



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

Grado en Derecho

Curso académico 2016/2017

Autora:
Vázquez Carvalhais, Carina

Tutora:
Rodríguez Docampo, María José

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
I. Ante los casos de maltrato infantil, ¿qué pautas de intervención existen y qué seguimiento ha de realizarse en el presente supuesto?	4
I.1. Contexto.....	4
I.2. Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar.....	5
I.3. Aplicación al supuesto de hecho.....	10
II. En los distintos procesos abiertos contra la familia biológica del menor, ¿qué decisiones podrían adoptar los Jueces que están conociendo de los respectivos asuntos?.....	11
II.1. Contexto.....	11
II.2. Proceso penal contra los padres de Lola.....	11
II.3. Proceso civil contra Lola	14
III. ¿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?.....	18
III.1. Introducción	18
III.2. Guarda con finalidad de adopción: el acogimiento preadoptivo.....	19
III.3. Guarda con finalidad de reinserción: el acogimiento familiar	21
IV. A pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge en guarda con finalidad de adopción, ¿se podría dar en adopción a Lucas con otra familia? De ser así, ¿podría la familia biológica de Lucas, recuperar la patria potestad del menor y, por lo tanto, su guarda y custodia?	25
IV.1 Introducción.	25
IV.2 Adopción con otra familia.....	25
IV.3 Recuperación de la patria potestad por su familia biológica.....	26
V. ¿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?	29
V.1. Introducción.....	29
V.2. Trámites para la consecución de la adopción	30
V.2.a) La propuesta previa de la Entidad pública.....	30
V.2.b) Consentimiento.....	31
V.2.c) Asentimiento.....	32
V.2.d) Audiencia.....	34
V.3. Tipos de adopción	34

VI. ¿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?	36
VI.1 Introducción	36
VI.2 La suspensión del contrato de trabajo por adopción y el periodo de convivencia previa.....	36
VII. Conclusiones	41
BIBLIOGRAFIA	44
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	46
ANEXO I: Supuesto de hecho.....	47

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CP	Código Penal
DPE	Delegación Provincial de Educación
ET	Estatuto de los Trabajadores
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
M ^º F	Ministerio Fiscal
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo

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

I. 1. Contexto

A raíz del art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹ -en adelante CDN- podemos deducir que se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio o de abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

La Organización Mundial de la Salud² define el maltrato infantil como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, incluyendo todos los tipos de maltrato tanto físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

Para UNICEF³, las víctimas del maltrato infantil y el abandono pertenecen al segmento de la población conformada por niños, niñas y adolescentes hasta los 18 años, que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede realizarse bien por omisión, como se daría por ejemplo en un caso de abandono, o bien por supresión o transgresión de los derechos individuales y colectivos.

Por último, en el Observatorio de la Infancia de Naciones Unidas⁴ se ha definido el maltrato infantil como cualquier acción, ya sea física, sexual o emocional, u omisión no accidental en el trato hacia un menor, por parte de sus padres o cuidadores, que le ocasiona daño físico o psicológico y que amenaza su desarrollo físico y psicológico

Como se puede desprender de las tres definiciones anteriores, el maltrato normalmente surge en un ámbito o escenario familiar, y no abarca solamente acciones que atenten contra la integridad física de los menores, sino que comprende también aquellas conductas en la que se desatiende la obligación de dispensar los cuidados necesarios a una persona cuando esta presenta una dependencia. Esta forma de violencia está muy presente en los casos de maltrato de menores.

Tales conductas de maltrato infantil en el ámbito de las relaciones familiares se identifican como violencia familiar o violencia doméstica. Hablamos pues de violencia doméstica cuando la violencia se desarrolla en el interior de un morada, o fuera de ella, pero siempre entre las personas que la comparten.⁵

¹ Cit. Vid. UNICEF Comité Español, e.i. <http://www.unicef.es>

² Cit. Vid. Informe mundial sobre la violencia y la salud. Capítulo 3: Maltrato y descuido en los menores por los padres y otras personas a cargo. OMS, 2002.

