



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

GRADO EN DERECHO

**TRABAJO DE FIN DE
GRADO**

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

MELANI SANTIAGO RODRÍGUEZ

TUTOR: AGUSTÍN J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN

CURSO ACADÉMICO: 2016/2017

1. ÍNDICE

1.	ÍNDICE	1
2.	ABREVIATURAS	2
3.	INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DE HECHO	3
3.1	INTRODUCCIÓN	3
3.2	ANTECEDENTES DE HECHO	4
4.	CUESTIONES	6
4.1	CUESTIÓN 1: PAUTAS DE INTERVENCIÓN EN EL CASO DE MALTRATO INFANTIL Y SU SEGUIMIENTO.....	6
4.2	CUESTIÓN 2: PROCESOS ABIERTOS CONTRA LA FAMILIA	12
4.2.1	PROCESO CIVIL CONTRA LA MADRE.....	12
4.2.2	PROCESO PENAL CONTRA LOS ABUELOS	15
4.2.3	OTRAS MEDIDAS DEL PROCESO PENAL Y CIVIL	18
4.3	CUESTIÓN 3: GUARDA CON FINALIDAD DE ADOPCIÓN	19
4.4	CUESTIÓN 4: RECUPERACIÓN PATRIA POTESTAD Y ADOPCIÓN CON OTRA FAMILIA.....	23
4.4.1	ADOPCIÓN CON OTRA FAMILIA.....	23
4.4.2	RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD	25
4.5	CUESTIÓN 5: TRAMITACIÓN Y TIPO DE ADOPCIÓN	28
4.5.1	TRÁMITES DE LA ADOPCIÓN	28
4.5.2	TIPO DE ADOPCIÓN.....	32
4.6	CUESTIÓN 6: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	35
4.6.1	DEFINICIÓN Y REGULACIÓN	35
4.6.2	CAUSA: LA ADOPCIÓN DE UN HIJO.....	36
A.	TÉRMINOS GENERALES Y REQUISITOS.....	36
B.	COMUNICACIÓN ANTICIPADA Y PÉRDIDA DE GANANCIAS	37
C.	CONVIVENCIA PREVIA	39
5	CONCLUSIONES FINALES	41
6	BIBLIOGRAFÍA.....	45
7	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	46
8	ANEXOS.....	48

2. ABREVIATURAS

Art. (Arts.)	= Artículo (s)
BOE	= Boletín Oficial del Estado
CC	= Código Civil
CP	= Código Penal
CA (CCAA)	= Comunidad (es) Autónoma (s)
CE	= Constitución Española
Coord.	= Coordinador
Ed.	= Editorial
EP	= Entidad Pública
ET	= Estatuto de los trabajadores
ET AL.	= Y otros
LO	= Ley Orgánica
LEC	= Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	= Ley de la Jurisdicción Voluntaria
MF	= Ministerio Fiscal
Núm.	= Número
OP. CIT.	= Obra citada
p. (pp.)	= Página (s)
SAP	= Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJ	= Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS	= Sentencia del Tribunal Supremo
SPM	= Servicio de Protección de Menores
SS	= Servicios Sociales

3. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES DE HECHO

3.1 INTRODUCCIÓN

La figura del menor ha estado sujeta a una multitud de cambios a lo largo de la historia y a medida que la sociedad y sus valores evolucionaban, dando lugar a distintos modelos familiares o a nuevos deberes y derechos entre padres e hijos, también lo hacía la figura del menor, objeto principal de estudio de este trabajo de fin de grado titulado “La pérdida de la patria potestad, adopción y consecuencias de la misma”.

Dependiendo de la época histórica y del lugar, la consideración e importancia que tendrá el menor en la sociedad y en el ordenamiento jurídico variará. Siglos atrás se le concebía como una mera propiedad de los padres y una persona sin apenas derechos, la cual gozaba de una escasa protección en el ordenamiento jurídico. Esta concepción no se corresponde con el panorama actual, aunque este sigue presentando cierta problemática en relación con la figura del menor.

Hoy en día una de las prioridades de las políticas de los Gobiernos es garantizar el beneficio y el interés del menor, lo cual se consigue mediante un esfuerzo conjunto de todos los Poderes Públicos, de las instituciones relacionadas con el menor, de los organismos internacionales, de los padres y los familiares del mismo así como también de la sociedad y sus ciudadanos. Todos ellos deberán trabajar simultáneamente para instaurar y llevar a cabo los mecanismos legales adecuados que prevengan y den solución a los problemas que afecten a los menores, es decir establecer y aplicar un marco jurídico acorde a la situación actual que regule la problemática que surja entre el menor y las distintas materias como la sanidad, la educación, etc... Este trabajo se ve reflejado en la numerosa legislación y medidas legales que han sido promulgadas a lo largo de los años, tanto a nivel internacional (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 1989¹, etc...), en el ámbito nacional (art. 39 de la Constitución Española², Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*³, Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*⁴, etc...) como en las legislaciones de cada una de las CCAA.

A pesar de este trabajo conjunto, mediante el cual se intenta asegurar el principio general de “supremacía del interés del menor”, hoy en día siguen surgiendo otro tipo de conflictos que afectan y ponen en peligro al menor, como puede ser por ejemplo una crisis familiar por la cual el seno familiar se convierta en un ámbito poco seguro para el menor debido a la violencia que existe en él. Haciendo referencia a la familia, se debe destacar por un lado su importancia al ser considerada como uno de los pilares fundamentales dentro de la sociedad y por otro lado la necesidad de que el seno de la misma sea el idóneo para que el desarrollo físico y psicológico de un niño se produzca en condiciones normales. Ahora bien, la realidad social presenta numerosos supuestos que se alejan de este concepto ideal de entorno familiar, donde dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, el menor se puede hallar en una situación de

¹ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, en adelante CE.

³ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, en adelante Ley 26/2015.

⁴ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, en adelante LJV.

riesgo y desprotección que pongan en peligro su integridad física y psíquica, tal y como sucede en este supuesto donde está en juego la seguridad de Lucas, menoscabada por su madre y por sus abuelos maternos.

Por lo tanto se puede afirmar que la situación actual es complicada ya que existen una infinidad de supuestos, que por diferentes motivos, pueden colocar al menor en una situación de riesgo dentro del propio seno familiar, que supuestamente debería ser una de los lugares más seguros para él. Ahora bien, el afán y deseo de acabar con estas situaciones injustas y peligrosas para el menor, en un mundo donde los derechos humanos y en concreto los de la infancia son objeto principal de protección, ha sido uno de los motivos que me ha empujado a escoger este trabajo. Además de esta razón, poder conocer las singularidades que contiene la legislación que aseguran dicha protección y otros muchos objetivos que se pretenden alcanzar en el desarrollo de este trabajo, también han sido decisivos para mi elección.

Entre los diferentes objetivos que se pretenden alcanzar con este supuesto, el principal sería garantizar que cuando se lleve a cabo una actuación o se tome una medida legal con la finalidad de salvaguardar la persona del menor, siempre se deberá tener en cuenta en primer lugar el interés del niño. Además de este objetivo primordial, existen otros también de importancia notoria que se explicarán a continuación a la vez que se exponen los antecedentes de hecho del supuesto.

3.2 ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos se sitúan el 20 de octubre de 2015 en la ciudad de Madrid, día en el cual Lola, una adolescente de 13 años, da a luz a su hijo Lucas. El padre del menor, llamado Mario, desgraciadamente fallece junto a sus padres en un accidente de tráfico cuando su hijo tenía 3 meses de edad. Esto provoca que Lola entre en una profunda depresión y comience a maltratar y a descuidar su hijo, adoptando una actitud muy violenta hacia él y omitiendo las atenciones esenciales que un niño necesita. Ante tal situación los padres de Lola, María y Daniel, no intervienen, aun siendo totalmente conscientes de lo que está ocurriendo, e incluso llegan a maltratar en diversas ocasiones a Lucas.

El menor presenta claros signos de maltrato y diversos síntomas de desnutrición y descuido, de los cuales se da cuenta su pediatra, el Doctor Castro. Este en la última visita decide denunciar la situación ante los SS, haciendo caso omiso a las evasivas dadas por la familia. Con esta intervención del médico se plantea el primer objetivo de este trabajo, que será conocer a fondo el Protocolo de actuación aplicable en España en caso de que se detecte un caso de maltrato infantil, así como también cuáles son las pautas de notificación, intervención y seguimiento que se deben seguir en caso de estar ante un supuesto de maltrato infantil.

Dicha denuncia ocasionó dos consecuencias. La primera sería el inicio de dos procesos judiciales, uno civil contra Lola en el que se determinará si se le priva o no de la patria potestad de su hijo y otro penal contra María y Daniel en el que se determinará si su comportamiento es constitutivo de delito y si por ello pueden ser privados de la patria potestad de su hija María. Ponerse en la piel del juez y decidir, en base a las circunstancias del supuesto y teniendo siempre en cuenta el principio de primacía del interés del menor, si se pueden o no establecer estas medidas que se analizan en los procesos, será el segundo objetivo a lograr en este trabajo.

La segunda consecuencia de esta denuncia fue la suspensión de la patria potestad de Lucas, a partir de la cual el juez, una vez oído el MF, resolvió que lo más aconsejable para el niño era otorgar su guarda con fines de adopción a dos personas. Por una parte a Roberto, tutor del niño (en su nombramiento se dijo que en caso de pérdida de patria potestad ejercería dicha función) y abogado de 26 años residente en Madrid y por otra parte a Jorge, novio de Roberto desde hace dos años y pareja de hecho del mismo hace uno.

La guarda con fines de adopción es una medida que afecta a la persona del menor de forma considerable, por ello será objetivo de este trabajo analizar si en este supuesto esta medida es lo más beneficioso tanto para los intereses de Lucas como para los de Lola. Además también se examinará si a pesar del tiempo que Lucas estuvo bajo la guarda con fines de adopción de Roberto y Jorge se puede dar en adopción a otra familia o no y en caso de que sí, si la familia originaria podría recuperar la patria potestad y por ello la guarda y custodia del menor.

Esta pareja formada por Roberto y Jorge estuvo cuidando a Lucas durante un año y unos meses, y tras un informe favorable de los SS se establece que lo mejor para el menor, según su edad y su situación, es que fuese adoptado. Por ello, Roberto y Jorge deciden iniciar la tramitación de la adopción, cuyas fases, requisitos y modalidades también serán objeto de estudio en este trabajo.

En caso de que si se concediera la adopción de Lucas, Roberto con el deseo de poder cuidar más tiempo a Lucas, pide con antelación a su jefe la suspensión del contrato de trabajo. Este le deniega tal petición alegando que el menor no necesita adaptarse al entorno familiar ya que ha existido una convivencia previa y que además Roberto lleva unos casos muy importantes y por ende no puede dejar su puesto de trabajo ya que conllevaría muchas pérdidas. Será el último objetivo de este trabajo conocer si las causas que alega el jefe son suficientes o no para denegar la suspensión del contrato de trabajo de Roberto.

Por todo ello, teniendo los objetivos claros que se pretenden conseguir con el desarrollo de este trabajo y siendo conocedores de los antecedentes de hecho de este supuesto, se pasa a continuación a resolver las cuestiones planteadas, atendiendo a lo dispuesto en la legislación, en la jurisprudencia y también a lo que se dispone en libros de autores conocedores de la materia, entre otros materiales. Todo ello la finalidad de dar una respuesta que se adapte a las circunstancias de este supuesto y, que cómo se ha dicho al principio de este apartado, se tenga en cuenta el beneficio e interés del menor.

4. CUESTIONES

4.1 CUESTIÓN 1: PAUTAS DE INTERVENCIÓN EN EL CASO DE MALTRATO INFANTIL Y SU SEGUIMIENTO

Ante los casos de maltrato infantil, ¿qué pautas de intervención existen y qué seguimiento ha de realizarse en el presente supuesto?

Uno de los eslabones más vulnerables y susceptibles a los problemas del mundo hoy en día dentro de la sociedad son los niños. Dependiendo de las circunstancias de la vida de cada uno de ellos, como puede ser el lugar donde resida o su nivel socioeconómico, estas dificultades le pueden afectar en mayor o en menor medida. Ahora bien, uno de los problemas que afecta transversalmente a niños y adolescentes de todo el mundo, independientemente de su sexo, raza o condición social, es el maltrato infantil.

La Organización Mundial de la Salud define el maltrato infantil como “los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia”⁵. También se concibe como “*cualquier daño físico o psicológico, no accidental, resultado de acciones físicas, sexuales o emocionales, de acción u omisión, que amenazan al desarrollo físico y psicológico del menor de 18 años*”⁶. Por otra parte UNICEF considera que las víctimas del maltrato infantil a “aquellos niños, niñas y adolescentes de hasta 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales”⁷. Cada una de las definiciones aporta características diferentes pero todas ellas tienen un elemento común, y es el perjuicio emocional o físico que sufre o puede sufrir la víctima menor de edad.

Los estudios nacionales que versan sobre esta problemática nos aportan datos que muestran la numerosa presencia de casos de maltrato infantil y cómo han ido aumentando a lo largo del tiempo. Por ejemplo la fundación española ANAR (Ayuda a Niños y Adolescentes en Riesgo) en su último informe anual refleja el considerable aumento de casos de violencia contra un menor en España (la mitad de los casos atendidos estaban motivados por algún tipo de violencia, un 40,6% más que el año anterior)⁸.

Ante este aumento de los últimos años, aunque la lucha contra el maltrato infantil siempre haya sido una de las prioridades en la política de los Gobiernos (en mayor o menor medida), se ha tenido que reforzar el trabajo entre las instituciones, las organizaciones internacionales y los Poderes Públicos, con la finalidad de poder erradicar las situaciones de maltrato infantil mediante la creación de mecanismos legales que ayuden a cumplir este objetivo, o en caso de que se sigan surgiendo estas situaciones, darles solución mediante la creación y regularización de instrumentos de actuación que garanticen la protección del menor y mejoren la coordinación entre las instituciones en la prevención y atención al maltrato infantil.

⁵ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/> (Última visita 5 de mayo).

⁶ SORIANO A.: *Maltrato infantil*, Ed. San Pablo, Madrid, 2001, p. 35.

⁷ http://www.unicef.cl/archivos_documento/18/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf (Última visita 5 de mayo)

⁸ <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2016/11/DEF-Presentaci%C3%B3n-Medios-informe-2015.pdf> (Última visita 6 de mayo).

El cumplimiento de estos objetivos en España se garantiza concretamente gracias al mecanismo legal que regula las pautas de intervención y seguimiento ante un caso de maltrato infantil, conocido como el Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar de 2014⁹, coordinado bajo la Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia y con la participación de representantes de distintos ministerios, CCAA, organizaciones no gubernamentales y especialistas.

La finalidad de este Protocolo es alcanzar una coordinación institucional que garantice la protección de los menores que se encuentran en una situación de riesgo, lo que se consigue con el seguimiento de las pautas de intervención que se explicarán a continuación, aunque antes se debe hacer una breve referencia a los principios generales que las pautas deben cumplir, pues sino los objetivos que se pretenden alcanzar con su seguimiento no se alcanzarán.

En primer lugar las instituciones relacionadas con el menor deben coordinarse a la hora de intervenir en un caso de maltrato infantil y en cualquier caso las medidas que estas adopten (atendiendo al Protocolo) deberán ser coherentes con los principios de actuación de cada ámbito implicado y deberán garantizar el interés superior del menor. Además todas las actuaciones de este Protocolo deben asegurar las garantías procesales de la víctima y del acusado, fomentar la igualdad en la atención de los niños víctima de maltrato infantil, garantizar la máxima eficacia en cuanto a la toma de decisiones y evitar las consecuencias de la victimización secundaria.

En cuanto a las pautas, la primera que se debe seguir para poder prestar ayuda al menor que es víctima de malos tratos es identificar si se está ante una situación de maltrato infantil o de riesgo en la que puede producirse, lo que se conoce como **la detección**. El maltrato puede detectarse a partir de la existencia de unos indicadores ya sean físicos o emocionales (*VER ANEXO 1*), los cuales pueden ser identificados por cualquier persona que sea testigo o tenga conocimiento de la situación de maltrato o también por un profesional, tal y como sucede en este supuesto, en el que es el pediatra de Lucas quien, ante los evidentes signos de maltrato y los síntomas de desnutrición y descuido que presenta Lucas, reconoce que el menor está siendo víctima de malos tratos. En cualquier caso la detección debe ser lo más precoz posible para evitar peores consecuencias que pueden conllevar el maltrato en el desarrollo del menor.

La persona que haya detectado el supuesto de riesgo o de maltrato infantil tendrá la obligación legal (y profesional dependiendo de quién lo detecte) de **notificar** la información sobre dicho supuesto, lo cual se realiza a través de unas hojas de notificación que facilitan la coordinación entre las instituciones, recogen la información de manera sistemática y aumentan la eficacia en la toma de decisiones. Sea cual sea el ámbito de actuación, por cada hoja deberán existir tres copias, una para el expediente del menor, otra para los SS y otra para el registro de datos de maltrato infantil de la CA. Además, dependiendo cuál sea el ámbito de actuación, dichas hojas serán diferentes y habrá distintas particularidades con respecto a la notificación.

