyas medidas son más restrictivas, llegando incluso a apartar al menor de su familia si su vida o integridad física corriese peligro al quedarse en el ámbito familiar.

II. Lucas se encuentra en una situación de desamparo a causa de los malos tratos proferidos por parte de su madre y abuelos, así como por los síntomas de desnutrición que presenta en la visita médica debido a la omisión de las más esenciales atenciones que éste precisaba. Por ello, la intervención a realizarse consta, en primer lugar, de la privación de la patria potestad del menor a Lola, otorgándole la tutela a Roberto – con su respectivo seguimiento para conocer en todo momento la situación de Lucas – y la prohibición de aproximarse, tanto madre como abuelos, al menor; y, en segundo lugar, de proporcionarle a Lucas el tratamiento terapéutico que precise para curar su desnutrición y los daños causados por las agresiones recibidas.

III. El Juez competente para resolver el proceso penal abierto contra Daniel y María debería condenar a ambos por la comisión de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, en concurso ideal con un delito agravado de lesiones, y de un delito de lesiones mediante comisión por omisión, así como a una multa en concepto de responsabilidad civil por los daños causados a Lucas.

En cuanto al Juez competente para resolver el procedimiento civil abierto contra Lola, debería privar a ésta de la patria potestad sobre Lucas en virtud de un incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, dejando a su hijo en una situación de desprotección y desamparo, y siempre pensando en el interés superior de Lucas.

IV. La guarda con finalidad de adopción es aquel acto jurídico, obtenido mediante resolución administrativa, que tiene como finalidad mejorar la adaptación del menor en su nueva familia con anterioridad a la tramitación de su adopción.

Ésta resulta la medida más beneficiosa para los intereses de Lucas, teniendo en cuenta su corta edad y la situación de desamparo, provocada por su familia biológica, en que se encuentra. Sin embargo, no resulta la medida más beneficiosa para los intereses de Lola como madre, puesto que perderá por completo la patria potestad sobre su hijo así como cualquier otro vínculo con el menor a excepción del biológico, disipándose así cualquier derecho – y también deber – que pudiese tener sobre su hijo.

V. Se entiende por adopción aquel acto jurídico por el que se crea un vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado cuyos efectos legales serán los mismos que si se tratase de una filiación por naturaleza.

Para que pueda constituirse la adopción de Lucas en favor de Jorge y Roberto, en primer lugar, se debe declarar la idoneidad de ambos (lo cual tuvo lugar en el momento de la atribución de la guarda con finalidad de adopción), en segundo lugar, tienen que incoar el procedimiento de adopción, pudiendo realizarlo mediante solicitud privada y, en tercer lugar, se llevará a cabo la fase judicial, en la que es necesario el consentimiento expreso de ambos y en donde se podrá dar audiencia a Lola.

El procedimiento finalizará con el Auto que dicte el Juez competente otorgando o denegando dicha adopción, y contra el que cabe recurso de apelación.

VI. En virtud de la edad de Lucas y de sus circunstancias, y atendiendo a su prevalente interés, el Juez correspondiente debería decantarse por aplicar este caso la adopción cerrada.

VII. A pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción, el Juez es el que decide finalmente sobre tal otorgamiento, siendo discrecional del mismo la determinación de la idoneidad de los adoptantes. Así, aunque no es lo habitual, se podría dar en adopción a Lucas con otra familia por decisión del Juez o por falta de consentimiento por parte de Jorge y Roberto.

Sin embargo, no es posible la recuperación de la patria potestad de Lucas por parte de su familia biológica al no demostrarse un cambio suficientemente profundo como para que ésta tenga lugar.

VIII. Cumpliendo los requisitos exigidos legalmente, Roberto puede suspender su contrato de trabajo cuando le sea concedida judicialmente la adopción de Lucas, independientemente de la convivencia previa.

BIBLIOGRAFÍA

Manuales, monografías y artículos:

ACEVEDO BERMEJO, A., *Guía práctica sobre filiación, paternidad y paria potestad*, Ed. Tecnos, Madrid, 2013.