³ Cit. Vid. UNICEF, e.i. <http://www.unicef.es>

⁴ Cit. Vid. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, e.i. <http://publicacionesoficiales.boe.es>

⁵ COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M., *“La violencia en el ámbito familiar. Aspectos jurídicos”* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp.135-149

Este delito aparece regulado en el art. 173.2 del Código Penal -en adelante CP- estableciendo el citado artículo que será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años él que ejerza habitualmente violencia física o psíquica sobre sobre, entre otras personas, sus descendientes.⁶

I.2. Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar

El maltrato infantil constituye un problema social y de salud, y es por ello que se promulgó en España la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor -en adelante LOPJM-. En ella se establecen las actuaciones que deben llevar a cabo los poderes públicos en los casos de desprotección social del menor.

En relación con lo anterior y conscientes de la necesidad de mejorar los mecanismos de coordinación interinstitucional en la prevención y atención al maltrato infantil, en el marco del Observatorio de Infancia se realizó un Protocolo Básico de Intervención contra el maltrato infantil, que fue aprobado por el Pleno del Observatorio de la Infancia con fecha 9 de junio de 2014⁷, con el fin de garantizar la aplicación en todo el territorio español de los derechos reconocidos en la CDN, así como promover protocolos de actuación integral e interinstitucional frente al maltrato infantil, en el ámbito de cada Comunidad Autónoma -en adelante CA-.

Según lo establecido en el art. 13 de la Ley Orgánica 1/1996⁸ toda persona o autoridad, y de forma especial aquellos que por su profesión o función, detecten una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, deberán comunicárselo a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle, si es necesario, el auxilio inmediato que precise.

Los profesionales, o en su caso, cualquier ciudadano que fuera testigo o tuviera conocimiento de algún caso de maltrato están obligados a actuar, y lo harán de acuerdo con lo establecido en las guías de detección y notificación del maltrato infantil de la correspondiente CA. A parte de ello, deberán denunciar ante la autoridad judicial o ante el Ministerio Fiscal -en adelante M^ºF- los hechos si el maltrato detectado pudiera ser constitutivo de delito.

La comunicación deberá hacerse mediante las hojas de notificación de riesgo y maltrato infantil, publicadas por el Observatorio de la Infancia en el año 2001, que se encuentran en funcionamiento en la mayoría de las Comunidades Autónomas -en adelante CCAA-. Cada hoja de notificación tiene de tres copias, una para el expediente del menor, otra para la intervención social y otra para el centro de registro de datos de maltrato infantil de la CA correspondiente.

Cuando exista sospecha de que la salud y seguridad del menor se encuentran en grave riesgo o amenazada la notificación se hará por medio de un procedimiento urgente, sino se hará por medio del procedimiento ordinario.

⁶GONZALEZ CUSSAC, J.L., “*Derecho penal parte especial*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 182-187

⁷Cit. Vid. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, e.i. <http://publicacionesoficiales.boe.es>

⁸BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996

Se establecen en el Protocolo diferencias según el ámbito en el que se descubra el maltrato.

Cuando sean los servicios sociales los que tengan conocimiento de un caso de maltrato infantil lo comunicarán al Servicio de Protección de Menores de la CA para que se tomen las medidas necesarias de protección. La notificación se hará por escrito y por medio telefónico, del modo que establezcan los protocolos de notificación elaborados por cada CA. En caso de urgencia se debe presentar al Juzgado de guardia, Fiscalía o servicios especializados de atención a los menores existentes en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, un parte de denuncia por escrito, además del aviso telefónico, en un plazo máximo de 24 horas, quienes remitirán una copia a la Dirección General del Menor u organismo correspondiente de la CA, que a su vez enviarán copia a la Dirección General del Menor u organismo correspondiente de la CA. En el caso de que sea necesario el menor será acompañado a un centro sanitario para que reciba la atención pertinente. Si se sospecha que existe delito se comunicará inmediatamente al Juzgado de Guardia y se pondrá en conocimiento del M^ºF con la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado si fuese necesario.