En este supuesto la persona que realiza la notificación, el pediatra de Lucas llamado Doctor Castro, pertenece al ámbito sanitario, por ello está obligado junto con el trabajador social del centro sanitario a enviar la hoja de notificación cumplimentada a los SS y a remitir el parte de lesiones o informe médico al Juzgado de Guardia o a la

⁹ http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/MaltratoInfantil_accesible.pdf (Última visita 5 de mayo)

Fiscalía. Además en el caso de que el personal sanitario considere que la integridad del menor corre podrá decretar su ingreso en el centro hospitalario hasta que los SS o el Cuerpo Policial se hagan cargo de él. Ahora bien, aparte de estas particularidades del ámbito sanitario respecto a la notificación, también existen ciertas especialidades en el ámbito educativo, policial y social, las cuales se comentarán brevemente a continuación.

Respecto al ámbito policial, una vez recibida la denuncia se derivará el caso a los Servicios Especializados de esta y sus profesionales presentarán el atestado al Juzgado de Guardia o Fiscalía. En cuanto al ámbito educativo, cualquier miembro de la comunidad educativa deberá comunicar al equipo directivo cualquier sospecha de maltrato, y este junto al de orientación rellenarán la hoja de notificación que se remitirá, directamente o a través de la Dirección o Delegación Provincial de Educación, a los SS. Si se detecta en el menor lesiones visibles se le deberá trasladar al hospital y esto se deberá comunicar a la Fiscalía, Inspección educativa y si no constituye riesgo para el menor, a la familia. Si además se sospecha de la comisión de un delito, se denunciará la situación al Juzgado de Guardia y a la Policía. Por último en cuanto al ámbito social, los SS deberán comunicar al SPM de la CA cuando tengan conocimiento de un caso de maltrato, para que tomen las medidas necesarias. La notificación en este ámbito se realizará por escrito y con apoyo telefónico, de acuerdo con los Protocolos de cada CA. Si el caso es urgente se presentará directamente la denuncia, por escrito y de forma inmediata, en un plazo máximo de 24 horas al Juzgado de Guardia y a los servicios especializados. Además si se sospecha de la comisión de un delito, se comunicará al Juzgado de Guardia y se pondrá en conocimiento del MF.

En cualquier caso, dependiendo de la gravedad de la situación, la notificación puede seguir dos procedimientos. Por un lado el procedimiento ordinario, por el que la vía de detección pondrá en conocimiento a los SS de la situación y estos serán los que decidan si se traslada el caso al SPM o es el mismo quien se encarga. Por otro lado el procedimiento urgente, mediante el cual se notificará la información del supuesto directamente al SPM cuando existan indicios de que la seguridad y salud del menor se encuentran en peligro y no exista una figura familiar de apego que pueda hacerse cargo del menor.

Con respecto a la pregunta de qué procedimiento de notificación se seguiría en este supuesto se plantea una disyuntiva. El enunciado del mismo dispone que el pediatra “denuncia la situación ante los SS”, por ello se podría decir que el procedimiento que se sigue es el ordinario, ya que si se siguiera el urgente se debería notificar directamente al SPM. El dilema que se plantea es que debido a la gravedad de los hechos, la integridad de Lucas está en peligro y además no existe ninguna figura de apego que se pueda hacer cargo de él (no tiene abuelos paternos, su padre ha fallecido y su madre, al igual que sus abuelos maternos lo maltratan). Por todo ello, el procedimiento a seguir debería ser el urgente y notificar directamente al SPM. Además el mismo Protocolo considera que “el maltrato grave es una situación urgente” debido a la existencia de indicadores físicos y psicológicos que ponen en peligro la integridad del menor. Por lo tanto, se podría decir que el pediatra de Lucas actúa correctamente ya que detecta el caso y lo notifica, pero debería notificarlo al SPM directamente debido al carácter urgente del caso.

En cualquier caso, la detección y la notificación se conciben como dos pautas de intervención indisolubles, es decir si se da una también se da la otra. Esto se debe a que una vez la persona tenga conocimiento de la existencia de maltrato infantil tiene la obligación de comunicarlo a las autoridades pertinentes. Así lo afirma tanto art. 13 de la LO 1/1996 de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*¹⁰ cuando dice que si una persona por motivos de su profesión detecta una situación de riesgo o de desamparo de un menor, deberá comunicarlo a las autoridades, como el art. 262 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*¹¹ cuando establece la obligación de denunciar quien tenga conocimiento de la comisión de un delito público.

Una vez detectado y notificado el supuesto de maltrato infantil se deberá realizar **una valoración**, consistente en una evaluación del niño, su familia y el medio donde se producen los hechos, de la intensidad y de la frecuencia con que se realiza el maltrato, así como también de cuáles fueron las circunstancias precedentes y desencadenantes, todo ello con la finalidad de recabar la mayor información posible del supuesto.

Esta valoración se realizará ante cualquier sospecha de maltrato por un equipo de profesionales con formación especializada en problemática familiar, en concreto será un trabajo conjunto de los SS o del SPM (dependiendo qué procedimiento de notificación se haya seguido), con los equipos de psicopedagogos, policía local y personal sanitario.

De esta valoración pueden resultar tres posibilidades. En primer lugar que no se constate maltrato y que existan factores de riesgo, por lo que se archiva el caso. En segundo lugar que no se constate maltrato pero existan factores de riesgo por lo que se tomarán medidas de protección para evitar consecuencias más graves. Y por último que si se constate una situación de maltrato infantil, como sucede en este supuesto, y por lo tanto se sigan con las siguientes pautas que son **la intervención y el seguimiento**, las cuales variarán en función del grado de gravedad y del ámbito de actuación. En concreto en este supuesto está presente el ámbito social, sanitario y judicial, aunque también explicaré estas pautas con respecto al ámbito educativo y policial de forma más breve.

En el *ámbito social* la principal institución que se encarga de la intervención son los SS, con la colaboración de los servicios sanitarios, educativos y policiales. Estos deberán intervenir ante cualquier sospecha e imponer las precauciones necesarias para salvaguardar el interés del menor (como su traslado al médico o a la Policía). Además deberán informar lo antes posible al MF, Juzgado de Instrucción de Guardia y al SPM de Menores de la CA (en concreto a esta última para que se incluya el caso en el registro unificado de casos de sospecha de maltrato infantil “RUMI”).

Dependiendo de si el maltrato se considera leve o grave, la intervención y el seguimiento serán distintos. En caso de que se considere leve, los SS junto con el centro sanitario y escolar, si es necesario, diseñaran un plan de intervención que contará con medidas como el tratamiento o el apoyo social, las cuales tendrán un seguimiento una vez puestas en práctica. En caso de que el maltrato sea grave (como en este supuesto) será la EP de protección de menores quien lleve a cabo las siguientes medidas que conformarán el plan de intervención: en primer lugar puesta en conocimiento al MF o al Juzgado de Instrucción de Guardia de los hechos ocurridos y en caso de que se abra un procedimiento penal (contra los abuelos de Lucas) la EP enviará un informe de

¹⁰ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

¹¹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, en adelante LEC.

evaluación de la situación del menor. Además si el MF lo solicita también se le enviará el plan de intervención. En segundo lugar garantizar el tratamiento terapéutico de aquellas personas que estén sujetas a medidas de protección y que lo necesiten. Por último en cuanto al seguimiento, se coordinarán los SS con el centro escolar y sanitario, elaborando un informe de seguimiento en un plazo máximo de seis meses. En caso de desamparo este informe también se enviará a la Fiscalía de Menores.

En cuanto al *ámbito sanitario*, los servicios de salud deben llevar a cabo de forma urgente y prioritaria sus funciones de detección y diagnóstico, cuyo ejercicio será controlado por la Administración Pública. Esta será la encargada de coordinar los servicios sanitarios con los SS así como de garantizar la existencia de cursos de formación y programas de sensibilización que ayuden al personal sanitario a mejorar la prestación de estos servicios (detección precoz,...). En cualquier caso, cuando existan claros indicios de maltrato, los servicios de salud deberán informar de forma urgente al SPM, al MF y al Juzgado de Instrucción de Guardia y también se aseguraran de no dar el alta al niño hasta que se no se integridad esté asegurada.

Al igual que ocurre en el ámbito social, dependiendo del grado de maltrato la intervención y el seguimiento serán diferentes. En caso de que el maltrato sea leve el personal sanitario deberá llevar a cabo las actuaciones acordadas en el plan de intervención, garantizar que la exploración realizada al menor se haga en condiciones no traumáticas, cumplir el protocolo de detección de situaciones de riesgo de maltrato infantil que necesita la coordinación entre distintos programas sanitarios, valorar el riesgo del maltrato infantil si existe una situación especial (embarazo adolescente,...) así como realizar un informe de seguimiento del niño en un plazo máximo de seis meses. En cualquier caso el centro sanitario deberá informar a la Unidad de Trabajo Social para que se coordine con los SS y, si estos lo consideran necesario, podrán contactar con el pediatra habitual del menor. Si el maltrato fuera grave, se debe notificar a la EP de Protección de Menores y comunicarlo a la sección de familia de fiscalía del Juzgado. Este tipo de maltrato requiere que la actuación sea inmediata, por lo que será el servicio de urgencias el que atienda al menor y quien emita un informe al Juzgado de Guardia, el cual puede pedir que el menor sea visitado por un médico del hospital y un médico forense (que emitirán un informe conjunto para el Juzgado de Guardia fiscalía y para la EP de protección de menores). En este caso el examen pericial al niño lo realizara un médico forense o uno nombrado por el Juez y será el médico quien realizara un informe de seguimiento de la situación den niño en un plazo máximo de seis meses, incluso si fuera necesario, el pediatra ratificara ante el Juez de instrucción lo dispuesto en el parte de lesiones u hoja de notificación.

Como consecuencia de la denuncia que se abrió, también se deberá tener en cuenta la actuación de los órganos judiciales ante los casos de maltrato infantil, es decir cómo es la intervención y el seguimiento en el *ámbito judicial*. En la fase de instrucción se debe dar preferencia al proceso sobre maltrato infantil y siempre se tendrá en cuenta el interés del menor a la hora de adoptar medidas cautelares. Además se deberá poner en conocimiento de los hechos a la Oficina de Atención a la Víctima como a la EP de Protección de Menores. Por otra parte, en aras de garantizar que se den las mínimas perturbaciones posibles para el menor, se procurará que este no tenga que repetir los exámenes médicos, que no tenga que declarar y se esta prueba como preconstituida y en caso de que tenga que declarar, se deben evitar las confrontaciones, etc...

En la fase de juicio oral también existen unas pautas de intervención, aunque en este supuesto no se pondrán en práctica ya que el niño es de muy corta edad y no tendrá validez su declaración. Se deberá garantizar que el menor declare en primer lugar, que no haya confrontación visual con el inculpado y que el lenguaje utilizado lo comprenda, y además, velando por su beneficio, se decidiría si la sesión es a puerta cerrada o no.

En cuanto al *ámbito policial*, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben trabajar de forma conjunta con otras instituciones, prestándole auxilio si fuera necesario, participando en el plan de intervención coordinado por los SS o colaborando con el SPM en la ejecución del procedimiento en el caso de los padres no colaboraran. La principal función de la Policía es asegurar la protección inmediata del menor, garantizando su dignidad e integridad mientras le llevan a un centro hospitalario, en el lugar de los hechos, mientras le toman declaración unos profesionales especializados. En cualquier caso la Policía deberá informar a la Autoridad de los hechos, pudiendo intervenir ya se trate de maltrato leve o grave. Por último, cuando el Juzgado o MF lo solicite, deberán realizar un informe sobre el caso, con información de los testigos,...

Respecto al *ámbito educativo*, el centro educativo deberá contar con una estructura interna que sea conocedora de cómo se debe comunicar la situación de riesgo del menor a los otros ámbitos (aunque exista la norma general de informar de forma urgente al MF, al Juzgado de Instrucción de Guardia y al SPM) y cuál es la responsabilidad que tiene cada una de las personas en el centro educativo, en especial quién debe remitir las hojas de notificación a los SS. También existe la diferenciación de las medidas que se tomarán dependiendo del grado del maltrato. Si el maltrato es leve el centro aplicará el plan de intervención diseñado por los SS, trasladando toda la información al equipo docente y también será necesario que el equipo de orientación realice un informe de seguimiento del niño, que será remitido a la Dirección o Delegación Provincial de Educación en un plazo de seis meses o antes de que finalice el curso escolar. En caso de que el maltrato sea grave, la primera pauta que seguirá será igual que las del maltrato leve, con la particularidad de que en vez de 6 meses son 3. Además será la Dirección Provincial de Educación quien ratifique ante el juez el contenido de la denuncia y hoja de notificación. Por último la pauta que se deberá seguir es, previo informe del orientador, habrá un pacto de confidencialidad con respecto a estos casos.

El cumplimiento de estas pautas de intervención garantizará que en caso de un menor sea maltratado, ya sea de forma leve o muy grave, los ámbitos de actuación sepan cómo deben actuar y que además exista entre estos una impecable coordinación, todo ello con la finalidad de brindarle la protección que necesita el menor en estas situaciones de riesgo.

4.2 CUESTIÓN 2: PROCESOS ABIERTOS CONTRA LA FAMILIA

En los procesos abiertos contra la familia biológica del menor, ¿qué decisiones podrían adoptar los Jueces que están conociendo de los respectivos asuntos?

4.2.1 PROCESO CIVIL CONTRA LA MADRE

A lo largo de este supuesto se narra una serie de hechos realizados por la madre y los abuelos de Lucas que ponen en peligro la integridad del menor. A partir de la denuncia del pediatra que acusa a estos familiares por dichos hechos, se constituyen diferentes procesos judiciales para exigir responsabilidades y tomar las medidas necesarias, todo ello en beneficio del menor. Este apartado solo se centrará en la actuación de la madre de Lucas y en el proceso civil que le corresponde como consecuencia de sus actos.

Los hechos a los que se refiere el párrafo anterior tuvieron su inicio a raíz del fallecimiento del padre del hijo de Lola, la cual por dicho motivo cae en una profunda depresión y comienza a descuidar a su hijo, no prestando atención a sus necesidades e incluso llegando a maltratarlo. Ante los evidentes signos de maltrato, el pediatra decide denunciar la situación a los SS y como consecuencia de dicha denuncia se abre un proceso civil contra Lola, cuyo objeto versa sobre la privación de la patria potestad. El Juez ante estos hechos deberá decidir si el comportamiento de Lola es suficiente para ser una causa de privación de la patria potestad o no, lo cual se explicará a continuación.

La patria potestad se concibe como una institución protectora del menor, la cual otorga una responsabilidad a los progenitores sobre la persona y el patrimonio de sus hijos, consistente en un conjunto de derechos y deberes que, según el art. 154 del Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*¹² son: velar por los menores, alimentarlos, educarlos, darles una formación integral así como representarlos y administrar sus bienes. Ahora bien, *“el contenido y la extensión de los deberes paternos es mucho mayor de lo que el precepto puede sugerir en una primera lectura”*¹³, pues un padre tiene muchas más obligaciones con los hijos que las dispuestas en este precepto, como es el de protección, garantizar su integridad física y psíquica, ... La definición de patria potestad que se estableció en la jurisprudencia, y que es aplicada en sentencias actuales, se concibe como un “conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados”¹⁴.

Ahora bien, esta situación normal e idónea donde los titulares de la patria potestad llevan a cabo sus deberes de protección y cuidado de sus hijos tal y como se concreta en la ley, se puede ver alterada por diferentes circunstancias dependiendo de cada caso, dando lugar a una situación donde el seno familiar se convierta en un ambiente no adecuado para el desarrollo normal del menor. Cuando esto ocurra y el entorno familiar suponga una amenaza para el menor, la Justicia deberá llevar a cabo el proceso judicial que corresponda, en caso de Lola el proceso civil, y a través del mismo tomar las

¹² BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, en adelante CC.

¹³ LASARTE C.: *Derecho de familia – principio de derecho civil VI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 357.

¹⁴ SAP de Madrid de 10 de enero de 2017 (JUR 2017/23459), SAP de Vizcaya de 8 febrero de 1999 (AC 1999/3913), etc...

decisiones necesarias que garanticen la protección del menor, como lo es por ejemplo la privación de la patria potestad (art. 170 del CC).