ALCALE SÁNCHEZ, M. y RODRÍGUEZ MESA, M. J., “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en AAVV, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal* (TERRADILLO BASOCO, J. M., Coord.), Tomo III, Vol. 2, Ed. Iustel, Madrid, 2016.

BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Manual de derecho civil. Derecho de familia*, Ed. Bercal, Madrid, 2015, pp. 249-292.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales*, Ed. La Ley, 2010, Madrid, pp. 171-262.

DIRECCIÓN GENERAL DE FAMILIA, INFANCIA Y VOLUNTARIADO. ÁREA DE GOBIERNO DE FAMILIA Y SERVICIOS SOCIALES. *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la Protección de menores*. Ayuntamiento de Madrid, 2008.

GARCÍA FUSTER, E. y MUSITU OCHOA, G. *El maltrato infantil. Un análisis ecológico de los factores de riesgo*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1993.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La protección por maternidad y paternidad”, en AAVV, *Tratado de derecho de la Seguridad Social* (MORENO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Dirs.), Tomo I, Ed. Laborum, Murcia, 2017, pp. 719-743.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural”, en AAVV, *Lecciones de Seguridad Social* (GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DEL VAL TENA, A. L. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M., Dirs.), Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

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

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, en especial, pp. 323-341, 343-361 y 379-403.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Guía laboral*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, pp. 287-291.

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *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*. Centro de Publicaciones, Madrid, 2014.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Maltrato infantil; Detección, Notificación y Registro de casos*. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2006.

MORENO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, Madrid, 2016, pp. 275-304.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “El sistema público de protección de menores e incapaces”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2016.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “La adopción”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2016.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad”, en AAVV, *Curso de derecho civil. Derecho de familia*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.), Ed. Edisofer, Madrid, 2016.

RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Lecciones de derecho penal parte especial*, Universidad de A Coruña, Curso académico 2016/2017.

RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2014.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH, Sección 1ª, 2002/43, de 2 de julio, [Caso S.N. vs. Suecia].

STEDH, Sección 4ª, de 28 de septiembre de 2010, [Caso A.S. vs. Finlandia, JUR: 2010/332112].

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

STJCE, Gran Sala, de 16 de junio de 2005, [Caso Pupino, TJCE: 2005/184].

Tribunal Supremo

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 20 de abril de 1987, [TOL: 1.739.134].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 19 de febrero de 1988, [TOL: 1.732.731].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 785/1998, de 9 de junio, [TOL: 5.133.851].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 523/2000, de 24 de mayo, [TOL: 4.927.084].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1161/2000, de 26 de junio, [TOL: 4.923.502].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1208/2000, de 7 de julio, [TOL: 4.924.718].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 662/2002, de 18 de abril, [TOL: 4.920.776].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1750/2003, de 18 de diciembre, [TOL: 352.419].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 770/2006, de 13 de julio, [TOL: 1.002.342].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 1212/2006, de 25 de octubre, [TOL: 1.022.940].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 607/2008, de 3 de octubre, [TOL: 1.389.529].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 96/2009, de 10 de marzo, [TOL: 1.494.514].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 565/2009, de 31 de julio, [TOL: 1.723.143].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 743/2010, de 17 de junio, [TOL: 1.919138].

STS, Sala de lo Social, Sección 4ª, de 15 de septiembre de 2010, [TOL: 1.981.579].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 84/2011, de 21 de febrero, [TOL: 2.052.804].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 397/2011, de 13 de junio, [TOL: 2.189.133].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 19/2013, de 9 de enero, [TOL: 3.007.662].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 407/2015, de 9 de julio, [TOL: 5.205.501].

STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 170/2016, de 17 de abril, [TOL: 5.681.144].

STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 580/2016, de 30 de junio, [RJ: 2016/5112].

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4ª, 668/2012, de 18 de octubre, [TOL: 2.690.367].

STSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª, 4975/2013, de 6 de noviembre, [TOL: 4.024.822].

STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª, 1134/2015, de 16 de junio, [TOL: 5.423.581].