Los centros educativos tienen un papel fundamental en la detección del maltrato infantil dado que mantienen con los menores y sus familias una relación especial ya que conviven diariamente. Dentro de este ámbito se encuentran los profesores, entrenadores deportivos, orientadores y el resto del personal docente. Todos ellos forman parte del círculo de confianza de los menores. Por ello, ante cualquier sospecha de maltrato infantil cualquier miembro de la comunidad educativa tiene el deber de comunicarlo al equipo directivo y al equipo de orientación, quienes, de forma conjunta, rellenarán la hoja de notificación que remitirán a los servicios sociales, bien sea de manera directa o por medio de la Dirección o Delegación Provincial de Educación -en adelante DPE-. Si se detectan lesiones visibles que requieran asistencia sanitaria se llevará al menor a un centro sanitario, siendo ello comunicado a la Fiscalía, a la Inspección educativa y, si no constituye un riesgo para el menor, a la familia. Ante cualquier sospecha de delito se denunciará de inmediato la situación ante el Juzgado de Guardia y la Policía, poniéndolo en conocimiento del M^ºF y del Servicio de Protección de Menores a través de la correspondiente Hoja de Notificación.

También el médico, pediatra o profesional de enfermería de atención primaria que tenga sospecha o evidencia de un caso de maltrato infantil, deberá completar la hoja de notificación y, junto con el trabajador social del centro hospitalario, la enviará a los servicios sociales correspondientes. El médico remitirá el parte de lesiones o informe médico al Juzgado de Guardia o a la Fiscalía. Si se considera que existe peligro para la integridad del menor se deberá proceder al ingreso del mismo en el centro sanitario a la espera de que sea trasladado a un centro de protección de menores por los Servicios Sociales o por el Cuerpo Policial.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad reciben muchas denuncias relativas al maltrato infantil. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad adoptarán, en primer lugar, las medidas de atención inmediata que precise el menor. Una vez adoptadas dichas medidas se derivará el caso a los Servicios Especializados en la Atención a las Mujeres y los Menores que existen dentro de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, quienes se harán cargo del caso y presentarán el atestado redactado a partir de la denuncia al Juzgado de

Guardia y a la Fiscalía. Cuando el maltrato sea causa de una situación de riesgo o desamparo los hechos serán notificados a la Fiscalía y a la Entidad Pública competente en materia de protección de menores de la CA o a los servicios sociales para que tomen las medidas de protección pertinentes. En el caso de menores, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado seguirán las pautas establecidas en el Protocolo de Actuación Policial con Menores.

Una vez detectado y notificado el maltrato infantil se debe proceder a la valoración del caso en concreto, que debe cumplir con unos determinados requisitos. Debe tener un enfoque integral que incluya tanto las circunstancias precedentes y desencadenantes del maltrato como la intensidad y frecuencia del mismo, con la finalidad garantizar que el hecho no constituye un hecho puntual. Por esta razón la valoración debe hacer conjuntamente con el menor, la familia y el medio, y deberá ser realizada por un equipo de profesionales especializados en problemática familiar y protección de la infancia.

La valoración debe realizarse de forma coordinada con los equipos de orientación psicopedagógica, la policía local y los equipos de salud, con la recogida de toda la información disponible sobre el menor y el análisis interdisciplinar del caso y con el apoyo, en caso necesario, del Servicio de Protección de Menores de la CA correspondiente.

Si la valoración concluye que no existe maltrato y no existe otro factor de riesgo, se archivará el caso, comunicando a la persona o institución que lo notificó los motivos del cierre del mismo. Si existen otros factores de riesgo, se adoptará la medida de protección que más convenga. Esta intervención psicopedagógica se hará de forma coordinada con los equipos y departamentos de orientación y el pediatra de atención primaria, así como con el médico general o, en su caso, especialista.

En caso de constar que si existe este maltrato se intervendrá en el caso, variando la intervención y el seguimiento en función de su gravedad y del ámbito de actuación. Para el caso de que la valoración plantee dudas, los servicios sociales de atención primaria contarán con el apoyo y asesoramiento del Servicio de Protección de Menores.

Dentro del ámbito social los Servicios Sociales constituyen la Institución central en la intervención ante el maltrato infantil. Cuando tengan constancia de una situación en la que la integridad del menor se encuentra en peligro deberán informar del caso inmediatamente al M^ºF, Juzgado de Instrucción de Guardia y al Servicio de Protección de Menores de la CA.