Las personas que pueden ser privados de la patria potestad son los titulares de la misma, que como norma general son el padre y la madre, aunque en caso de que uno hubiese fallecido (como sucede en el supuesto donde muere el padre de Lucas) se trataría de un supuesto titularidad individual, a favor de Lola, aunque con matizaciones. Al ser una menor de edad no emancipada, según el art. 157 del CC la patria potestad se ejercerá con la asistencia de sus padres, o en su caso con la de su tutor o la del Juez, si no existiera acuerdo con los anteriores. No se trata de suplir una incapacidad de obrar, sino de complementarla mediante la asistencia de los padres mientras el progenitor sea menor de edad¹⁵.

La privación de la patria potestad puede ser parcial o total, ya sea a través de una sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (la que correspondería en este supuesto) o a través de la dictada en causa criminal o matrimonial. En cualquier caso es una obligación que los jueces, a la hora de decretar la privación de la patria potestad, la de fundamentar su respuesta con argumentos que se basen en la suficiencia de ciertas circunstancias que se explicarán a continuación.

En primer lugar, la privación de la patria potestad no podrá acordarse si no existe la concurrencia de una serie de hechos que revistan notoria gravedad e impliquen para el menor un peligro concreto para su salud básica, psíquica o moral. Así se recoge en la jurisprudencia, por ejemplo en la SAP de Valencia de 9 diciembre de 2016 (JUR 2016/126917) cuando dice que “la privación de la patria potestad ha de ser adoptada siempre ante casos claros y realmente graves del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma”. La concepción de gravedad de los hechos es una cuestión muy discutida en los Tribunales, por ejemplo se aprecia claramente que no existe tal gravedad cuando el hecho que motiva la privación de la patria potestad es el incumplimiento temporal de la prestación alimentaria¹⁶. Ahora bien, si se aprecia gravedad cuando “el hijo menor o incapacitado sufre abusos sexuales o maltratos físicos o psíquicos, o si es víctima directa o indirecta de violencia familiar o machista”¹⁷. Dependiendo de cada caso, el Juez analizará los hechos y determinará la existencia o no de esa gravedad, y en este supuesto, teniendo en cuenta la última sentencia citada y los hechos (existencia de maltrato y desatención) si se confirma la gravedad de los hechos.

Además de que los hechos revistan esta gravedad, la periodicidad con la que se repitan debe ser frecuente. Es decir los hechos deben ser habituales ya que “*un simple hecho aislado, aunque sea grave, no debe ser motivo para la privación de la patria potestad*”¹⁸. La misma SAP de Valencia citada anteriormente y muchas otras más como la SAP de Badajoz de 30 de mayo de 2014 (JUR 2014/179791) afirman que para establecer la privación de la patria potestad no es suficiente una sola constatación de un incumplimiento, aunque sea grave, sino que es necesario los hechos se repitan de forma concurrente.

¹⁵ DEL VAS GONZÁLEZ J.M.: *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho civil*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 180.

¹⁶ SAP de Madrid de 27 de Septiembre de 2001 (JUR 2001/318277).

¹⁷ SAP de Tarragona de 19 de julio de 2016 (JUR 2016/219154).

¹⁸ FERRER SAMA J.L., [ET. AL]: *Memento Práctico Familia*, (TRINCHANT BLASCO C., Coord.), Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 311.

En este supuesto los hechos sí que son frecuentes ya que se dan desde que el niño cumple los 3 meses hasta que el pediatra detecta los signos de maltrato, por ello no es una situación puntual sino que es habitual y por ello se cumple otra circunstancia necesaria para poder privar de la patria potestad a Lola.

Además, al ser una decisión judicial con enorme trascendencia para la vida del menor, la demostración de estos hechos no puede fundarse en meras sospechas o alegaciones de una parte, “sino que la resultancia probatoria debe ser demostrativa y sólida”¹⁹. En este supuesto los hechos quedan debidamente acreditados, ya sea a través del informe del pediatra del menor como del informe de los SS.

En cualquier caso, aun teniendo en cuenta la gravedad, la frecuencia y la certeza de los hechos, cuando el Juez decide imponer la privación de la patria potestad deberá tener en cuenta ante todo el principio general que rige esta institución, que es el beneficio del menor y el interés supremo del mismo. Es decir, aunque se den todas las circunstancias anteriores, el Juez podrá tomar otra decisión, aunque lo normal es que si concurren estas circunstancias la decisión final sea la privación de la patria potestad. Por ello se dice que se le concede al juez una amplia facultad discrecional de apreciación ya que no se trata de una facultad reglada, pero siempre se exige tener presente el interés del menor²⁰. Por lo tanto, teniendo siempre en cuenta el beneficio del menor ante todo se considera que la patria potestad es más una medida de protección del hijo que una sanción para el progenitor incumplidor²¹.

Teniendo en cuenta todos estos requisitos, se considera la privación de la patria potestad una medida con carácter excepcional, “*resultando de aplicación en aquellos casos en que concurren circunstancias extremas que seriamente pongan en peligro la integridad de los hijos, no bastando la concurrencia de una causa objetiva sino que siempre debe atenderse a criterios relativos dependiendo del caso*”²². En este supuesto, como se ha ido explicando en este apartado, aparecen todas las circunstancias que favorecen a que se tome la decisión de privar de la patria potestad a Lola. Además la jurisprudencia recoge casos similares a este supuesto en el que se adopta la privación de la patria potestad, como puede ser el que recoge la STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9578) en el que una madre es privada de la patria potestad de su hijo al ser declarada culpable de un delito de lesiones y malos tratos a su hijo de 16 meses u otro caso más actual²³ en el que se adopta la privación de la patria potestad por “la absoluta falta de asistencia y cuidados de sus hijas ... así como por los malos tratos proferidos a su hijas, pues aparte del maltrato y lesiones habituales que la madre refiere, en sus descripciones de malos tratos se incluyen intentos de lesionar a sus hijas, como intentar estrangular a la mayor o lanzar por los aires a la menor cuando era un bebé”.

A pesar de que en este supuesto no se describa el grado de los malos tratos (como si se hace en la última sentencia citada) se puede considerar que son de suficiente gravedad cuando el pediatra decide denunciarlos y el Juez adopta como medida provisional la suspensión de la patria potestad.

¹⁹ SAP de Ávila de 8 de febrero de 2010 (JUR 2010/396856).

²⁰ STS de 5 de marzo de 1998 (RJ 1998/1495) y SAP de Tarragona de 31 de marzo de 2017 (JUR 2017/130258)

²¹ STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223).

²² CASTILLO MARTÍNEZ C.C. *La privación de la patria potestad – Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, pág. 166.

²³ SAP de Segovia de 16 de noviembre de 2015 (JUR 2015/302856)

Por todo ello, siempre en aras de proteger el interés de Lucas, lo más recomendable sería que el juez adoptara la privación de la patria potestad, pues aunque pueda suponer un cambio brusco para la vida de Lola, se deberá primar la integridad y seguridad de la víctima menor de edad.

Un argumento que podría poner en riesgo la adopción de esta medida sería el hecho de que la madre sufra una depresión profunda y por ello no sea capaz de cuidar a su hijo. Se argumentaría que debido a este trastorno mental y a su corta edad, la situación familiar la ha sobrepasado y ha actuado mal, pero esto no implica que se deba tomar una medida tan grave. En la jurisprudencia se recogen casos similares donde una madre que sufre depresión al haber quedado viuda a muy temprana edad comienza a descuidar gravemente a su hija e igualmente ha sido privada de la patria potestad ya que se considera que se debe primar en todo caso es el interés del menor²⁴. Otra sentencia más reciente que trata esta cuestión²⁵ explica el caso de una madre con una profunda depresión que es privada de patria potestad de su hijo porque no atiende a los deberes que el ejercicio de la patria potestad conlleva. Por lo tanto el tener un trastorno mental y que sea una circunstancia ajena a la voluntad del progenitor no implica que no se pueda adoptar la privación de la patria potestad.

4.2.2 PROCESO PENAL CONTRA LOS ABUELOS

Una vez explicado los actos cometidos por la madre de Lucas contra este y las decisiones que ha tomado el Tribunal en el respectivo proceso civil, pasamos a la otra parte implicada, formada por los padres de María y abuelos de Lucas, y a su respectivo proceso penal en el que se juzgarán sus actuaciones.

Los abuelos de Lucas eran conscientes de los malos tratos que su nieto recibía por parte de su hija Lola. Ante tal grave situación, lejos de intervenir y remediar los hechos tomando las medidas necesarias, la actuación de María y Daniel consistió en pasar por alto estos hechos y despreocuparse por la salud y bienestar de Lucas e incluso su participación en los hechos aumentó, llegando a maltratar a su nieto “en diversas ocasiones”. En este caso la denuncia originó la apertura de un proceso penal el cual el Juez deberá tomar las decisiones necesarias respecto a dos cuestiones diferentes.

La primera cuestión que se plantea en este proceso penal es sobre si la actuación de los abuelos, descrita en el párrafo anterior, es constitutiva de delito o no, y en caso de que si, por qué delito se les podría condenar y cuál sería su responsabilidad.

En primer lugar se plantea la comisión del delito de maltrato habitual en el ámbito familiar, recogido en el art. 173.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*²⁶ el cual castiga a quien ejerza violencia física o psíquica sobre ciertas personas, en concreto sobre descendientes y menores que es lo que interesa en este supuesto. La pena que conlleva este delito es de prisión de seis meses a tres años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años. Además si el interés del menor lo aconseja se podrá inhabilitar para el ejercicio de la patria potestad, tutela,... de uno a cinco años y se podrá imponer una medida de libertad vigilada.

²⁴ SAP de Madrid de 2 de julio de 2004 (AC 2004/2211).

²⁵ SAP de Burgos de 9 de mayo de 2016 (JUR 2016/137950).

²⁶ BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, en adelante CP.

En multitud de sentencias se explican casos donde el menor es víctima de malos tratos, pero el grado de maltrato puede variar, desde familiares que propinan a las víctimas golpes que provocan hematomas en diversas parte del cuerpo y cara, las cuales no necesitan para su curación tratamiento médico²⁷ hasta repetidos golpes, zarandeos y movimientos bruscos, que causan fracturas y lesiones de todo tipo y que si necesitan tratamiento médico²⁸. Todas estas actuaciones son penadas por este art. y en este supuesto, aunque no se especifica el grado de maltrato, se prueba que si existe ese maltrato y por ello se puede encuadrar dentro de este delito.

Ahora bien, para poder afirmar la comisión de este delito es necesario demostrar la habitualidad con que se realizan esos malos tratos. El mismo art. dice que se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos. Sentencias como la STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014/258) o la SAP de Alicante de 25 de febrero de 2016 (JUR 2016/145220) afirman que la apreciación de ese elemento no depende de la acreditación de un número específico de actos violentos, sino que lo determinante es que exista un estado permanente de violencia derivado de la reiteración de estos, que afecte a la dignidad de la víctima y a la a la estructura básica de la convivencia. Por lo tanto si se puede afirmar que se produce esa habitualidad ya que el enunciado del supuesto dice que los abuelos maltratan “en diversas ocasiones” y en cualquier caso existe ese clima de violencia, por ello los abuelos deberán ser castigados por este delito.

Asimismo, por la misma actuación de malos tratos se le puede imputar un delito de lesiones en el ámbito familiar. Ahora bien las consecuencias de las lesiones no se especifica en ningún momento a lo largo del supuesto, pudiendo este maltrato originarlas graves y que requieran tratamiento médico o quirúrgico, por lo que se aplicaría el art. 147.1 del CP con la agravante del art. 148 .3 del CP al ser menor, o también pueden ser no tan graves y que causaran un menoscabo psíquico o lesión de menor gravedad, por lo que se aplicaría el 153 apartado 1 y 2 del CP. En cualquier caso concurriría la agravante de parentesco del art. 23 del CP al ser abuelos de Lucas.

Por último se plantea la comisión por omisión de un delito de abandono de menores del art. 226 del CP, el cual castiga con pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses quien deje de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad,... Como se ha dicho en esta misma cuestión, Lola al ser menor de edad ejercerá la patria potestad con la asistencia de sus padres (art. 157 CC), por ello los deberes inherentes de la misma deberán ser ejercidos entre ambas partes. Cuando Lola no atendía las necesidades esenciales de Lucas, sus padres no hacían nada para remediar esta situación y por ello su función como garante de asegurar el cumplimiento de estos deberes no se llevaba a cabo. En sentencias como la SAP de Barcelona de 22 mayo de 2008 (JUR 2008/267121) se habla de un caso donde no hay indicios probatorios de si la lesión fue causada por la madre o en presencia de la misma, pero se dictamina que es culpable de abandono de menores por la reacción posterior ya que no cumplió con sus deberes como garante, que sería la de llevar a su hijo al hospital y velar por su integridad, tal y como deberían haber hecho los padres de Lola y no hacer oídos sordos a la situación.

²⁷ SAP de Murcia de 3 de abril de 2017 (JUR 2017/124118).

²⁸ SAP de Barcelona de 30 de junio de 2016 (ARP 2016\1073).

La segunda cuestión que se aborda en este proceso penal es la relativa a la privación de la patria potestad de su hija Lola. Se plantea si por el hecho de que las actuaciones de los abuelos de Lucas sean constitutivas de delitos es motivo suficiente para poder adoptar esta medida.

A lo largo del apartado anterior “proceso civil contra la madre”, se estudió cuáles son las circunstancias necesarias que se deben dar en un supuesto para poder considerar que se puede privar a un progenitor de la patria potestad de su hijo. Entre esas causas están la gravedad de los hechos cometidos, su habitualidad y la certeza de los mismos. En el caso de Lola todas estas circunstancias se producían, pues estaba probado que ella maltrataba a su hijo de forma grave y habitual y por ello se le podía privar la patria potestad. Ahora bien, en el caso de María y Daniel solo hay constancia de sus malas actuaciones con respecto a su nieto y no se especifica nada en el supuesto que estos maltraten a Lola o que no atiendan los deberes específicos derivados del ejercicio de la patria potestad. Por lo tanto, en caso de querer imponer la privación de la patria potestad no se podría fundar la decisión en las anteriores circunstancias, sino que solamente se atendería a si esta medida es lo más beneficioso para el interés de la menor Lola.

La argumentación que se emplearía en este caso para poder afirmar que la privación de la patria potestad es lo más adecuado para el beneficio de Lola se basaría por un lado en lo poco adecuado que es el entorno familiar para el desarrollo normal de un niño al existir violencia en él y por otro lado el hecho de maltraten a su nieto. El hecho de que exista violencia en el entorno familiar, sea Lola o no la víctima, no es lo más recomendable para el desarrollo físico y psicológico de la menor. Ahora bien, la privación de la patria potestad es una medida con carácter excepcional que solo se deberá llevar a cabo cuando el peligro para el menor sea grave y certero. Teniendo en cuenta la jurisprudencia, el hecho de que solo exista un seno familiar inadecuado, sin otra causa como el maltrato o el desamparo sobre quien se va adoptar la privación de la patria potestad, no causa suficiente para adoptarla.

La única forma de poder privar de la patria potestad sobre Lola sería atendiendo al art. 55 y 56 del CP. El primer art. dispone como pena accesoria la privación de la patria potestad cuando la suma de prisión sea igual o mayor a diez años. En segundo art. dispone lo mismo pero cuando la suma sea inferior a 10 años. En este supuesto se han citado las posibles penas que se les impondrían a los abuelos por los delitos cometidos, pero el hecho de que sumen más o menos de 10 años depende del Juez. En cualquier caso, sea mayor o menor de 10 años, se puede imponer esta pena accesoria siempre y cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido y esta vinculación se exprese en la sentencia. Además respecto a los dos primeros delitos citados el CP ya hace referencia de forma concreta a la pena accesoria de inhabilitación de hasta 5 años de la patria potestad. Por todo ello se les podría privar de la patria potestad de su hija siempre y cuando fueran condenados por los delitos anteriormente citados.

Por último se debe aclarar que la mayoría de las sentencias que condenan a un progenitor por uno de los delitos anteriormente citados y disponen como medida accesoria la privación de la patria potestad, lo hacen por el tiempo que dura la condena, no de forma indefinida²⁹.

²⁹ SAP de Castellón de 21 de mayo de 2014 (JUR 2015/136818), SAP de Barcelona de 30 de octubre de 2015 (ARP 2015/1496)

4.2.3 OTRAS MEDIDAS DEL PROCESO PENAL Y CIVIL

Aparte de las medidas que se han adoptado respectivamente en el proceso penal y civil, se debe hacer referencia a unas medidas relacionadas con la privación de la patria potestad, que a diferencia de las citadas en los apartados anteriores, estas pueden ser adoptadas indistintamente en un proceso civil o penal. Están recogidas en el art. 158 del CC y será el juez quien, ya sea de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del MF, las dicte.