Audiencias Provinciales

SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de julio de 2000, [TOL: 22.786].

SAP de Jaén, Sección 4ª, 43/2008, de 21 de febrero [TOL: 1.347.434].

SAP de Murcia, Sección 4ª, 484/2012, de 5 de julio, [TOL: 2.623.166].

SAP de Lugo, Sección 1ª, 304/2013, de 29 de julio, [TOL: 3.890.634].

SAP de Castellón, Sección 1ª, 375/2013, de 5 de octubre, [TOL: 3.756.275].

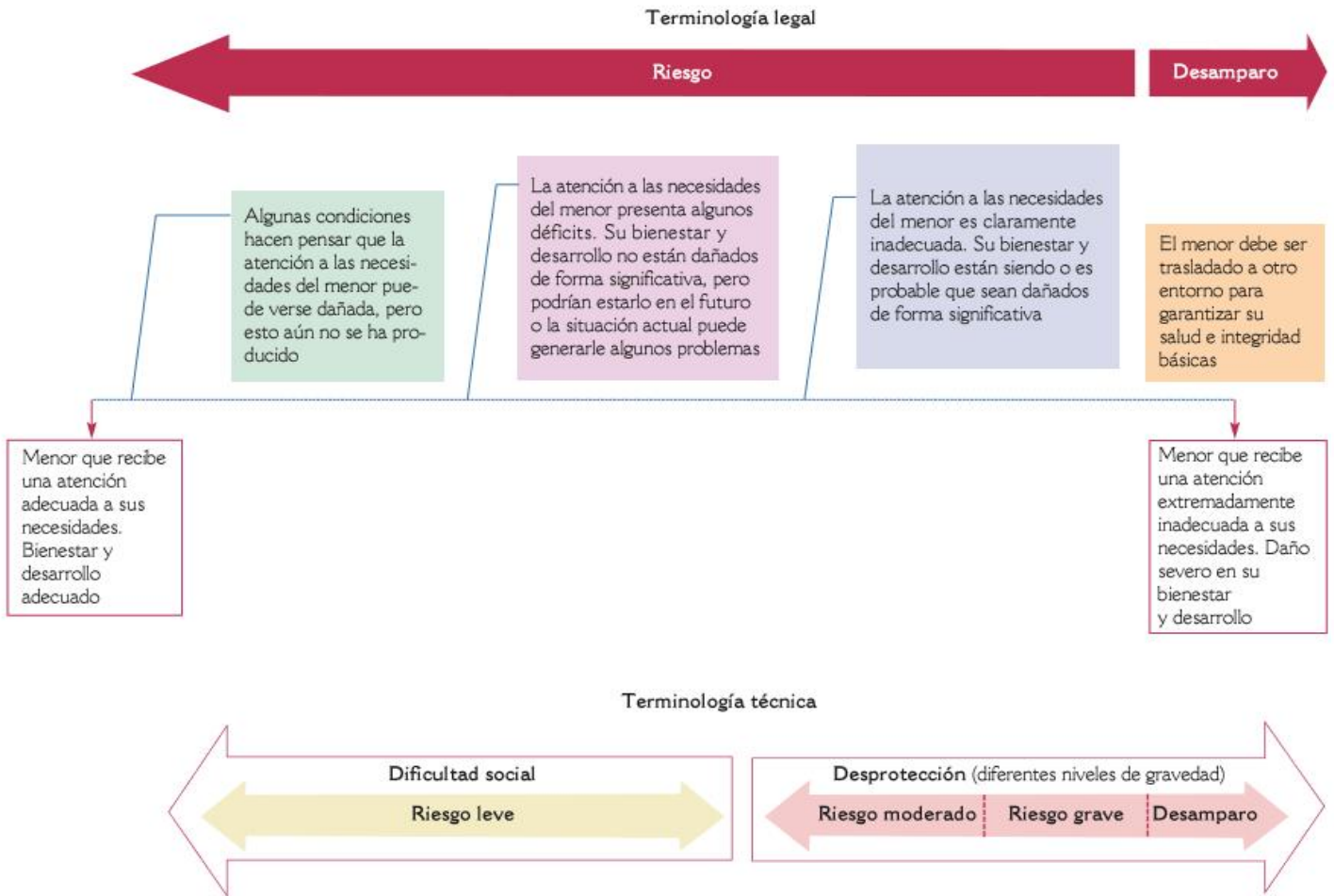
SAP de Murcia, Sección 4ª, 147/2014, de 6 de marzo, [TOL: 4.146.494].