Corresponde a los Servicios Sociales desarrollar, coordinar y cerrar el plan de intervención debiendo notificarlo a la Entidad Pública de protección de Menores para que ésta incluya el caso en el Registro unificado de casos de sospecha de Maltrato Infantil.

Si el maltrato es considerado como leve o moderado, los servicios sociales desarrollarán un plan de intervención y, en caso de ser necesario, lo desarrollarán conjuntamente con el centro escolar o de salud.

Si el maltrato es considerado como grave, la Entidad Pública de Protección de Menores deberá tomar la medida de protección correspondiente y pondrá los hechos en

conocimiento del M^oF o en su caso del Juzgado de Instrucción de Guardia, además garantizará el tratamiento terapéutico a aquellas víctimas de maltrato que están sujetas a una medida de protección que lo necesiten y coordinará el seguimiento del caso junto con los servicios sociales, sanitarios y educativos, elaborando un informe de seguimiento en un plazo máximo de seis meses. En los supuestos de declaración de desamparo, el informe también será enviado a la Fiscalía de Menores.

En el ámbito educativo ante situaciones de sospecha de maltrato, los centros escolares deberán contar con circuitos internos en los que se especifique la responsabilidad y función de cada miembro de la comunidad, además de establecer los cauces de comunicación con los otros ámbitos intervinientes. Cuando los indicios conduzcan a una situación en la que la integridad del menor se encuentra en peligro se informará del caso inmediatamente al M^oF, Juzgado de Instrucción de Guardia y al Servicio de Protección de Menores de la CA.

En este caso, si nos encontramos con un maltrato de carácter leve o moderado, el centro escolar deberá colaborar en la aplicación del plan de intervención diseñado por servicios sociales. El equipo de orientación y directivo recabarán la información necesaria y realizarán un informe de seguimiento del niño, que será remitido a la Dirección o DPE en un plazo máximo de seis meses.

Si nos encontramos con un maltrato de carácter grave, el centro escolar colaborará con los servicios sociales en la aplicación del plan de intervención que estos hayan diseñado. El equipo de orientación psicopedagógica y el equipo directivo recabarán la información necesaria y realizarán un informe de seguimiento del niño que será remitido a la Dirección o DPE y a los servicios sociales o al Servicio de Protección de Menores en un plazo máximo de tres meses.

En el caso del ámbito sanitario los niños víctimas de maltrato deberán recibir atención con carácter prioritario y urgente. En los casos de maltrato infantil los servicios de salud tienen una doble función: la labor de detección y la función de diagnóstico. Cuando haya claros indicios de una situación en la que la integridad del menor se encuentra en peligro se informará del caso de forma inmediata al M^oF, Juzgado de Instrucción de Guardia y al Servicio de Protección de Menores de la CA.

En estos casos de maltrato, el hospital debe asegurarse de garantizar la seguridad del menor, por lo que no dará el alta al niño hasta su seguridad se garantice.

En caso de constatar un maltrato leve los centros sanitarios deberán en primer lugar informar a la Unidad de Trabajo Social correspondiente para que se coordine con los Servicios Sociales. Tanto la exploración como la toma de muestras al menor deberán realizarse en un ambiente no traumático, buscando ser lo más acogedor posible. En coordinación con los distintos programas sanitarios se establecerá un protocolo de detección de situaciones de riesgo de maltrato infantil, que contará con el asesoramiento de los Servicios Sociales.

Los servicios sanitarios colaborarán con la Entidad Pública de Protección de Menores y con los Servicios Sociales, llevando a cabo las actuaciones acordadas en el plan de intervención diseñado a tal efecto por los servicios sociales. El médico deberá realizar

un informe de seguimiento de la situación del niño a los Servicios Sociales en un plazo máximo de seis meses.

En caso de constatar un maltrato grave se notificará a la Entidad Pública de Protección de Menores y se comunicará al Juzgado y a la Sección de Menores de Fiscalía. Si resultase necesario actuar de manera inmediata se derivará el caso al servicio de urgencias del centro hospitalario correspondiente, desde donde se remitirá, de forma inmediata, informe al Juzgado de Guardia. En caso de que se considere necesario será también visitado por un médico forense y un médico hospitalario, quienes emitirán informe conjunto para el Juzgado de Guardia, Fiscalía y a la Entidad Pública de Protección de Menores.