En general se podrán tomar todas las decisiones que se consideren oportunas si se garantiza que el menor no corre peligro y que no le afectan los perjuicios de su entorno familiar. En el caso de que se adopte a Lucas y la titularidad de la patria potestad pase a Roberto y Jorge se tomarían estas medidas para evitar a Lucas perturbaciones dañosas por el cambio de titularidad de la patria potestad. Además debido al riesgo del entorno familiar y a la enfermedad de la madre, no se puede garantizar que si siguen en contacto no se repitan los episodios de violencia, por ello se podrían adoptar las medidas, con proporcionalidad, de prohibir a los progenitores y a otros parientes que se aproximen al menor y se acerquen a su domicilio o a lugares que frecuenta y de prohibir que estas personas se comuniquen con el menor o establezcan contacto.

4.3 CUESTIÓN 3: GUARDA CON FINALIDAD DE ADOPCIÓN

¿Es la guarda con finalidad de adopción la medida más beneficiosa para los intereses de Lucas? ¿Y para los intereses de Lola, también menor de edad?

La situación que presenta España con respecto a la tutela y la guarda de menores por la Administración es preocupante debido al alto número de niños que se encuentran en esta situación (alrededor de unos treinta mil), a la espera de ser adoptado o que se tome otra medida legal³⁰. Ante esta problemática, el legislador ha trabajado intensamente para configurar una legislación que garantice una mayor protección del menor que se encuentre en estas situaciones vulnerables, teniendo como uno de los resultados la nueva Ley 26/2015. Esta recoge figuras novedosas que favorecen al principio de protección del interés del menor, como puede ser la modalidad de acogimiento urgente o, lo que interesa en este supuesto, la guarda con fines de adopción, regulada en el art. 176 bis de la misma.

Esta nueva medida permite que el menor y la familia calificada como idónea para la adopción puedan convivir provisionalmente antes de que la EP proponga al Juez la constitución de la adopción hasta que se dicte la correspondiente resolución judicial de la adopción. Lo que se trata de evitar principalmente con la guarda con fines de adopción es, mientras se está a la espera de dicha resolución judicial, las consecuencias negativas que pueden surgir para el desarrollo del menor a raíz de su estancia en un centro de protección o de la convivencia con otra familia. Para que el Juez conceda la puesta en marcha de esta medida tienen que darse ciertas circunstancias y ciertos requisitos, los cuales se explicarán a continuación.

En primer lugar para poder delegar la guarda de un menor, el niño tendrá que estar declarado en una situación de desamparo, figura regulada en el art. 172 de la Ley 26/2015 y definida como aquella situación por la cual la EP asume la tutela del menor y las obligaciones de protección del mismo al existir un incumplimiento o un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección sobre los menores. En concreto existen unas causas por las que se considera que existe una situación de desamparo y, algunas de ellas están presentes en este supuesto: abandono del menor, riesgo para la vida salud e integridad física (malos tratos físicos, negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud,...), riesgo para la salud mental y el desarrollo de la personalidad, condiciones de vida familiares no adecuadas o una situación muy grave que traiga causa del incumplimiento del ejercicio de la patria potestad, entre otras³¹.

La jurisprudencia recoge muchos supuestos en los que se declara la situación de desamparo como consecuencia de la existencia de alguna de dichas causas, como por ejemplo en la SAP de Madrid de 24 de febrero de 2017 (JUR 2017/87244) en la que se describe un caso en el que existe una situación de desamparo y en un entorno familiar inestable debido a que la madre, con problemas mentales, maltrata a sus hijos física y psicológicamente, tal y como sucede en este supuesto. Por lo tanto teniendo presentes dichas causas y la jurisprudencia, se puede afirmar que Lucas se encuentra en una

³⁰<http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/msssi/Paginas/2015/180815leyproteccioninfanc.aspx> (Última visita 20 de mayo)

³¹ FERRER SAMA J.L. [ET. AL]: *Memento Práctico Familia*, op. cit, p. 320.

situación de desamparo por la situación de maltrato y desatención del que es víctima y por ello es candidato para que se adopte sobre él la guarda con fines de adopción.

Ahora bien, declarar si Lola está o no en una situación de desamparo es más complicado. Por una parte se puede decir la madre de Lucas no sufre las causas por las que se declara una situación de desamparo con tanta gravedad como Lucas y por ello no se considera víctima de tal situación. Ahora bien, el enunciado del supuesto pregunta si la guarda con fines de adopción es beneficiosa para ella, por lo tanto se da por hecho que si se declaró que está en una situación de desamparo, ya que sino no podría estar sujeta a la medida de guarda con fines de adopción. Teniendo claro la situación de Lola, se puede decir que la causa de desamparo que le afecta (en menor medida que a Lucas) es la de que las condiciones de vida familiares no son adecuadas para el desarrollo normal de la menor y por ello podría adoptarse la guarda con fines de adopción en su beneficio.

En segundo lugar se exige otro requisito a los futuros adoptantes y por ende a las personas que se les va delegar la guarda del menor. Estos requisitos son de capacidad, recogidos que en el art. 175 (los cuales son explicados detalladamente en la cuestión 5), y básicamente son los requisitos que se les exigiría a un adoptante normal, pues estas personas serán futuros adoptantes, por ello es lógico que ya se exijan previa a la adopción. Además también se exige que presten su consentimiento y que hayan sido declaradas idóneas.

Con el cumplimiento de estos dos requisitos, la EP podrá delegar la guarda con fines de adopción a dichas personas, mediante resolución administrativa, la cual tiene que estar debidamente motivada. Es decir, el Juez debe justificar y explicar con precisión y objetividad las circunstancias y causas que motivan a considerar que lo mejor para los intereses del menor, en este caso de Lucas y de Lola, es la guarda con fines de adopción. Se debe aclarar que estos argumentos son extraídos a partir de la lógica, de la lectura del art. que regula la figura de la adopción de guarda con fines de adopción y de la poca jurisprudencia que versa sobre esta medida, pues al ser una figura tan novedosa apenas hay jurisprudencia que trate esta cuestión y aporte argumentos a favor o en contra de la adopción de la misma.

En el caso de Lucas, los argumentos que se utilizarían para apoyar la toma de esta decisión sería en primer lugar el hecho de que Lucas vive en un entorno familiar donde no se garantiza ni su integridad ni su seguridad ya que en el mismo sufrió malos tratos, desatención de sus necesidades esenciales (alimentos, higiene,...) tanto por parte de su madre como por sus abuelos. Una sentencia que trata un caso parecido y en el que se adopta la guarda con fines de adopción³² describe una situación, que reviste tanto gravedad como el presente supuesto, en la que la madre no atiende a las necesidades esenciales de sus hijos, ni presta atención emocional ni física a los mismos (y muchas más actuaciones negligentes). Por esta situación se declara a los hijos en una situación de desamparo y se considera el entorno familiar como perjudicial y en el cual no es posible el correcto desarrollo del menor, causas más que suficientes para que en caso de que el hijo vaya ser adoptado se tome la medida de guarda con fines de adopción para evitar males mayores.

³² SAP de Palencia de 6 abril de 2017 (JUR 2017/120942).

Por lo tanto lo más beneficioso para los intereses del menor en situación de desamparo y que vivan en un entorno familiar no adecuado es que se adopte la medida de guarda con fines de adopción con la finalidad de garantizar una adecuada estabilidad para los menores en un entorno definitivo, estable y seguro que le permita desarrollarse a nivel físico y emocional y, tal y como dice la sentencia anteriormente citada, que se le brinde al menor un ambiente familiar adecuado, con un alto nivel de dedicación que le sirva y motive para desarrollar su potencia intelectual y personal.

Por todo ello, aplicando lo dicho en la jurisprudencia al presente supuesto se puede concluir que lo mejor para Lucas es la guarda con fines de adopción, ya que está incluso en una situación peor que la descrita en la anterior sentencia, y si en la misma se adoptó esta medida, con más razón en este supuesto también.

Otro argumento a favor de la adopción de la guarda con fines de adopción es que se debe tener en cuenta la convivencia previa que tiene lugar antes de posible adopción de esta medida. Es decir, se debe tener en cuenta el lazo afectivo que se ha formado entre Lucas y la pareja cuidadora durante el año y varios meses que han convivido. Los SS consideran que la mejor opción para el niño es que sea dado en adopción y teniendo en cuenta esta convivencia previa, la medida más beneficiosa para el niño es que siga siendo cuidado por las mismas personas mientras espera por la resolución judicial de la adopción ya que así se respetará los avances conseguidos respecto a la integración del menor en la nueva familia.

Además es desaconsejado para el niño de tan corta edad, en caso de que no se adopte la medida de guarda con fines de adopción, que se relacione en un ambiente totalmente desconocido para él (como puede ser un centro de protección u otra familia) y que después de padecer un cambio de entorno familiar cuando se separó de sus padres, lo tenga que volver a vivir. Lo más beneficioso para Lucas sería que después del proceso de adaptación a la nueva familia conformada por su tutor y Jorge durante más de un año se pase a la guarda con fines de adopción para que no sufra más cambios ya que provocarían en el menor desconfianza y un posible retraso en los objetivos ya conseguidos con la nueva familia.

En cualquier caso esta medida sería lo más beneficioso para el menor en el supuesto de que en un futuro quede probado que la situación familiar no ha cambiado, que la madre no ha superado la depresión, que los abuelos siguen sin hacerse cargo del menor y que además la familia no haya hecho caso a los intentos de integración familiar. En este supuesto no se menciona cómo ha evolucionado la situación familiar después de un año de no convivencia con el menor, pero en el caso de que se compruebe y se den dichas circunstancias, la adopción de esta medida sería indudable para garantizar el beneficio y los intereses del menor ya que no es posible garantizar su seguridad si vuelve al seno familiar y por ello es mejor que sea dado en adopción y que mientras se espera a por la sentencia firme esté con su nueva familia en guarda con fines de adopción³³.

Además, en el caso de que Lola argumente (en general argumenten los progenitores) que su situación económica y familiar ha mejorado con respecto su situación pasada, esto no será suficiente para considerar que no es beneficioso para el menor la adopción de la guarda con fines de adopción, pues se deberá tener en cuenta si la situación

³³ SAP de León de 13 de marzo de 2017 (JUR 2017/103882).

realmente ha cambiado como también se atenderá a los vínculos existentes entre Lucas y sus guardadores y el cambio que supondría para el niño separarlo de los mismos³⁴.

En cuanto a Lola, es una adolescente que a una corta edad vive una situación muy difícil debido a la depresión que sufre por la muerte del padre de su hijo, sumado con la posible pérdida de la patria potestad de su hijo. Los argumentos en este caso pueden optar por dos vías. La primera sería aquella que argumenta que la guarda con fines de adopción es beneficiosa para los intereses de Lola, ya que debido a la situación descrita al principio de este párrafo, no sería aconsejable que en la vida de Lola hubiera más cambios drásticos como sería el paso por un centro de protección. Además el tiempo que estaría en ese centro, tal y como dice el art que regula esta figura, es muy corto, desde que se formaliza la delegación de guarda con fines de adopción no pueden pasar más de tres meses para que se haga formal la propuesta de adopción al Juez, aunque podrá prorrogarse un año más si el interés del menor lo aconseja. Por ello en aras de evitar que en tan poco período de tiempo sufra tantos cambios, esta medida sería la más beneficiosa para Lola, ya que aunque sufra un cambio en el caso de que sea adoptada (pensado en su interés), no sufrirá el cambio de vivir con otra familia diferente antes.

La siguiente vía que se baraja en el caso de Lola es que esta medida no es beneficiosa para los intereses de la misma. El argumento principal sería que las actuaciones de los padres no afectan directamente a Lola y por ello separarla de su entorno y darla en adopción no se correspondería a la gravedad de los hechos y sería una medida excesiva. La ley una vez más mirando siempre por el beneficio de la menor, prevé que la EP pueda suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se dé comienzo a la convivencia entre menor y guardadores preadoptivos, excepto que se considere necesario y beneficio para el menor que se siga manteniendo esta relación (art 178.4 de la Ley 26/2015). A diferencia de Lucas, Lola ha convivido con sus padres 13 años, por ello aunque la mejor opción para ella sea la de guarda con fines de adopción no es para nada aconsejable que desaparezca de repente la relación sus padres. Por ello esta medida permite que se pueda seguir manteniendo esta relación con la familia de origen y sería motivo el alejamiento de sus padres para decir que esta medida no es beneficiosa para él.

En conclusión, valorar a día de hoy una medida tan reciente si es lo más beneficioso para los intereses de dos menores de edad es complicado, pero siempre atendiendo al interés del menor y a la finalidad de esta medida, que es evitar que mientras se espera a la resolución firme de la adopción el menor resida en otro lugar distinto al de sus futuros adoptantes, se tendrá que analizar las circunstancias de cada caso, tal y como se ha hecho a lo largo de esta cuestión.

³⁴ SAP de Salamanca de 17 de enero de 2017 (AC 2017/38).

4.4 CUESTIÓN 4: RECUPERACIÓN PATRIA POTESTAD Y ADOPCIÓN CON OTRA FAMILIA

A pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción, ¿se podría dar en adopción a Lucas con otra familia? De ser así, ¿podría la familia biológica de Lucas, recuperar la patria potestad del menor y, por lo tanto, su guarda y custodia?

4.4.1 ADOPCIÓN CON OTRA FAMILIA

El término “guarda con fines de adopción” tiene un origen muy reciente y se recogió por primera vez en la L.26/2015, la cual derogó el término anterior “acogida en preadopción” que hacía referencia a la misma situación pero introdujo, con dicho término novedoso, una mejor definición a este periodo transitorio. El art. 176 Bis de dicha ley regula esta figura, la cual permite *“la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para la adopción, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción ante la EP competente”*³⁵.

Esta institución tiene como principal finalidad evitar que el menor tenga que pasar un cierto periodo de tiempo en un centro de protección o con otra familia (diferente tanto a la de origen como a la futura adoptante), mientras espera por una medida que resuelva su situación. Por ello, en aras de asegurar el cumplimiento de dicho objetivo, si se pretende evitar el perjuicio que supone para el desarrollo normal que el menor esté en lugares y con personas diferentes, lo lógico es pensar que una vez adoptado la medida de guarda con fines de adopción no se vuelva a cambiar de familia y a retornar con la de origen o dar en adopción con otra diferente. Así se reitera en declaraciones del jefe de área de adopciones del Área de Madrid que dice que cuando “los Servicios Sociales ponen a un niño en preadopción, es que han considerado que el pequeño tiene que integrarse plena y definitivamente en una familia distinta”³⁶.

Ahora bien lo dicho anteriormente no se corresponde a la realidad, pues de una forma general se puede decir que mientras no hay una sentencia firme de adopción, la situación puede ser reversible, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor. Es decir aunque el juez decreta la adopción de la guarda con fines de adopción, siempre que el beneficio del menor lo aconseje se podrá retornar al menor con su familia de origen o adoptar otra medida que asegure la protección y el beneficio del menor, incluyendo la de ser adoptado por otra familia.

Al ser un término tan reciente, la jurisprudencia es escasa en torno a esta cuestión, aunque existe un caso muy sonado del 2016 que se tomará como ejemplo con ciertas matizaciones. A pesar de que dicha sentencia trate el retorno a la familia de origen, lo que se pretende destacar de ella es que el Juez no tiene en cuenta el tiempo que el menor ha vivido con la familia de acogida en guarda con fines de adopción (cuatro años), lo cual no ha sido un impedimento para que vuelva con su familia de origen, o adoptándose a este supuesto con otra familia, siempre que se tenga en cuenta su beneficio.

³⁵ FERRER SAMA J.L., [ET. AL]: *Memento Práctico Familia*, op. cit, pág. 335.

³⁶http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-mano-este-nino-no-hijo-pareja-valenciana-201609132209_noticia.html (Última visita 20 de mayo)

Más concretamente se trata del supuesto³⁷ en el que se explica el caso de una madre adolescente de 15 años (parecida a la edad de Lola) que su hijo es dado en “acogida en preadopción” (equivalente hoy en día a guarda con fines de adopción) a otra familia. Los informes periciales establecían que la menor no estaba capacitada para desarrollar el rol parental y que además estaba incurso en una causa de privación de la patria potestad por no ejercer los deberes inherentes de la misma, tal y como le sucede a Lola. Por otra parte en cuanto al entorno familiar, en esta sentencia se afirma que la abuela del menor no es la adecuada para ejercer la crianza y aunque no se especifique los motivos, también se considera que los abuelos de Lucas por maltratar al mismo no están capacitados para su crianza. Además en la sentencia citada, se recoge la declaración de madre que admite que se inicie la situación de acogimiento preadoptivo de su hijo si se considera que es lo mejor para él.

Por toda esta situación se decide dar inicio a un procedimiento judicial sobre acogimiento familiar preadoptivo/ guarda con finalidad de adopción y conceder la adopción del menor a una nueva familia considerada futura adoptante. Ahora bien, se plantea por parte de la madre de origen el deseo de que su hijo vuelva con ella. La disyuntiva de este Tribunal es determinar si el retorno del menor con su familia de origen o a otra es lo más recomendable para él, teniendo en cuenta que el menor ya se encuentra adoptado a su nuevo entorno familiar, el cual lo lleva cuidando más de 4 años (en el caso de Roberto y Jorge, más de un año) y que si ser apartado ahora de esta familia supondría graves consecuencias para él.