SAP de Burgos, Sección 2ª, 189/2016, de 9 de mayo, [TOL: 5.755.087].

AAP de Córdoba, Sección 1ª, 483/2016, de 18 de noviembre, [TOL: 5.945.628].

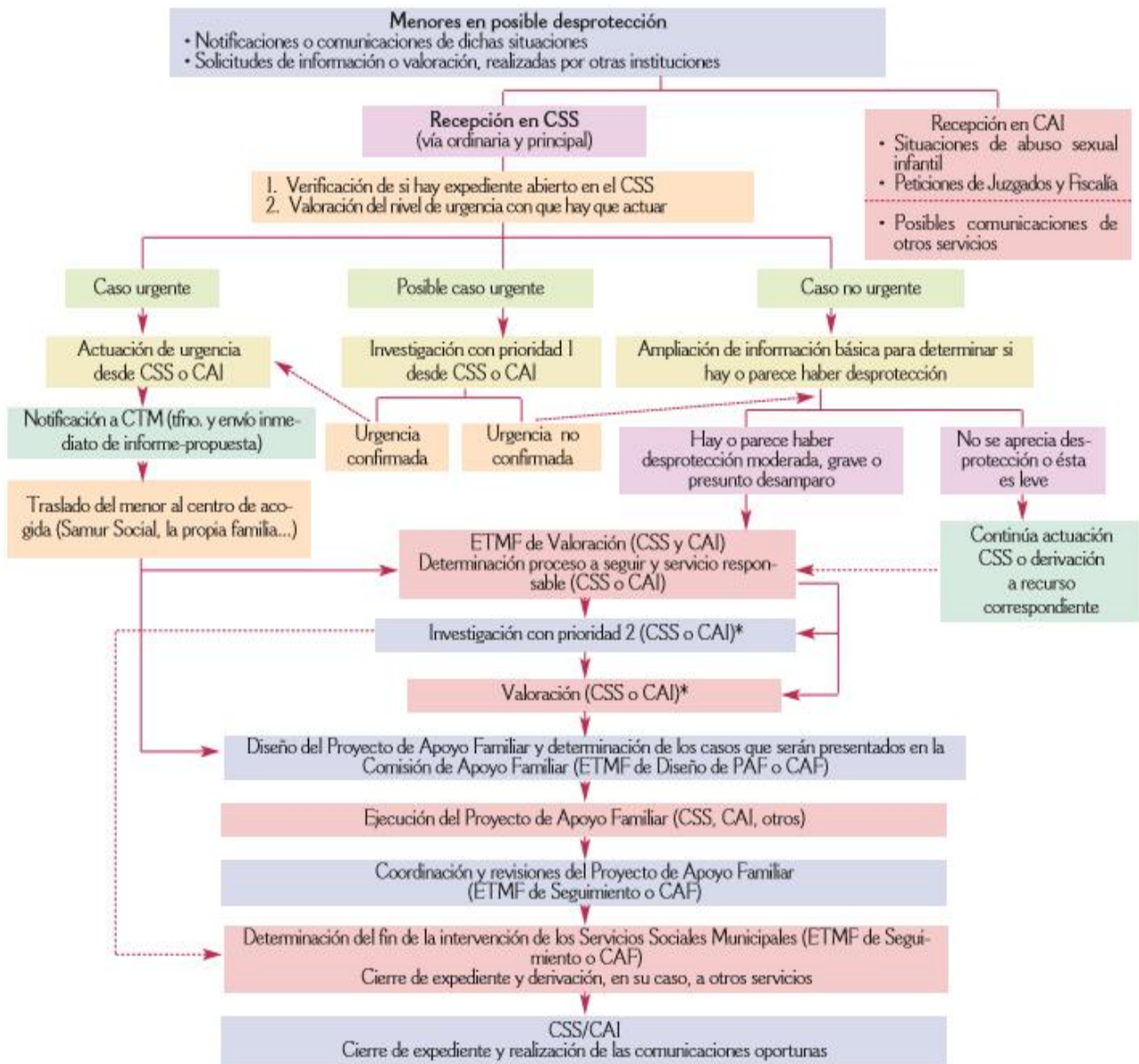
ANEXOS

A. Esquema: diferencias entre riesgo y desamparo¹⁴⁰



¹⁴⁰ Esquema obtenido de: DIRECCIÓN GENERAL DE FAMILIA, INFANCIA Y VOLUNTARIADO. ÁREA DE GOBIERNO DE FAMILIA Y SERVICIOS SOCIALES, *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la Protección de Menores*, op. cit, p. 38.

B. Esquema: actuación frente a una situación de desprotección¹⁴¹



* CSS o CAI podrán contar con apoyo de otros recursos o servicios

¹⁴¹ Esquema obtenido de: DIRECCIÓN GENERAL DE FAMILIA, INFANCIA Y VOLUNTARIADO. ÁREA DE GOBIERNO DE FAMILIA Y SERVICIOS SOCIALES, *Manual de intervención de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid para la Protección de Menores*, op. cit, p. 105.

C. Cuadro: calendario de vacunaciones en la Comunidad de Madrid para nacidos con anterioridad al 30 de junio de 2016¹⁴²

CALENDARIO DE VACUNACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID. (nacidos hasta el 30 de junio de 2016)											
VACUNAS	EDAD										
	0 meses	2 meses	4 meses	6 meses	12 meses	15 meses	18 meses	4 años	6 años	12 años	14 años
Poliomielitis		VPI1	VPI2	VPI3			VPI4				
Difteria-Tétanos-Pertussis		DTPa1	DTPa2	DTPa3			DTPa4		dTpa		Td ¹
Haemophilus influenzae b		Hib1	Hib2	Hib3			Hib4				
Neumocócica conjugada 13V		VNC13	VNC13		VNC13						
Sarampión-Rubéola-Parotiditis					TV1			TV2			