El examen médico pericial al niño o niña se realizará por el médico forense o por un médico nombrado por el juez para ello. El médico realizará un informe de seguimiento de la situación del niño a los servicios de protección en un plazo máximo de seis meses.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dentro del ámbito de actuación policia, cuando tengan constancia de casos de maltrato infantil actuarán de manera coordinada con las instancias, sobre todo lo relacionado con la protección inmediata del menor, la forma de tomar declaración al menor y el contexto de exploración y de atención inmediata. Las primeras diligencias policiales deberán garantizar la protección inmediata del menor y asegurar la recogida de pruebas. Posteriormente, se remitirán a las instancias competentes los informes donde se recoja todo lo averiguado. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad realizarán la investigación y redactarán un informe sobre el caso.

En la fase de instrucción, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción dará preferencia a los procedimientos relativo a maltrato infantil, en los que siempre primará el interés superior del menor. Posteriormente pondrá los hechos en conocimiento de la Entidad Pública de Protección de Menores competente, en caso de que el menor pudiera encontrarse en situación de riesgo o de desamparo, adoptando las medidas de protección del menor que procedan.

En cuanto a la declaración del menor, se valorará la posibilidad de que la misma se practique en fase de instrucción como prueba preconstituida. Cuando resulte procedente se aplicaran las disposiciones contenidas en los arts. 433 y 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -en adelante LECrim- para que las declaraciones judiciales del menor le generen las mínimas perturbaciones posibles.

En la fase de juicio oral cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral, se seguirán las siguientes pautas:

- De existir oficina de atención a la víctima, se informará a la misma de la fecha y hora del juicio para preste auxilio, informe y acompañe al menor.
- A la hora de decidir si las sesiones se practican con publicidad o a puerta cerrada se tendrán en cuenta las necesidades del menor víctima, teniendo presente que conforme al art. 9.1 LO 1/1996 las comparecencias judiciales del menor deben realizarse de forma adecuada a su situación, a su desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad.

- El menor declarará de forma que se evite la confrontación visual con el inculpado, además, el personal del Juzgado adoptará las medidas precisas para evitar que el menor víctima y el acusado compartan alguna estancia de los juzgados.
- Se evitarán formalismos que puedan perturbar al menor, utilizando un lenguaje adecuado a su nivel de comprensión.

I.3. Aplicación al supuesto de hecho

En el supuesto que se nos plantea el Doctor Castro, como pediatra del menor, es quien decide actuar ante los evidentes síntomas de maltrato que presentaba Lucas, y lo hace en base a lo establecido en el art. 60 del Código de Deontología Médica⁹ y en el art. 45 de la Ley de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid¹⁰.

El Doctor Castro actúa correctamente, conforme a lo establecido en el Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar, denunciando la situación a los servicios sociales, para que estos tomen la decisión que consideren más acertada buscando siempre el mayor interés de Lucas.

En este caso, como se dan evidentes indicios de una situación en la que la integridad del menor se encuentra en peligro, dado que muestra claros síntomas de desnutrición y descuido, se procederá informando de la situación de forma inmediata al MºF, al Juzgado de Instrucción y a la Comisión de Tutela del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, que es la Entidad Pública de Protección de Menores de la Comunidad de Madrid.

En estos casos de maltrato, el hospital debe asegurarse de garantizar la seguridad del menor, pudiendo por ello optar el Doctor Castro por la hospitalización como medida transitoria de separar a Lucas de su familia, e iniciándose a través del trabajador social del hospital los debidos contactos con la Comisión de Tutela del Menor.

Además el Doctor debe remitir el parte de lesiones o informe médico correspondiente del estado de Lucas al Juez de Guardia o a la Fiscalía.

El Doctor Castro debe colaborar en todo lo que le sea requerido con la Dirección General de la Familia y el Menor y con los Servicios Sociales, llevando a cabo las actuaciones acordadas en el plan de intervención diseñado a tal efecto por los servicios sociales. La coordinación es clave en la intervención en casos de maltrato infantil resultando la realización del trabajo conjunto del ámbito sanitario y social imprescindible para la detección, diagnóstico y tratamiento de los casos de maltrato infantil, correspondiendo a cada ámbito profesional encargarse de las actividades propias de su labor.