El fundamento de esta sentencia para argumentar que el menor puede ser apartado de su futura familia adoptiva es que si el beneficio del menor lo aconseja, se podrá tomar esta medida. Además en esta sentencia se recoge la declaración de un perito en la que se afirma que un menor de 3 años tiene un pensamiento abstracto y por ello atendiendo a su corta edad no supondría un cambio tan drástico con la ayuda de los profesionales correspondientes que lo ayudaran a comprender la nueva situación.

Por todo ello se puede concluir que hasta que no exista una sentencia firme de adopción, la familia que tiene en guarda con fines de adopción al que consideran su hijo, realmente no lo es y por ello la Administración y Justicia podrán tomar las medidas que consideren necesarias y que beneficien al menor. Es decir el expediente del menor es revisable hasta que no sea firme la adopción y si llega a considerar “que la adopción no es procedente, la EP podrá determinar otra medida más adecuada para el menor”³⁸. Por lo tanto, aunque en este caso si se considera que la adopción es lo más recomendable para Lucas, como se explicará en las siguientes cuestiones, en el hipotético caso de que se considere que no lo es y que no resulta beneficioso para el menor, cabría la posibilidad de que el menor fuera adoptado por otra familia.

³⁷ SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016 (AC 2016/431).

³⁸ FERRER SAMA J.L. [ET. AL]: *Memento Práctico Familia*, op. cit, p. 337.

4.4.2 RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La privación total o parcial de la patria potestad son medidas con un carácter excepcional debido a la gravedad que implica la adopción de las mismas. La diferencia entre estas dos figuras radica en que la suspensión se entiende como “*una privación parcial que no afecta a la titularidad, sino al ejercicio de la patria potestad, aplicable en los supuestos de incumplimiento voluntario de los deberes paternos, pero más leve en su alcance que la privación total*”³⁹.

En este supuesto Lola está inmersa en un proceso civil en el que se decidirá si adopta o no la privación de la patria potestad sobre Lucas, pero mientras tanto se toma como medida cautelar, a instancias del MF, la suspensión de la misma sobre Lucas. Ambas medidas se encuentran reguladas en el art. 170 del CC, el cual también recoge la posibilidad de que cuando se de alguna de las dos situaciones, los progenitores puedan recuperar la patria potestad, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos que se explicarán a continuación.

Concretamente, el art. 172.2 del CC establece que aquel progenitor que ostente la patria potestad pero la tenga suspendida, como sucede en este caso, tendrá un plazo de dos años, desde que se le notificó la resolución administrativa en la que se declara la situación de desamparo del menor (ya explicada anteriormente), para solicitar a la EP que cese la suspensión y que quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela.

En cualquier caso se establece que serán los Tribunales quienes tengan capacidad y competencia para decretar la recuperación de la patria potestad. De esta obligación de los Tribunales se desprende que únicamente mediante la intervención judicial será posible que se acuerde la recuperación de la patria potestad. Esto es así ya que el Juez ha sido el que desde un primer momento ha valorado objetivamente las circunstancias del supuesto concreto y el que ha adoptado la medida de la privación o suspensión, por ello solo puede ser el quien evalúe y valore si las circunstancias que percibió en un principio han desaparecido y si en cualquier caso es beneficioso para el menor. Por lo tanto se concibe la intervención judicial “*como una garantía de la efectiva desaparición de los motivos que justificaron la adopción de tan drástica medida*”⁴⁰.

Ahora bien, el poder de los Tribunales para decretar la recuperación de la patria potestad no es ilimitado, ya que tendrán que tener en cuenta el cumplimiento de dos circunstancias para poder adoptarla. Así, en primer lugar, el Juez deberá valorar si las causas que motivaron la pérdida parcial o total de la patria potestad han desaparecido. El progenitor para poder recuperar la patria potestad tendrá que acreditar que las circunstancias que llevaron a declarar dicha situación han cambiado y por ello es nuevamente capaz de asumir la patria potestad. Por ello se puede decir que la carga probatoria recae sobre el progenitor y que a través de sus actos y de su situación tendrá que demostrar que las causas que motivaron la adopción de la privación de la misma han desaparecido.

³⁹ SEISDEDOS MUIÑO, A.: *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 87, nº 723, Editores Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011, pág. 564.

⁴⁰ CASTILLO MARTÍNEZ C.C., *La privación de la patria potestad – Criterios legales, doctrinales y judiciales*, op. cit, pág. 314.

La veracidad de estas nuevas circunstancias se puede acreditar de diversas formas, a través de pruebas periciales como informes psicológicos, de asistentes sociales, etc... El contenido de estos informes debe ser positivo y acreditar que nuevamente el progenitor está capacitado para ostentar la patria potestad de su hijo. Un ejemplo de una válida acreditación de este cambio de circunstancias sería un informe psicológico favorable donde se recoge que "la demandante está estabilizada, tiene conciencia de su enfermedad, toma la medicación, cuenta con el apoyo de su madre, goza de empleo estable, ha rehecho su vida sentimental, sigue tratamiento psicológico y la reunificación del núcleo familiar ya no la desbordaría como ocurría anteriormente"⁴¹. Ahora bien, no será argumento suficiente para recuperar la patria potestad "la próxima salida del centro penitenciario (en el cual está cumpliendo condenada por un delito de lesiones con agravante de parentesco)"⁴².

No existe ningún supuesto en el que no quepa de ninguna manera la recuperación de la patria potestad. Aunque una situación revista mucha gravedad, como puede ser el caso de una madre condenada por un delito de lesiones y malos tratos a su hijo de 16 meses⁴³, siempre exista la posibilidad de recuperar la patria potestad y esto es debido al carácter reversible que tiene la privación total o parcial de la patria potestad, la cual es recuperable tras el cese de la causa, independientemente de cual sea esta.

Por lo tanto en este supuesto para que la familia originaria de Lucas pueda recuperar la patria potestad sobre el mismo deberán acreditar el cese de varias causas. Por un lado en cuanto a Lola tiene que quedar demostrado, mediante un informe psicológico, psiquiátrico o cualquier otro medio que acredite de manera formal, que en el momento que se solicita la recuperación no padece ningún trastorno mental y que se ha recuperado totalmente de la depresión profunda que había sufrido. Además se debe acreditar que dicho trastorno no haya dejado en ella ninguna secuela que ponga en peligro el buen ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad, y que en cualquier caso ponga en peligro a Lucas. Por otro lado en cuanto a los abuelos, debe demostrarse, a través de las pruebas periciales pertinentes, que estos han cambiado su conducta con respecto a Lucas y que no existe la posibilidad de que estos vuelvan a maltratar y descuidar su nieto. Por último, en términos generales se deberá acreditar que el entorno general es el adecuado para el desarrollo normal del menor, y que no tiene nada que ver con un ambiente donde prima la violencia, como sucedía anteriormente.

Aunque es un elemento esencial a la hora de recuperar la patria potestad que se acredite la desaparición de las causas que motivaron la toma de dicha decisión, no hay que olvidarse de la posición del menor, pues aunque se nombre capacitado al progenitor para ejercer la patria potestad, no implica que el menor que sufrió malos tratos, abandono y desatención lo esté. Aquí entra el segundo punto a valorar por el juez (aparte de si las causas desaparecieron) y es el beneficio del menor.

Para un menor no basta con que se afirme que una persona está capacitada, sino que se debe demostrar, y para ello se necesita un periodo de transición para que los profesionales puedan valorar. Por ejemplo en un supuesto donde también ha existido malos tratos y desatención, a pesar de que la madre fue declarada capacitada para retomar el ejercicio de la patria potestad, un informe psicológico constata que el menor no había superado la situación de abandono que había sufrido en su momento y que para

⁴¹ STS de 14 noviembre de 2012 (RJ 2012/3390).

⁴² SAP de Madrid de 11 de mayo de 2006 (AC 2006/1901).

⁴³ STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9578).

regresar con su madre no basta con el hecho de que haya superado los problemas o cesado las causas, sino que es necesario trabajar con los menores para que sean conscientes de que el regreso con su madre no le supondrá ningún perjuicio, sino que incluso será beneficioso para ellos⁴⁴. Lo profesionales deberán trabajar con los menores haciéndoles comprender que su madre se ha recuperado, que necesitan su referencia y que si vuelven con ella no sufrirán el abandono o maltrato que había sufrido. Una vez superado esto, entonces se puede plantear el regreso de los niños con su progenitor ya que se asegurara el beneficio del mismo.

Por todo ello siempre cabe la posibilidad de que los progenitores, y en este caso Lola, recuperen la patria potestad, siempre y cuando, como se ha explicado, se verifique el cese de las causas que motivaron la privación o suspensión y por encima de todo que la vuelta con la familia de origen beneficie al menor. Solo existe una excepción a lo dicho a lo largo de esta cuestión, y es que cuando la resolución de la adopción sea firme, uno de los efectos que produce en relación con la familia de origen es que se pierde la patria potestad sobre el adoptado menor de edad no emancipado, siendo imposible su recuperación⁴⁵.

Por último se debe hacer una matización atendiendo al enunciado de esta cuestión y es que se pregunta si por el hecho de que un progenitor recupere la patria potestad, también la guardia y custodia se entenderá recuperada.

La diferencia entre ambas figuras radica en que la patria potestad hace referencia a la representación general de los hijos (velar por los hijos, educarlos, etc...) y en cambio la guardia y custodia se identifica “*con la atención y el cuidado diario que se efectúa por medio de la convivencia habitual con el menor de edad*”⁴⁶. Por ello cuando un matrimonio se separa ninguno de los progenitores pierde la patria potestad, pero por regla general solo uno de ellos mantiene la guarda y custodia, a no ser que sea compartida. Por lo tanto el hecho de recuperar la patria potestad, si no se tiene el hijo en su compañía y se cuida, no ostentará la guardia y custodia.

⁴⁴ SAP de Girona de 10 de octubre de 2008 (JUR 2008\128210)

⁴⁵ ÁLVAREZ LATA N. [ET AL]: *Manual de Derecho Civil – Derecho de Familia* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO R. Coord.), Ed. Bercal S.A, Madrid, 2013, p. 251.

⁴⁶ GARCÍA PRESAS I.: *Guardia y Custodia de los hijos*, Ed. Juruá, Lisboa, 2015, pág. 33.

4.5 CUESTIÓN 5: TRAMITACIÓN Y TIPO DE ADOPCIÓN

¿Qué trámites han de seguirse para la consecución de la adopción y qué tipo de adopción debería de ser escogida por el Juez, atendiendo al prevalente interés de Lucas?

4.5.1 TRÁMITES DE LA ADOPCIÓN

La adopción es un acto jurídico por el que se constituye una relación de filiación entre adoptante y adoptado, principalmente entre personas sin lazos de sangre⁴⁷. También se concibe como el instrumento de integración familiar por el que se rompe los vínculos jurídicos que el adoptado tenía con la familia de origen y se crea una nueva relación paterno - filial⁴⁸. Esta institución jurídica tiene como finalidad garantizar la protección de los intereses del menor adoptado, por ello para asegurar dicho objetivo es necesario que la tramitación del expediente de adopción sea lo más ágil posible y que tenga carácter preferente (art. 34 de la LJV).

Esta tramitación consta de varias fases, las cuales están reguladas en el CC (arts. 175 a 180) y en la LJV (arts. 33 a 42). El principal objetivo que se pretende conseguir con esta tramitación, aparte de la concesión o no de la adopción, es que se “examinen todas las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución justa y estable para el menor”⁴⁹.

Antes de iniciar el procedimiento es necesario conocer si el adoptante y adoptado cumplen los requisitos estipulados en la ley para poder entablar válidamente esta nueva relación filial. Carecería de sentido empezar la tramitación si no se cumplen estos requisitos ya que la adopción no sería válida.

Por un lado la persona que adopta, en este caso son Roberto y Jorge, al menos uno de ellos debe tener más de 25 años y una diferencia de edad con el adoptado de mínimo 16 y máximo de 45 años (con excepciones del art. 176.2 del CC e incluso pudiendo ser la diferencia superior en caso de que se adopte grupos de hermanos o menores con necesidades especiales). Roberto cumple los requisitos ya que tiene 26 y le lleva más de 16 años a Lucas. Además al ser anteriormente Roberto tutor de Lucas no le afectaría la prohibición que dice que si una persona no puede ser tutor tampoco podrá ser adoptante. La jurisprudencia con respecto a estos requisitos simplemente se limita a afirmar si el adoptante los cumple o no⁵⁰.

El adoptado también debe cumplir unos requisitos, recogidos en el art. 175.2 del CC. En principio solo podrán ser adoptados los menores no emancipados (como Lucas) pero hay excepciones por las que un adoptado puede ser mayor de edad o menor emancipado siempre y cuando antes de la emancipación este estuviera viviendo o acogido por los adoptantes al menos un año. Ahora bien, la persona no podrá ser adoptada si es descendiente, pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o su pupilo, a no ser que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela, como en este supuesto.

⁴⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ X., *Compendio de Derecho Civil T. IV*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pág. 264.

⁴⁸ FERRER SAMA J.L., [ET AL.] *Memento Práctico Familia*, op. cit, pág. 346.

⁴⁹ STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5063).

⁵⁰ SAP de Barcelona de 28 de febrero de 1997 (1997/317).

Otra circunstancia a tener en cuenta de los adoptantes, la cual podría suponer que Roberto y Jorge no pudiesen adoptar a Lucas, es el hecho de que sean pareja de hecho. La normativa civil no regula en modo alguno esta situación, aunque se afirma que la capacidad para adoptar será la misma que la que tienen los cónyuges. Así se dispone en la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción⁵¹. A pesar de que con posterioridad se promulgara la Ley 26/2015 y “no introduzca la equiparación entre parejas de hecho y matrimoniales, no implica que no se siga siendo de aplicación dicha disposición adicional”⁵².

Una vez comprobado el cumplimiento o no de estos requisitos, la tramitación del expediente de adopción se puede iniciar de dos formas. En cualquier caso el juzgado competente objetivamente será el Juzgado de Primera Instancia y territorialmente el que corresponda a la sede de la EP que tenga encomendada la protección del adoptado, y en su defecto, el del domicilio del adoptante.

La primera forma sería mediante la propuesta de la EP, con el matiz de que previamente esta debe elaborar una declaración de idoneidad sobre adoptantes, justificando porque los considera aptos para ejercer la patria potestad. Se entiende que un adoptante es idóneo cuando reúne la capacidad, aptitud y motivación para ejercer la responsabilidad parental y para asumir las responsabilidades que conlleva la adopción, así lo confirma la jurisprudencia (SAP de Zaragoza de 21 febrero de 2017 [JUR 2017/83285] o SAP de Valencia de 13 de febrero de 2017 [JUR 2017/111310]), es decir una persona que esté privado o suspendido de la patria potestad o que la guarda de su hijo la tenga la EP no puede ser considerado idóneo. Esta idoneidad se plasma en una declaración que se formaliza mediante resolución y que se puede entender como una evaluación psicosocial sobre la capacidad para establecer vínculos estables y seguros de quienes quieren adoptar, sus habilidades educativas y capacidad para atender a un menor en función de sus circunstancias. Este requisito está sometido a un doble control, ya que aunque la Administración considere que no existe idoneidad, los Tribunales pueden revisarla y dejar sin efecto el resultado anterior⁵³.

Ahora bien, el contenido de la propuesta previa deberá estar conformado por: en primer lugar las razones que justifican la elección del adoptante/s, es decir especificar las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante/s y sus relaciones con el adoptado. En segundo lugar por el último domicilio de las personas que se pueden citar para prestar el asentimiento, que son: el cónyuge del adoptante o de la persona al que esté unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, o el de los progenitores, tutor, familia acogedora o guardadores del adoptado. Por último también debe constar si el asentimiento se presentó ante la EP o en documento público. Con respecto a la anterior regulación de la LEC, se suprimió la necesidad de justificar las razones de exclusión de otros solicitantes.

La segunda forma sería la solicitud presentada por un particular, conocida como el ofrecimiento para la adopción. Solo se podrá utilizar esta vía en los casos donde no es necesaria la propuesta de la EP, que son los siguientes: cuando es huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; cuando es hijo del cónyuge o de la persona reunida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal o

⁵¹ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

⁵² FERRER SAMA J.L., [ET. AL]: *Memento Práctico Familia*, op. cit., pág. 236.