Hepatitis B	HB1 [*]	HB2		HB3							
Meningococo C		MenC1	MenC2		MenC3					MenC4	
Varicela						VVZ		VVZ ^{**}		VVZ ^{***}	
Virus del Papiloma Humano										VPH ^{****}	VPH ^{****}

* En hijos de madre portadora de AgHBs se administrará la vacuna HB más gammaglobulina dentro de las 12 horas que siguen al nacimiento. Se continuará la vacunación con vacuna combinada a los 2-6 meses y la determinación de AgHBs y anticuerpos de 2 a 3 meses después de la vacunación. En caso de screening no realizado se administrará la vacuna HB dentro de las 12 horas que siguen al nacimiento, se determinará AgHBs de la madre lo antes posible y si fuera positivo se administrará gammaglobulina al recién nacido (no después de 1 semana de vida) Se continuará con la pauta de vacunación del calendario infantil. Actualmente no es necesaria la revacunación en población inmunocompetente ni realizar determinación de anticuerpos postvacunales.

** Segunda dosis de vacuna frente a varicela

*** Personas que refieran no haber pasado la enfermedad ni haber sido vacunada con anterioridad con 2 dosis. Pauta con 2 dosis separadas al menos 1 mes para los que no tienen administrada ninguna dosis previa.

**** Sólo niñas no vacunadas previamente. Pauta con 2 dosis (0-6 meses).

¹⁴² Cuadro obtenido del Portal de Salud de la Comunidad de Madrid, con enlace web: http://www.madrid.org/cs/Satellite?pagename=PortalSalud%2FPPage%2FPTSA_pintarContenidoFinal&cid=1162295632752