Además, el Doctor deberá realizar un informe de seguimiento de la situación de Lucas que deberá enviar a los Servicios Sociales, en el que se detalle la evolución del menor.

⁹Cit. Vid. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, e.i. <http://www.cgcom.es/deontologia>

¹⁰BOCM núm. 83, de 07 de abril de 1995

La Dirección General de la Familia y el Menor podrá iniciar un procedimiento de protección a instancia del ámbito sanitario, para lo que se acordarán diversos protocolos a efectos de establecer cauces concretos de comunicación y de coordinación; aunque la urgencia del caso puede requerir que sea el médico quien inicie estos trámites, que generalmente se inician a través del trabajador social del hospital o de Servicios Sociales municipales.

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

II.1. Contexto

En el presente supuesto se nos plantean dos procesos diferentes abiertos contra la familia biológica de Lucas, que son por un lado el proceso penal contra los abuelos de Lucas, cuya finalidad es investigar si su comportamiento respecto a su nieto podría ser constitutivo de delito, y si, por ello, podrían privarles de la patria potestad de su hija Lola, y por otro lado el proceso civil contra Lola, madre de Lucas, con el objeto de determinar si su comportamiento podría ser una causa de privación de la patria potestad respecto a su hijo.

II.2. Proceso penal contra los padres de Lola

María García Ares y Daniel García Rodríguez, padres de Lola, eran conscientes de los maltratos a los que su nieto Lucas se encontraba expuesto, ante los cuales, en lugar de actuar para impedirlos, decidieron participar en ellos.

Los hechos cometidos sobre el menor son constitutivos, por una parte, de un delito de lesiones, regulado en el art. 147 del CP, donde se establece en su punto primero que aquel que causare a otra persona una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental, por cualquier medio o procedimiento, será castigado con pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, dependiendo de la gravedad de la lesión, y siempre que dicha lesión requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del desarrollo de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Continúa el punto segundo del artículo declarando que aquella persona que cause a otra una lesión no incluida en el primer apartado, por cualquier procedimiento o medio, será castigado con pena de multa de uno a tres meses

Estamos en este supuesto dentro del apartado segundo del citado artículo, puesto que las lesiones que presentaba Lucas no requieren tratamiento médico o quirúrgico.

Concurre en el delito de lesiones la circunstancia mixta de parentesco, que está regulada en el art. 23 CP, circunstancia que ha sido aplicada como agravante según reiterada jurisprudencia, ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial –en adelante SAP- de Tenerife de 7 de abril de 2014¹¹, donde se aprecia la agravante de parentesco en un delito de lesiones con una menor de 2 años de edad.

Además, también nos encontramos en el presente supuesto con un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, recogido en el apartado 2 del art. 173 CP, que dice que aquella persona que ejerza habitualmente violencia, tanto de forma física como psíquica, sobre su cónyuge o persona ligada a ella por análoga relación de afectividad, aunque no haya convivencia entre los mismos, o sobre sus descendientes, ascendientes o hermanos, ya sea por naturaleza, por afinidad o por adopción, o sobre los menores o

¹¹ SAP Tenerife de 7 de abril de 2014, [ARP: 2014\770]

personas discapacitadas necesitadas de especial protección que convivan con él o se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre aquellas personas integradas en el núcleo de la convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

Además se impondrá de forma complementaria la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

En estos supuestos relatados anteriormente podrá imponerse además una medida de libertad vigilada.

Como podemos observar, este artículo castiga a quienes habitualmente ejerzan violencia física o psíquica sobre, entre otras personas, sus descendientes, que es lo que sucede en este caso, donde son María García Ares y Daniel García Rodríguez, abuelos de Lucas, quienes perpetran este delito.

Para determinar la aplicación de este delito es preciso apreciar el criterio de la habitualidad. Para saber que se entiende por habitualidad debemos acudir al punto 3 del ya citado art. 173 CP, donde se nos indica que *“para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*.