⁵³ SAP de Coruña de 15 de enero de 2010 (JUR 2010/199096).

cuando lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo (lo que sucede en este supuesto ya que Roberto fue tutor de Lucas durante más de un año) o ser mayor de edad o menor emancipado. En cualquiera de estos casos la solicitud debe ser presentada por escrito y deberá contener las pruebas que demuestren que concurren las circunstancias dichas anteriormente, como también deberá expresar el domicilio de las personas citadas para intervenir en el expediente y los asentimientos. La principal diferencia, en cuanto al contenido con respecto a la anterior forma de inicio, es que en no es necesario el control previo de la EP ni tampoco justificar la elección del adoptante ya que se presume la idoneidad del adoptante⁵⁴, aunque igualmente “*sigue correspondiendo a la autoridad judicial valorar si los solicitantes son las personas más adecuadas para adoptar al menor, pudiendo negarse, motivadamente*”⁵⁵.

Tras la iniciación del procedimiento por cualquiera de estas dos vías, el siguiente paso es la prestación del consentimiento. Tanto en el CC como en la LJV se recoge que será el Secretario judicial quien cite al adoptante/s y al adoptado mayor de doce años para manifestar su consentimiento en presencia del Juez. Este acto es personalísimo y no cabe la posibilidad de otorgar apoderamiento o representación (a pesar de ser un menor se trata de un supuesto especial de capacidad de obrar, por lo que no necesita complemento alguno de capacidad y puede hacerlo en nombre propio [art. 162 del CC]).

El consentimiento se define como “*una declaración de voluntad libre y consciente del adoptante por la que manifiesta su deseo de integrar al adoptado en su núcleo familiar en la condición de hijo*”⁵⁶. Es un requisito necesario para la constitución de la adopción, aunque cabe la posibilidad de que aunque se preste, el Juez decida no constituir la adopción teniendo en cuenta el beneficio del menor (SAP de Madrid [1998/1192]). Además el adoptante no deberá prestar consentimiento “*si ha incoado el mismo la tramitación ya que se supone que ha prestado su consentimiento implícitamente cuando solicitó la adopción*”⁵⁷.

El siguiente paso en la tramitación del expediente es la prestación del asentimiento, es decir admitir como cierto o conveniente lo que otro ha afirmado. Este se debe formalizar antes de la propuesta, en documento público o compareciendo ante el Juez y debe prestarlo por una parte del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (excepto si media separación, divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, a no ser que se formalice la adopción de manera conjunta) y también por parte de los progenitores del adoptando que no se hallare emancipados (excepto si estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación, como es en este supuesto, por ello no es necesario el asentimiento de Lola).

Además de estas excepciones existen otras por las que ciertas personas no deberán prestar asentimiento: En primer lugar si lo hubieran prestado antes de que se iniciara el expediente ante la EP o en documento público, a no ser que hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron. En segundo lugar cuando concurra la imposibilidad para prestarlo libremente, la cual puede provenir “*de enfermedades mentales, psíquicas*

⁵⁴ SAP de Valencia de 7 de abril de 2010 (EDJ 117871).

⁵⁵ LLEDÓ YAGÜE F. (ET. AL): *Estudio sistemático de la ley de jurisdicción voluntaria*, Dykinson S.L, Madrid, 2016, pág. 225.

⁵⁶ LASARTE ÁLVAREZ C, [ET. AL]: *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid, 2009, pág. 91.

⁵⁷ RIVERA ÁLVAREZ J., *Los menores en protección*, Grupo Difusión, 2007, pág. 508

o físicas que no permitan manifestar su voluntad libremente, o de circunstancias que impidan la identificación de los padres del adoptado”⁵⁸, o cuando esté privado de su libertad⁵⁹. En cualquier caso esta imposibilidad se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. En tercer lugar los progenitores no lo prestarán si tuvieran suspendida la patria potestad y hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el art. 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada; así lo afirma la SAP de Málaga de 11 de septiembre (JUR 2003/263735) cuando dice que si unos padres están incurso en causa de privación de la patria potestad no será necesario su asentimiento en la adopción. Por último la madre no podrá presentar asentimiento hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. La STS de 21 de septiembre (RJ 1999/6944) afirma que la finalidad de este plazo es evitar decisiones precipitadas y que la madre pueda decidir libremente y ponderar las consecuencias de forma consciente.

Otro paso necesario en la constitución de la adopción es la audiencia de otras personas del círculo afectivo del adoptado, la cual debe realizarse con carácter privado ante el Juez, “con la presencia del MF, y un representante de la EP o el adoptante si es solicitante”⁶⁰. Las personas que deben ser oídas son: los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción, el tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador/es y por último el adoptando menor de 12 años de acuerdo con su edad y madurez. En el caso de los progenitores, la audiencia no es un mero formalismo sino como dice la STS de 23 de febrero de 1999 se hace para tener el mayor conocimiento posible del procedimiento.

Cabe la posibilidad de que los progenitores quieran que se les reconozca la necesidad de su asentimiento en lugar de la simple audiencia (SAP de 4 de mayo – EDJ 91351). Será el letrado de la Administración quien acuerde la suspensión del expediente y señale un plazo de quince días para que se presente demanda, la cual conocerá el mismo Juzgado. En el caso de que no se presente, se dictará auto (recurrible en revisión) dando por finalizado el trámite y alzaré la suspensión que tenía la tramitación. En el caso de que si se presente la demanda será el Letrado quien dicte un auto declarando contencioso el expediente y se tramitará como pieza separada en el mismo procedimiento. En este caso no cabe recurrir a este procedimiento contradictorio ya que Lola está privada de la patria potestad (SAP Valencia de 30 de noviembre – EDJ 288485).

Por último si el Juez lo considera necesario podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción sea en interés del adoptando. Una vez finalizados todos los trámites llevados a cabo, el Juez deberá constituir o no la adopción por resolución judicial, siempre teniendo en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante/s para el ejercicio de la patria potestad. Esta decisión tendrá forma de auto y contra este cabe recurso de apelación, que tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos. Una vez el auto que constituye la adopción sea firme se deberá acudir al Registro Civil para que este tenga constancia de la nueva situación y practique su inscripción. El art. 44.6 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁶¹ dice que en el caso de la adopción se hará

⁵⁸ MONJE BALMASEDA Ó. *Estudio sistemático de la ley de jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2016 pág. 225.

⁵⁹ STS de 20 de enero (RJ 1993/468).

⁶⁰ LASARTE ÁLVAREZ C., [ET. AL.]: *Protección jurídica del menor*, op. cit, pág. 92

⁶¹ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011

constar la resolución judicial o administrativa que constituya la adopción, quedando sometida al régimen de publicidad restringida. Además el art. 88.3 de la misma ley dice que los datos relativos a la adopción se consideran protegidos.

4.5.2 TIPO DE ADOPCIÓN

Una vez explicada la tramitación que deben seguir Roberto y Jorge para conseguir la adopción de Lucas, la siguiente parte de la pregunta versa sobre el tipo de adopción que se debería escoger que más beneficie al menor. Se debe tener en cuenta que a lo largo de los años la institución jurídica de la adopción ha ido evolucionando mediante la promulgación de diferentes leyes, lo cual dio lugar a diversas modalidades de adopción que tenían en cuenta a la familia de origen de distinta manera.

En los últimos cincuenta años la legislación se ha inclinado por garantizar la integración del adoptado en la nueva familia y el alejamiento de la de origen. La ley 21/1987, de 11 de noviembre afirmaba que la mejor forma de proteger al menor era con la ruptura de los lazos familiares con la familia anterior. Posteriormente se volvió a reforzar el derecho del adoptado de conocer sus orígenes con la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁶² y también con la Ley 26/2015. Esta última dio lugar a una nueva redacción del art. 180 del CC que establece el deber de la EP a conservar la información del origen del menor durante mínimo 50 años y el derecho del menor a conocer los datos sobre su origen. Además de esta se desprende un nuevo concepto que favorece a este derecho del menor y es “la adopción abierta”, una modalidad de adopción que se discutirá a continuación si conviene o no a Lucas.

El principal efecto que produce la adopción respecto a la familia de origen es la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y esta, lo que conlleva a la desaparición de derechos y obligaciones como los alimentos, apellidos, patria potestad, etc...⁶³. Sin embargo este principio general cuenta con tres excepciones por las que se sigue manteniendo vínculos con la anterior familia. En primer lugar cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido; en segundo lugar cuando solo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo ha de persistir. Por último, y es la excepción que nos interesa en este supuesto, se podrá seguir manteniendo contacto con la anterior familia del adoptado cuando el interés de este así lo aconseje.

Para determinar esto último, el EP o el MF deben proponer que se siga manteniendo esta relación entre la familia de origen y el menor, y en cualquier caso para que salga se debe contar con el consentimiento de la familia adoptiva y del menor adoptado, si tuviera más de 12 años y suficiente madurez, y en caso de que tuviera menos se le deberá oír igualmente. En esta propuesta se tendrá que valorar la edad, la situación familiar y cualquier otra circunstancia que considere, y en base a ello decidir si se puede acordar mantener una relación de contacto con la familiar anterior del adoptado, ya sea través de visitas o por comunicaciones. En caso de que si se pueda, el Juez, cuando se constituya la adopción, deberá acordar dicha relación y determinar la periodicidad,

⁶² BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

⁶³ SAP Málaga, de 6 de septiembre de 2013 (JUR 2003/17027).

duración y condiciones de la misma. Esta relación podrá ser modificada o eliminada por el Juez, atendiendo siempre al interés del menor. La STS de 18 junio de 2015 (RJ 2015/2293) dice “La EP está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del MF y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada”.

Una vez visto el procedimiento que se sigue para determinar si la adopción abierta es el tipo de adopción más aconsejable para el beneficio del menor, la adopción de esta o no depende totalmente de la discrecionalidad de la EP y del Juez, aunque siempre se tendrá en cuenta el principio general de primacía del interés y del bien del menor. Así se proyecta en la diversa jurisprudencia que versa sobre esta cuestión, cada supuesto es diferente y tiene sus propias particularidades, por ello es imposible imponer una norma general sobre si se debe conceder o no la adopción abierta, lo cual no quita que se garantice este principio general.

Por ello se puede decir que dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto se deberá tomar una decisión adecuada respecto al mantenimiento de los lazos familiares. Por ejemplo en la última sentencia citada a pesar de que la madre estaba privada de la patria potestad se estableció un régimen de visitas con su hija adoptada, aunque posteriormente se suspendió ya que la menor bajo su nivel académico a raíz del contacto familiar. En la SAP Córdoba de 18 de noviembre (AC 2016/2283) se explica un caso de desamparo de cuatro hijos por parte de sus progenitores, a los cuales igualmente se les impone un régimen de visitas y comunicaciones con sus hijos. Por otra parte la SAP de Soria de 15 diciembre (JUR 2017/112438) trata un caso de una abuela que quiere retomar la comunicación con su nieta, ya adoptada por otra familia. A lo largo de esta sentencia se describen todas las actuaciones de psicólogos, médicos, profesores y demás personas, cuyos informes valoran sobre si es lo mejor para el menor que se retome esa relación o no. El Juez hace una valoración conjunta de toda esa información y como se ha dicho toma la decisión que mejor convenga al interés del menor. En esta sentencia la Administración y MF argumentan que no se debe alterar la situación en aras a restaurar una comunicación que nunca ha existido, ya que la menor es muy pequeña y apenas había creado vínculos afectivos, por lo que la constitución de la relación sería catastrófica para el devenir del futuro de la relación con la familia adoptiva.

Las particularidades de este caso es que la madre padece depresión, es una menor de 13 años y depende totalmente de sus progenitores. Además se ha confirmado que tanto ella como sus padres, los abuelos del niño, han maltrato a Lucas y no han atendido debidamente las necesidades que el menor tenía produciendo el desamparo del mismo. El objetivo principal de que se siga manteniendo el contacto entre la familia de origen y el menor es que se cree un vínculo positivo entre ellos que beneficie a ambos, por una parte a Lucas para que tenga conocimiento de sus orígenes, y por otra parte a la propia madre, que aun padeciendo depresión pueda sobrellevar mejor que su hijo haya sido dado en adopción con el mantenimiento de esta relación.

Por ello se podría concluir que, analizando todas estas circunstancias y teniendo en cuenta que la respuesta que da a la jurisprudencia es diferente dependiendo del caso concreto, lo fundamental a la hora de tomar esta decisión es garantizar la protección de Lucas. En ese momento la madre no se encuentra psicológicamente capacitada para cuidar a su hijo, ni tampoco cuenta con la suficiencia madurez para afrontar la situación. Además no cuenta con el apoyo y cuidado de sus padres, ya que estos mismos participan en los actos que dañan al menor. Estas condiciones de la familia no aseguran que estas malas conductas no se vuelvan a repetir, por ello en aras de garantizar la protección e integridad física y psicológica del niño en todo momento, la relación familiar no se podría constituir

4.6 CUESTIÓN 6: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

¿Podría suspenderse el contrato de trabajo de Roberto en el momento en que le fuese concedida judicialmente la adopción de Lucas, teniendo en cuenta la convivencia previa?

4.6.1 DEFINICIÓN Y REGULACIÓN

Los primeros años de vida del menor en el seno familiar tienen mucha importancia para su adecuado desarrollo y evolución, ya que se trata del primer grupo de personas con el que mantiene contacto. Por ello, este ambiente tiene que ser lo más idóneo posible para que dicho desarrollo se produzca en condiciones normales. En este supuesto el entorno familiar es hostil, con la violencia y la desatención como pilares, y tal y como dice E. Palau “*el rechazo afectivo del hijo, la violencia (...) pueden conllevar serias consecuencias en el desarrollo socio – afectivo del pequeño en los primeros años*”⁶⁴. Por ello los SS consideran que la mejor opción para Lucas es la adopción ya que así el menor podrá disfrutar del seno familiar más beneficioso para su desarrollo, que sería el formado por Roberto y Jorge.

Esta decisión de los SS influye en la vida cotidiana de los adoptantes y producen en ella un gran cambio ya que supone tener que conciliar la vida familiar con otras actividades diarias como el trabajo. A pesar de presentarse dicha conciliación como un problema de difícil solución, el ordenamiento jurídico laboral cuenta con una pluralidad de normas, como puede ser la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras⁶⁵ o el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁶⁶, las cuales otorgan unos derechos a los trabajadores para así favorecer, con la llegada e integración del menor a la familia, a que se congenie la vida familiar con la laboral. Entre esos derechos se encuentra la suspensión del contrato de trabajo, la cual solicita Roberto, con vistas a que la justicia le conceda la adopción de Lucas, para poder disfrutar más tiempo al lado de su hijo.

La definición de esta institución no aparece regulada en el ET, sino que se ha ido configurando a lo largo del tiempo a través de la jurisprudencia y de la interpretación de los Tribunales como una situación anormal de una relación laboral caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico, cuyos requisitos esenciales son la temporalidad de la situación, la no prestación de trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad y pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de “aletargamiento”⁶⁷.

Por lo tanto se puede definir la suspensión del contrato de trabajo como un derecho otorgado al trabajador cuando concurra alguna de las causas enumeradas del art. 45.1 del ET, en cuyo caso se producirá la exoneración de las obligaciones principales del contrato de trabajo: realizar el trabajo por parte del trabajador y remunerarlo por parte de la empresa. Por ello se dice que la finalidad de esta institución es que a pesar de que

⁶⁴ PALAU E.: *Aspectos básicos del desarrollo infantil*, Ceac, Barcelona, 2004, pág. 104.

⁶⁵ BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999.

⁶⁶ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, en adelante ET.

⁶⁷ Esta definición fue establecida por primera vez en la STS (Sala de lo Social) de 7 de mayo (RJ 1984/2972) y aun se sigue usando en sentencias actuales como la STSJ de Castilla y León de 17 de septiembre de 2009 (AS 2009/2469) y la STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2013 (AS 2013/1991) entre otras.

trabajador cese en la prestación de sus servicios se siga manteniendo su puesto de trabajo y no se produzca la extinción de su contrato laboral, es decir se reserva su puesto durante un período de tiempo definido (esta institución tiene un límite temporal ya que si fuera indefinida se hablaría de la extinción del contrato). Una vez finalizado dicho período el trabajador tendrá derecho a reincorporarse al puesto reservado, siempre que este haya cumplido ciertos deberes, ya que le es exigible “*el cumplimiento de sus deberes de buena fe, pudiendo ser disciplinariamente despedido, si los incumple*”⁶⁸.

A pesar de no haber una definición en la normativa, esta institución cuenta con una larga historia respecto a su regulación. La suspensión del contrato laboral fue regulada por primera vez en España en 1926 y desde aquella ha padecido una continua evolución, a la vez que lo hacía el mercado laboral. Ha sido reformada en varias ocasiones a lo largo de los años con el objetivo de proteger este derecho del trabajador. Actualmente se encuentra regulada en la sección 3ª, capítulo III del Título I del ET, del arts. 45 al 48 y en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁶⁹.