El TS, en sus sentencias 580/2006¹² y 770/2006¹³ argumenta que la habitualidad debe entenderse como repetición de actos de idéntico contenido lesivo, no es pues la mera repetición lo que integra este delito, sino la relación entre autor y víctima, la frecuencia con la que ocurre, la permanencia del trato violento, etc. Puede apreciarse en este caso el criterio de la habitualidad pues, como se desprende del supuesto de hecho, los abuelos participaron en diversas ocasiones en los malos tratos que recibió Lucas, por lo que no podemos considerar que se trate de hechos aislados.

¹²STS de 23 mayo de 2006 [RJ 2006\3339]: *“lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”*.

¹³STS de 13 julio de 2006 [RJ 2006\9595]: *“La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multireincidencia en falta de malos tratos –lo que podría constituir un problema de non bis in idem– parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo.”*

Se da en este caso un concurso real entre los delitos de lesiones y de violencia habitual en el ámbito familiar. Consecuentemente, se podrá castigar el ataque a la integridad física o psíquica de la víctima por cada uno de los actos aislados cometidos en momentos determinados y con resultados concretos (art. 147.2 CP) y al mismo tiempo la lesión a la integridad moral de la víctima derivada de la habitualidad en la violencia ejercida (art. 173.2 CP).

Además, se establece para estos delitos la posibilidad de que el juez, si lo estima adecuado al interés del menor, pueda implantar la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.

En un principio podemos pensar que lo lógico es que se inhabilite en el ejercicio de la patria potestad de la persona a la que le causo malos tratos, pero el art. 46 CP establece que *“el Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”*.

De ello podemos entender que, atendiendo a las circunstancias del presente supuesto, se puede inhabilitar a María García Ares y Daniel García Rodríguez en el ejercicio de la patria potestad sobre su hija Lola.

Como complementaria a esta medida, el juez puede acordar la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, recogidas ambas en el art. 48 CP punto 2 y 3 respectivamente.

La prohibición de aproximarse a la víctima impide al penado acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. Esta medida incluye también a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Por todo lo expresado y analizado a lo largo de la pregunta, en el proceso penal contra los padres de Lola, María García Ares y Daniel García Rodríguez, ambos pueden ser condenados a un delito de lesiones, con la agravante mixta de parentesco, a un delito de violencia habitual en el ámbito familiar, que lleva aparejada la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y, como medida complementaria, con la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de su hija Lola, dado que, pese a no ser ella la víctima de los citados malos tratos, es menor de edad y está a cargo de los penados, por lo que el Juez, conforme lo establecido en el art. 46 CP, puede acordar que se prive a los mismos de la patria potestad sobre su hija como consecuencia de los delitos cometidos contra Lucas.

Así mismo, el Juez puede acordar también como medidas complementarias la prohibición de aproximarse y comunicarse con Lucas, así como con su madre, Lola, garantizando con la implantación de esta medida que los hechos que se le imputan no volverán a ocurrir.

II.3. Proceso civil contra Lola

El art. 19 de la citada CDN, advierte de la necesidad de adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico, mental, o descuido, o trato negligente.

La protección del niño tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad¹⁴.

Puede definirse la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad no emancipados a efectos de su protección y formación¹⁵.

El incumplimiento de los deberes que la patria potestad trae consigo, dependiendo de su gravedad o repercusión sobre el desarrollo de la personalidad del menor, podrá dar lugar a la privación de la patria potestad¹⁶.

El art. 170 del Código Civil -en adelante CC- dispone que tanto el padre como la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

La SAP de León, de 29 noviembre de 1995¹⁷ establece que *“de dicho precepto se deduce que la discusión en un proceso cuyo objeto sea la privación de la patria potestad se limita a una cuestión de hecho, cual es la determinación de si ha habido o no el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de un hijo menor sometido en principio a la misma y si, caso de haberlo, tiene la entidad suficiente para motivar una medida tan grave como es la referida privación, a salvo siempre la posible recuperación futura, siendo evidente que ello es consecuencia obligada del principio de protección y salvaguarda de los intereses del hijo menor que preside toda la regulación sobre la materia”*.

La privación de la potestad de sus titulares se declara mediante sentencia firme que debe fundamentarse en el incumplimiento de los deberes que implica la patria potestad. Estos deberes son los que se recogen en el CC español, en la regulación de la patria potestad, en los arts. 154 a 168.