4.6.2 CAUSA: LA ADOPCIÓN DE UN HIJO

A. TÉRMINOS GENERALES Y REQUISITOS

Entre todas las causas de suspensión del contrato de trabajo recogidas en el art. 45.1 del ET, en el apartado d) del mismo aparece la causa que nos incumbe en este supuesto, la adopción de un hijo. Ahora bien, esta causa comparte dos denominadores comunes con el resto de causas (excepto con la de mutuo acuerdo de las partes y con las consignadas en el contrato). Por un lado que el origen de todas ellas es el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo⁷⁰ y por otro lado que tanto el empresario como el trabajador uno puede decidir y el otro aceptar la suspensión del contrato de trabajo⁷¹.

La causa de adopción de un hijo es muy reciente en comparación con otras más clásicas como lo es la maternidad. La primera vez que se produjo el reconocimiento de la adopción como causa fue con la ley 3/1989 de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo⁷². Ahora bien, a día de hoy la causa de adopción de un hijo, en cuanto a la regulación, se encuentra totalmente equiparada con otras causas y eso se debe al trabajo intenso del legislador por adaptar las circunstancias de cambio en la estructura familiar de la sociedad de hoy en día a los derechos de los trabajadores.

El principal objetivo de la suspensión de trabajo por la adopción de un hijo es que se garantice la protección y la atención de las necesidades del menor como también “*la*

⁶⁸ MARTÍNEZ GIJÓN J. y ARUFE VARELA A., *Derecho Crítico del Trabajo*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2004, pág. 138.

⁶⁹ BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

⁷⁰ FERRER SAMA J.L. [ET. AL], *Memento Práctico Francis Lefebvre – Social*, Madrid, 2016, pág. 1723.

⁷¹ STSJ de Granada de 27 de Septiembre de 2001 (JUR 2001/19119)

⁷² BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989.

*integración del recién nacido o adoptado en la familia, tanto en lo que se refiere a su integración [stricto sensu], como a su relación con el padre y con la madre*⁷³. Es decir, no solo se tiene en cuenta el cuidado físico sino también se le da mucha importancia al inicio de la relación afectiva básica entre los progenitores y su hijo, que como se ha dicho antes, afectará al desarrollo del menor.

Este derecho tiene ciertas limitaciones, y es que no todo trabajador puede disfrutarlo, solamente aquel cuyo hijo adoptado sea menor de seis años, o en caso de ser mayor de seis años, cuando concurren circunstancias especiales (dispuestas en el apartado d. del art. 45 del ET) como puede ser la discapacidad del menor o que este provenga del extranjero o tenga circunstancias y experiencias personales y por ello tenga dificultades de inserción familiar y social (acreditado por los SS). En el presente supuesto, si se concediera judicialmente la adopción, Lucas sería menor de seis años (aproximadamente tendría un año y medio) y por lo tanto no habría ningún impedimento para que se concediera la suspensión del contrato de trabajo a Roberto.

Además en cuanto a la duración de la suspensión del contrato de trabajo, esta tiene un límite máximo, pero no mínimo por lo que el trabajador puede elegir disfrutar de la suspensión por un período menor. Así lo expresa el art. 48.4 del ET cuando dice que tendrá una duración de dieciséis semanas, a las cuales se puede sumar dos semanas más por cada hijo en los casos de adopción múltiple (a partir del segundo). Por lo tanto se deduce que este art. supone una obligación para el empresario de respetar el disfrute pleno o no del derecho por parte del trabajador, pero una libertad para este último a la hora de configurarlo y poder reducir el período, siempre y cuando se respete las obligaciones que garanticen el beneficio del menor⁷⁴.

B. COMUNICACIÓN ANTICIPADA Y PÉRDIDA DE GANANCIAS

Aparte de los requisitos dichos anteriormente, existe otro que se debe mencionar de forma separada por su incidencia en el supuesto, y es la comunicación anticipada del trabajador al empresario del deseo de acogerse a la suspensión del contrato de trabajo, tal y como hace Roberto, el cual se lo comunica mientras espera por la resolución de la adopción de Lucas.

Un aspecto importante que debería tratar la normativa es cómo el trabajador debe ejercitar su derecho de suspensión por adopción. Únicamente el último párrafo del apartado 7 del art. 48 del ET dice que el trabajador deberá comunicar al empresario el ejercicio de este derecho con cierta antelación, y todo ello según los términos establecidos, es decir en el caso de que hubiera convenio colectivo se regiría por este.

La jurisprudencia con respecto a esta cuestión establece que la suspensión no opera automáticamente, sino que el trabajador tiene el deber de comunicárselo al empresario, todo ello basado en el requisito de la buena fe que se presume por parte del trabajador. Un ejemplo de sentencia que recoge este deber del trabajador es la STSJ de Galicia de 25 de agosto de 1992 (AS 1992/4114) o también la STS de 19 de mayo de 2009 (RJ 2009/4167) que trata de las administraciones públicas y de su personal de servicios en

⁷³ RIVAS VALLEJO M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 48.

⁷⁴ STSJ de La Rioja de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485)

relación al permiso de paternidad y la obligatoriedad de realizar esta comunicación anticipada.

En cuanto a la forma que debe tener esta comunicación no se exige ninguna formalidad, simplemente basta con el empresario tenga conocimiento del hecho que provoca la suspensión. RIVAS VALLEJO afirma que no importa que esta comunicación se haga vía verbal o escrita⁷⁵ y otras sentencias recogen otras formas en las que se realiza dicha comunicación⁷⁶. Por otra parte en las obras bibliográficas que comentan el ET afirman que lo normal es que el trabajador presente una comunicación “*preferiblemente escrita, presentada con suficiente antelación y acompañada de la oportuna documentación acreditativa, como (...) la resolución judicial por la que se constituye la adopción*”⁷⁷ con la finalidad de acreditar que la adopción ha tenido lugar. Por lo tanto se puede concluir que no hay una manera exacta en la que se debe realizar la comunicación anticipada al empresario, solo que se debe hacer, por ello Roberto ha actuado de manera correcta al informar a su jefe de su deseo de llevar a cabo este derecho de forma verbal.

Por otra parte, en este apartado se analiza la eficacia o no del argumento de pérdida de ganancias al tener mucha relación con el requisito de la comunicación anticipada. Aparte de alegar que existe convivencia previa, que se tratará en el siguiente apartado, el jefe argumenta que no puede concederle el derecho de suspensión a Roberto porque su ausencia supondría para la empresa una gran pérdida de ganancia, ya que tiene a su cargo casos muy importantes como abogado.

La comunicación anticipada del trabajador al empresario tiene una doble finalidad: por una parte justificar la causa de la suspensión y por otra conceder al empresario tiempo suficiente para que pueda tomar las medidas necesarias y así poder hacer frente a la ausencia del trabajador y por lo tanto minorar las pérdidas de ganancias que esta pudiera ocasionar. Para que esta comunicación cumpla dicha finalidad es necesario que en esta se incluya cierta información como en qué fecha aproximada se va ejercer el derecho o cuánto va durar. Solo a partir de estos datos “*el empresario podrá evaluar y decidir qué tipo de medida le conviene articular (la contratación de un trabajador interior y/o el recurso a la movilidad funcional), en qué momento ha de poner en marcha esa medida y por cuanto tiempo ha de prolongarse*”⁷⁸. Por este motivo es casi imposible imponer un plazo en el que el trabajador deba realizar esta comunicación, ya que dependiendo de la carga que tenga el empleado en la empresa, el empresario necesitará más o menos tiempo para llevar a cabo estas medidas.

Por lo tanto argumentar que la ausencia de Roberto provocará fuertes pérdidas de ganancias por llevar unos casos muy importantes no es razón suficiente para no conceder la suspensión de su contrato de trabajo, ya que este con el comunicado anticipado debe tener la capacidad de gestionar la organización de su empresa para que esta ausencia no afecte al rendimiento ni a las ganancias de esta

⁷⁵ RIVAS VALLEJO M.P, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, op. cit., pág. 151.

⁷⁶ La STS de 8 de octubre [RJ 1987/6972] recoge un supuesto de un trabajador que comunica vía telegráfica la causa suspensiva.

⁷⁷ DEL REY GUANTER S., *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 1128.

⁷⁸ VIQUEIRA PÉREZ C, *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003 pág. 118.

C. CONVIVENCIA PREVIA

Aparte de la pérdida de ganancias, el jefe de Roberto expone como argumento para la denegación de la suspensión del contrato la existencia de una convivencia previa de más de un año entre Roberto y Lucas, por la que se considera que el menor no necesita una adaptación al entorno familiar porque ya se encuentra integrado.

En primer lugar se debe aclarar desde que fecha se computa el período de suspensión. El ET en su art. 48.5 hace referencia a la libertad del trabajador para elegir desde cuando producirá efectos la suspensión, que puede ser a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento. Por lo tanto se deduce que este art. concede al trabajador la posibilidad de escoger, según más le convenga a él, el momento a partir del cual quiere disfrutar de este derecho, pero siempre y cuando solo lo disfrute en un momento o en otro, es decir se impide el doble disfrute por una misma causa.

Ahora bien, a pesar de apoyar la finalidad del art. de impedir el doble disfrute, VIQUEIRA PÉREZ discrepa en cuanto a la facultad de elección que se le concede al trabajador al considerar que no se respeta la finalidad que tiene la suspensión del contrato de trabajo. Para ella y para parte de la doctrina, la suspensión del contrato de trabajo tiene un objetivo principal que es la protección y el beneficio del menor. Este *“bien jurídico que se protege con la suspensión solo acaece una vez y es cuando el menor se integra a la familia”*⁷⁹, por ello cuando ha existido convivencia previa, como sucede en este supuesto, debería ser requisito excluyente para la concesión de la suspensión ya que este derecho debería haber sido disfrutado en el momento que el menor se integra a la familia. En cualquier caso, la Ley da el derecho de elección al trabajador, por lo tanto podrá *“ejercer el derecho a la suspensión cuando más convenga a su interés con independencia de que sea ese el momento en que se produzca la incorporación del menor a la familia o que esa incorporación se haya producido ya en un momento anterior”*.⁸⁰

La mayoría de la jurisprudencia trata la cuestión de la convivencia previa como causa excluyente o no de la prestación de maternidad o paternidad por adopción. Ahora bien, tanto estas prestaciones como la suspensión del contrato de trabajo son derechos otorgados al trabajador con el objetivo de beneficiar al menor, por lo tanto si la convivencia previa es circunstancia excluyente para un derecho también lo deberá ser para el otro ya que la finalidad que se garantiza es la misma.

El primer argumento a favor de la convivencia previa como circunstancia no excluyente para la suspensión del contrato de trabajo es el silencio que existe en la normativa respecto a esta cuestión. La regulación de esta figura dispone cuáles son los requisitos necesarios para que se pueda otorgar este derecho al trabajador, los cuales se han ido explicado a lo largo de esta cuestión (existencia de causa, edad mínima del menor,...), los cuales Roberto cumple. Ahora bien, en esta regulación no aparece como requisito que el menor adoptado no se encuentre incorporada e integrada a la unidad familiar con anterioridad al inicio del período de suspensión ni tampoco aparece la convivencia

⁷⁹ VIQUEIRA PÉREZ C, *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit., pág.74.

⁸⁰ VIQUEIRA PÉREZ C, *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, op. cit., pág. 75.

previa como un supuesto excluyente de este derecho⁸¹. Por ello al no ser motivo excluyente no tiene sentido que el jefe de Roberto lo use como tal.

El segundo argumento a favor de la misma pretensión es 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, pues es a partir de la resolución judicial que constituye la adopción cuando se establece la situación de hijo del adoptante, cuando pasa a integrarse en la nueva familia⁸².

Una caso que muestra ambas posturas con el criterio de convivencia previa, según el Tribunal que lo trate, es la STS de 15 de septiembre (RJ 2010/7428). En primer lugar se consideró que la madre no tenía derecho ya que la menor está integrada en la unidad familiar y no existe esta necesidad en la que se basa el descanso maternal por adopción. El órgano superior acata esta decisión alegando la razón del derecho es que la persona adoptante y el niño adoptado tengan un contacto humano en los primeros momentos de la adopción que facilite su integración en la nueva familia y en la nueva situación, y tal circunstancia no concurre pues ya habían vivido juntos durante un año, por ello la prestación solicitada carece de razón de ser. Finalmente el Tribunal Supremo utiliza la misma argumentación que hemos descrito en los párrafos anteriores y concede el derecho a pesar de existir convivencia previa.

Por todo ello, teniendo en cuenta la libertad de elección que da la normativa al trabajador y el silencio de la misma con respecto a la convivencia previa como circunstancia excluyente de la suspensión del contrato, se considera que si se puede otorgar este derecho a Roberto y que el argumento de que la integración de la menor ya se ha producido no tiene validez.

⁸¹ STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2014 (AS 2014/2822). En esta sentencia se discute la convivencia previa como supuesto excluyente de la prestación de maternidad. Ahora bien, se puede aplicar la fundamentación utilizada como circunstancias excluyente de la suspensión.

⁸² STSJ del País Vasco de 16 junio de 2015 (JUR 2015\21029).

5 CONCLUSIONES FINALES

Una vez cumplidos los objetivos que se pretendían alcanzar expuestos al principio de este trabajo, la última parte de este Trabajo de Fin de Grado será la exposición de las conclusiones a las que se ha llegado mientras se daba solución a cada una de las cuestiones planteadas.

En cuanto a la *primera cuestión*, el objetivo era conocer cuáles eran las pautas de intervención y seguimiento que se deberían llevar a cabo cuando se está ante un caso de maltrato infantil, como este supuesto. Esto llevó a estudiar a fondo el mecanismo legal que ofrece la regulación de dichas pautas en España, conocido como el Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar de 2014.

En primer lugar se debe estudiar a la víctima de maltrato infantil, en este caso a Lucas. El menor presenta una serie de indicadores físicos y psicológicos que son identificables por el pediatra de Lucas en una consulta normal, y por ello si resaltan a simple vista pueden ser síntomas de la desnutrición o de la falta de higiene (ambas derivadas de la desatención que sufre Lucas) o de las lesiones externas como moratones (derivadas del maltrato por parte de su madre y abuelos maternos). Antes estos evidentes signos, la detección debe hacerse de la forma más rápida posible y pasar al cumplimiento de la siguiente pauta que es la notificación.

El pediatra de Lucas es la persona que detecta el caso de maltrato, por ello tiene la obligación de notificar el caso a las autoridades mediante unas hojas de notificación, concretamente unas que correspondan al ámbito sanitario (las hay diferentes dependiendo del ámbito de actuación). De forma general el pediatra actúa de forma correcta ya que denuncia el caso ante los SS no teniendo en cuenta las evasivas dadas por la familia. Ahora bien el procedimiento que puede seguir el pediatra puede ser ordinario o urgente. El enunciado del supuesto afirma que el pediatra lo notifica a los SS, lo que se corresponde a una actuación del procedimiento ordinario. Aun así, se considera que la situación que sufre Lucas reviste suficiente gravedad (y esto se confirma cuando el Juez decide suspender la patria potestad, que tiene un carácter excepcional, es decir la integridad de Lucas está en peligro) y por ello el pediatra debería seguir el procedimiento urgente y notificar directamente al SPM. En cualquier caso el pediatra actúa correctamente ya que no se deja llevar por las excusas que da la familia y denuncia la situación.

Una vez notificado el caso, entran en acción unos profesionales especializados que valorarán el entorno familiar para determinar si realmente existe maltrato. En este caso esta valoración tendrá un resultado positivo, pues queda demostrado que Lucas es víctima de malos tratos por parte de su madre y abuelos por los signos de violencia que presenta, los cuales fundamentaron la denuncia del pediatra. A partir de esta valoración, dependiendo del ámbito de actuación y de la gravedad de los hechos, las pautas de intervención y seguimiento que se seguirán son muchas y muy diversas, las cuales se explicaron con más detalle en el desarrollo de la cuestión 1.

Ahora bien, el hecho de que se tomen las medidas necesarias para proteger al menor no impide que se exijan las responsabilidades a las personas que causaron que el menor se halle en esa situación. En esta *segunda cuestión* se analizará por lo tanto cuales son las responsabilidades que se le puede pedir por una parte a la madre en un proceso civil que y por otra parte a los abuelos en un proceso penal.

En el proceso civil contra la madre se analiza si esta puede ser privada de la patria potestad sobre Lucas. Esta institución conlleva muchos deberes con respecto a los hijos y su incumplimiento puede ser causa de privación de la misma. Ahora bien, como resultado de un estudio de la jurisprudencia que se explica en la cuestión 2, es necesario para decretar la privación que los hechos realizados por Lola sean graves, frecuentes, no basados en meras sospechas y que en cualquier caso la adopción de esta medida beneficie al menor. En este supuesto la actuación de Lola es grave (existe maltrato y desatención), es frecuente ya que los hechos se suceden desde que el menor tiene 3 meses hasta que el médico lo denuncia y además no se basa en una sospecha ya que existe un informe médico y de los SS que lo corroboran. Por todo ello, teniendo en cuenta el beneficio del menor, el Juez podrá adoptar esta medida en el proceso civil.

En cuanto al proceso penal contra los abuelos de Lucas, su objeto versa sobre dos cuestiones, la primera si su actuación es constitutiva de delito y la segunda si este motivo es suficiente para privarles de la patria potestad sobre Lola. En cuanto a la primera decir que es un hecho demostrado que los padres de Lola maltratan a su nieto en “diversas ocasiones”. Por ello se les puede condenar por un delito de maltrato habitual en el ámbito familiar ya que estos maltratan a un descendiente y queda demostrado que lo hacen de forma frecuente; por un delito de lesiones en ámbito familiar con la agravante de parentesco; y por un delito de abandono de menores. Hay que señalar respecto a este último que Lola ejerce la patria potestad con la asistencia de sus padres, por ello estos tiene la obligación como garantes de asegurar el cumplimiento de los deberes de la patria potestad, cosa que no hacen y por ello son castigados.

La segunda cuestión que se discute en el proceso penal es que si es motivo suficiente el hecho de que los padres sean condenados por estos delitos para privarles de la patria potestad sobre Lola. Como se ha explicado cuando se analizaba si se podía privar o no de la patria potestad sobre Lucas, es necesario que los hechos realizados por los padres de Lola fueran graves, frecuentes y no basados en meras sospechas, cosa que no sucede. Por lo tanto la única forma en la que si sería posible que se privara a los padres de la patria potestad de su hija por este motivo es que en la sentencia fruto del proceso civil se condenara a los padres con la pena accesoria de la privación de la patria potestad de los arts. 55 y 56 del CP durante el tiempo de la condena.

Ahora bien, ante tal situación se toma como medida provisional la suspensión de la patria potestad sobre Lucas y se plantea la adopción de una figura novedosa llamada “guarda con fines de adopción”, sobre la cual será objeto de estudio su beneficio o no para Lola y Lucas a lo largo de la tercera cuestión.

Los SS consideran que la mejor solución para Lucas dada su situación es que esté sea adoptado por su tutor Roberto y su pareja de hecho Jorge, los cuales llevan más de un año cuidando al niño (ya que Lola está suspendida de la patria potestad de su hijo). Por ello la guarda con fines de adopción beneficiaría mucho a Lucas ya que evitaría, que mientras espera por la resolución firme de la adopción, que sea cuidado por otra familia o por un centro y que se le cambie tantas veces de domicilio en tan poco tiempo, y además garantizaría que el menor se vaya integrando en su nueva familia poco a poco.

Por el mismo motivo que Lucas, para Lola también sería beneficioso, en caso de que vaya ser adoptada, la guarda con fines de adopción ya que así se evitaría más cambios en su vida como que viva con otra familia o en un centro y además se garantizaría que poco a poco se vaya acostumbrando a su nueva familia. Ahora bien, a diferencia de Lucas, no hay prueba contraria de que Lola haya estado mal cuidada por sus padres

durante 13 años, por ello sacarla repentinamente de su entorno familiar habitual (para Lucas era menos habitual ya que había vivido menos tiempo y era más pequeño), puede suponer un choque muy grande para ella. Ahora bien, no será motivo suficiente el alejamiento de su familia de origen para considerar que la guarda con fines de adopción no es beneficiosa para Lola, ya que la misma prevé que se siga manteniendo esa relación.

Por otra parte se debe aclarar que aunque se adopte la guarda con fines de adopción, no impide que si el beneficio del menor lo aconseja se pueda adoptar otras medidas como la adopción con otra familia e incluso la recuperación de la patria potestad por la familia originaria de Lucas. Estas dos situaciones serán objeto de estudio de la cuestión cuarta.

De forma general se afirma que mientras no haya una resolución firme de la adopción, no se puede considerar que Lucas sea hijo de los adoptantes, por ello la medida de guarda con fines de adopción es revisable y siempre se podrá cambiar en beneficio del menor. Lo que pretende con esta medida es evitar que el menor padezca una situación de cambio constante, por ello que sea adoptado por otra familia chocaría un poco con este objetivo. Ahora bien, si por ciertos motivos la guarda con fines de adopción finalmente no es lo recomendable para Lucas ni tampoco se considera beneficioso para el menor volver con su familia de origen, se podrá adoptar otra medida que si beneficie al menor como por ejemplo la adopción con otra familia.

Por otra parte un progenitor siempre podrá recuperar la patria potestad (a no ser que sea firme la resolución de la adopción) siempre y cuando que se cumplan dos requisitos que deberá valorar el Juez. Primeramente se debe comprobar que la causa que motivó la privación o suspensión ha desaparecido, es decir la familia originaria de Lucas deberá demostrar que Lola está curada de su depresión y es totalmente capaz de cuidar de su hijo, que los abuelos han cambiado su actitud de pasotismo y se preocupan por su nieto y que además no existe peligro ninguno para el menor en el nuevo entorno familiar. En segundo lugar el Juez deberá valorar si esta medida es beneficiosa para Lucas y esto se hará basándose en las pruebas periciales sobre la familia de origen y todas las diligencias que considere necesarias (informes psicológicos, etc...).

Ahora bien, la situación de Lucas se tiene que estabilizar, por ello los SS consideran que lo mejor para el menor es que sea adoptado por Roberto y Jorge. El procedimiento de la adopción es complejo debido a los numerosos requisitos y trámites que tiene y será la finalidad de la quinta cuestión conocer sobre dicha tramitación, además de saber si la adopción abierta es recomendable para el menor.

Los requisitos de los sujetos que intervienen en la adopción se cumplen ya que se exige que al menos uno de los adoptantes, en este caso Roberto, tenga más de 25 años (tiene 26) y que le lleva a Lucas más de 16 y menos de 45 años. Además Lucas cumple el principio general para ser adoptado ya que es un menor no emancipado y aunque sea adoptado por su tutor, la cuenta general que justifica la tutela está aprobada y por ello no es motivo para que no ser adoptado.

En cuanto a la tramitación, su inicio puede ser mediante la propuesta por la EP, por la cual se necesita declaración de idoneidad y mediante la propuesta de un particular. En este supuesto se acogería a la segunda vía ya que no es necesaria la declaración de idoneidad porque Lucas ha estado más de un año bajo la tutela de Roberto. Ahora bien se necesita que se cumplan las siguientes fases como el consentimiento por parte de Roberto y Jorge (de Lucas no ya que carece de madurez debido a su corta edad) pero no

es necesario que se preste el asentimiento por parte de Lola ya que está incurso en un causa legal para la privación de la patria potestad. Por último se deberá oír aquellas personas del entorno afectivo de Lucas como por ejemplo los abuelos o Lola. Esta última puede iniciar un proceso dentro de la tramitación exigiendo que si es necesario su asentimiento y no ser meramente oída (siempre y cuando no esté inmersa, sino ya totalmente privada, en cuyo caso este proceso no tendría sentido).

En cuanto a lo beneficioso que puede resultar para Lucas la adopción abierta se debe aclarar que mediante esta figura se permite que Lucas mantenga relación con su familia de origen. Viendo las circunstancias del caso como la existencia de violencia y de trastornos mentales, optar por mantener un lazo con la anterior familia no sería recomendable ya que podría incluso suponer un peligro para Lucas mientras esta situación se resuelva.

Por último, en cuanto a la *cuestión sexta* se plantea si se puede denegar la solicitud de suspensión del contrato de trabajo a Roberto basándose en la existencia de convivencia previa con Lucas y la pérdida de ganancias que supondría su ausencia.

Una de las causas por las que se puede suspender el contrato de trabajo es la adopción de un hijo. El hecho de que Roberto comunicará previamente a su jefe que iba a disfrutar de este derecho le dio a su jefe tiempo para que este pudiera organizar el trabajo de su empresa y así evitar pérdidas. Por lo tanto este primer argumento no sería suficiente para denegar la suspensión.

Tampoco es motivo suficiente alegar que ha existido convivencia previa, pues tras un estudio de la regulación de la suspensión del contrato de trabajo no se encuentra ningún precepto que diga que el hecho de que exista convivencia previa es un impedimento para otorgar este derecho. Por ello, junto con el hecho de que se le ofrece la posibilidad al trabajador de cuando quiere disfrutar el derecho, no se puede negar el disfrute de este derecho.

6 BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA N. [ET AL]: *Manual de Derecho Civil – Derecho de Familia* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO R., coord.), Ed. Bercal S.A, Madrid, 2013, p. 251.

CASTILLO MARTÍNEZ C.C, *La privación de la patria potestad – Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 166 y 314.

DEL REY GUANTER S.: *Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, p. 1128.

DEL VAS GONZÁLEZ J.M.: *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho civil*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009, p. 180.

FERRER SAMA J.L. [ET. AL]: *Memento Práctico Familia*, (TRINCHANT BLASCO C., Coord.), Ed. Francis Lefebvre – Familia Civil, Madrid, 2016, pp. 311, 320 y 335.

GARCÍA PRESAS I.: *Guardia y Custodia de los hijos*, Ed. Juruá, Lisboa, 2015, p. 33.

LASARTE C.: *Derecho de familia – principio de derecho civil VI*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p.357.

LASARTE ÁLVAREZ C. [ET. AL]: *Protección jurídica del menor*, Ed. Colex, Madrid, 2009, p. 92

LLEDÓ YAGÜE F, FERRER VANRELL M.P, TORES LANA J.A Y ACHÓN, BRUÑÉN M.J.: *Estudio sistemático de la ley de jurisdicción voluntaria*, (MONJE BALMASEDA Ó., coord.), Ed. Dykinson S.L, Madrid, 2016, p. 225.

MARTÍNEZ GIJÓN J. y ARUFE VARELA A.: *Derecho Crítico del Trabajo*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2016, p. 138.

O'CALLAGHAN MUÑOZ X.: *Compendio de Derecho Civil T. IV*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 264.

PALAU E.: *Aspectos básicos del desarrollo infantil*, Ed. Ceac, Barcelona, 2004, pág. 104.

RIVAS VALLEJO M.P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 48 y 151-152.

RIVERA ÁLVAREZ J.: *Los menores en protección*, Ed. Grupo Difusión, Madrid, 2007, pp. 91 y 508.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año 87, nº 723, Editores Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2011, p. 564.

SORIANO A.: *Maltrato infantil*, Ed. San Pablo, Madrid, 2001, p.35.

VIQUEIRA PÉREZ C.: *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 74-75 y 118

Recursos de Internet

- <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/> (Última visita el 5 de mayo).
- <https://www.anar.org/wp-content/uploads/2016/11/DEF-Presentaci%C3%B3n-Medios-informe-2015.pdf> (Última visita 6 de mayo).
- http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/MaltratoInfantil_accesible.pdf (Última visita 5 de mayo).
- http://www.unicef.cl/archivos_documento/18/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf (Última visita 5 de mayo).
- http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-mano-este-nino-no-hijo-pareja-valenciana-201609132209_noticia.html (Última visita 20 de mayo).
- <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/msssi/Paginas/2015/180815leyproteccioninfanc.aspx> (Última visita 20 de mayo).

7 APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

▪ TRIBUNAL SUPREMO

STS de 7 de mayo de 1984 (RJ 1984/2972) -STS de 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/6972) -STS de 20 de enero de 1993(RJ 1993/468) -STS de 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9578) -STS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223) -STS de 5 de marzo de 1998 (RJ 1998/1495) -STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998/5063) -STS de 19 de mayo de 2009 (RJ 2009/4167) -STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7428) -STS de 14 noviembre de 2012 (RJ 2012/3390) -STS de 23 de diciembre de 2014 (RJ 2014/258) -STS de 18 junio de 2015 (RJ 2015/2293)

▪ TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de La Rioja de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485) -STSJ de Galicia de 25 de agosto (AS 1992/4114) -STSJ de Granada de 27 de Septiembre de 2001 (JUR 2001/19119) - STSJ de Castilla y León de 17 de septiembre de 2009 (AS 2009/2469) -STSJ de La Rioja de 28 de febrero de 2013 (AS 2013/1991) -STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2014 (AS 2014/2822) -STSJ del País Vasco de 16 junio de 2015 (JUR 2015\21029).

▪ AUDIENCIA PROVINCIAL

SAP de Barcelona de 28 de febrero de 1997 (1997/317) -SAP de Vizcaya de 8 febrero de 1999 (AC 1999/3913) -SAP de Madrid de 27 de Septiembre de 2001 (JUR 2001/318277) -SAP de Madrid 2 de julio de 2004 (AC 2004/ 2211) -SAP de Madrid de 11 de mayo de 2006 (AC 2006/1901) -SAP de Barcelona de 22 mayo de 2008 (JUR 2008/267121) -SAP de Girona de 10 de octubre de 2008 (JUR 2008\128210) -SAP Coruña de 15 de enero de 2010 (JUR 2010/199096) -SAP de Ávila de 8 de febrero de 2010 (JUR 2010/396856) -SAP de Castellón de 21 de mayo de 2014 (JUR 2015/136818) -SAP de Badajoz de 30 de mayo de 2014 (JUR 2014/179791) -SAP de Barcelona de 30 de octubre de 2015 (ARP 2015/1496) -SAP de Asturias de 10 de marzo de 2016 (AC 2016/431) -SAP de Segovia de 16 de noviembre de 2015 (JUR

2015/302856) -SAP de Alicante de 25 de febrero de 2016 (JUR 2016/145220) -SAP de Burgos de 9 de mayo de 2016 (JUR 2016/137950) –SAP de Madrid de 11 de mayo de 2006 (AC 2006/1901) -SAP de Barcelona de 30 de junio de 2016 (ARP 2016\1073) -SAP de Tarragona de 19 de julio de 2016 (JUR 2016/219154) –SAP de Valencia de 9 diciembre de 2016 (JUR 2016/126917) -SAP de Madrid de 10 de enero de 2017 (JUR 2017/23459) -SAP de Salamanca de 17 de enero de 2017 (AC 2017/38) -SAP Valencia de 13 de febrero de 2017 (JUR 2017/111310) -SAP Zaragoza de 21 febrero de 2017 (JUR 2017/83285) -SAP de Madrid de 24 de febrero de 2017 (JUR 2017/87244 -SAP de León de 13 de marzo de 2017 (JUR 2017/103882) -SAP de Tarragona de 31 de marzo de 2017 (JUR 2017/130258) -SAP de Murcia de 3 de abril de 2017(JUR 2017/124118) –SAP de Palencia de 6 abril de 2017 (JUR 2017/120942) -SAP de Valencia de 9 diciembre (JUR 2016/126917).

8 ANEXOS

- ANEXO 1: Indicadores de maltrato físico, abandono y abuso sexual.

http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/csalud/galerias/documentos/p_4_p_3_prevenion/buen_trato_infancia_adolescencia/protocolo_maltrato_infantil.pdf

Última visita: 9 de mayo de 2017.

GIL ARRONES J.,... [ET AL.], *Protocolo de intervención sanitaria en casos de maltrato infantil*. Edita Junta de Andalucía. Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales. Sevilla, 2014, pág. 51.

INDICADORES DE MALTRATO FÍSICO ACTIVO Y DE ABANDONO FÍSICO			
Tipo de maltrato	Indicadores físicos en la exploración del menor	Indicadores de conducta del menor	Indicadores del comportamiento de los familiares
Maltrato físico	Equimosis en antebrazos, crestas iliacas... ... como mecanismos de sujeción. Heridas en diferentes fases de cicatrización o producidas por mecanismos de producción poco convincentes. Heridas en zonas protegidas o de difícil acceso. Quemaduras con marcas de objetos. Fracturas de huesos cortos o huesos de la cara. Fracturas en tallo verde o espiroideas. Hematomas múltiples Alopecia . Placa de pelada en lactantes. Trastornos del nivel de conciencia.	Miedo a volver a casa, a la presencia de adultos... Conducta agresiva, antisocial... Trastornos psicósomáticos. Rechazo al contacto afectivo. Manifiesta que es objeto de agresiones o de otras formas de maltrato.	Métodos disciplinarios desproporcionados. Valoración reiteradamente negativa del menor. Explicación incoherente del mecanismo de producción de la lesiones. Alcoholismo o consumo de drogas. Nivel socioeconómico bajo, medio o alto.
Abandono físico	Higiene deficiente. Accidentes reiterados. Falta de vacunas y de cuidados Médicos. Poco estimulado nunca llora, se mueve poco... No está escolarizado o realiza tareas inapropiadas para su edad. Desnutrición, deshidratación.	Apatía y cansancio. Tristeza. Conducta y expresiones impropias de su edad. Escasos conocimientos y habilidades escolares. Participa en actividades delictivas. Lactantes que parecen muy buenos, no lloran. Falta sonrisa afectiva No tiene interés por ir a casa.	Enfermedad mental de madre o del padre. Alcoholismo o drogas. Desinterés o escasa capacidad de valorar la necesidades del niño. Organización caótica de vida familiar. No transmite afectividad Negligencia reiterada.