¹⁴ SAP Zamora, de 31 de enero de 2017 [JUR: 2017\76242].

¹⁵ BUSTOS VALDIVIA, I., en MORENO QUESADA, B., BUSTOS VALDIVIA, I., TRUJILLO CALZADO, M^a.I., BUSTOS VALDIVIA, C. *“Derecho civil de la persona y de la familia”* Comares, Granada, 2006, pp. 181-182

¹⁶ RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *“La privación de la patria potestad”* Atelier, Barcelona, 2006, pp. 53-68

¹⁷ SAP de León, de 29 noviembre de 1995 [AC:1995\2229]

Conforme a lo establecido en el primero de ellos, el art. 154, en su punto 2 apartado 1º, los titulares de la patria potestad tienen el deber de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.¹⁸

Se desprende de la SAP de León, de 29 de noviembre de 1995¹⁹ que lo principal en un proceso en el que se discute la privación de la patria potestad es determinar si ha habido o no incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de un hijo menor sometido a la misma y, en caso de haberla, si tiene la suficiente entidad para motivar una medida tan grave como es la que se plantea.

Constituye un supuesto claro de privación de la patria potestad los malos tratos físicos. En la SAP de Toledo, de 28 de septiembre de 1992²⁰ se establece que la constatación de malos tratos físicos, determinantes de abandono afectivo y material, constituye una causa grave, en relación con el incumplimiento de deberes, justificativa de la privación de la patria potestad.

También es causa de privación de la patria potestad la falta de atención al menor, así lo plasma la Sala Primera del Tribunal Supremo –en adelante TS- en su sentencia de 24 de abril del 2000, al apreciar como causa de privación de la potestad la desatención del menor por sus padres desde sus primeros meses de vida²¹.

Solo se procederá a la privación de la potestad de los padres si con ella se consigue proteger el adecuado desarrollo del menor. La privación de la potestad debe comportar un beneficio para el menor.

De acuerdo con lo establecido por la Audiencia Provincial –en adelante AP- de Girona, en su Sentencia 45/1999, de 27 de enero de 1999, la privación de la potestad, más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y debe ser adoptada en beneficio del mismo.²²

En relación con ello, la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante STS- de 31 de diciembre de 1996²³ declara que la privación de la patria potestad debe ser adoptada en beneficio del menor, en cuanto la conducta del progenitor, que es gravemente lesiva para los intereses prioritarios del niño, no sea la más adecuada para la futura formación y educación del mismo.

¹⁸ RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. “La privación de la patria potestad” op. cit. p. 68

¹⁹ SAP León, de 29 de noviembre de 1995 [AC: 1995\2229]: “del art. 170 CC se deduce que la discusión en un proceso cuyo objeto sea la privación de la patria potestad se limita a una cuestión de hecho, cual es la determinación de si ha habido o no el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad respecto de un hijo menor sometido en principio a la misma y si, caso de haberlo, tiene la entidad suficiente para motivar una medida tan grave como es la referida privación, a salvo siempre la posible recuperación futura, siendo evidente que ello es consecuencia obligada del principio de protección y salvaguarda de los intereses del hijo menor que preside toda la regulación sobre la materia”.

²⁰ SAP Toledo, de 28 de septiembre de 2000 [AC: 1992\1175]

²¹ STS de 24 de abril de 2000 [RJ 2000/2982]

²² SAP Girona de 27 de enero de 1999 [AC: 1990/45]

²³ STS de 31 de diciembre de 1996 [RJ: 1996\9223]: “más que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil”.

La privación de la patria potestad es, debido a su gravedad, de carácter excepcional y debe aplicarse únicamente en casos extremos. Para establecerla no basta la simple constatación de un incumplimiento, aunque sea grave, de los deberes paterno-filiales, sino que esta medida se toma atendiendo a las circunstancias concurrentes y teniendo siempre presente que es lo más conveniente a los intereses del menor.

La doctrina del TS establece que el incumplimiento ha de ser grave o de notoria importancia, para lo cual debe valorarse tanto el hecho del incumplimiento como su reiteración en el tiempo.²⁴

La privación de la patria potestad exige la existencia y subsistencia de una causa grave, de entidad suficiente para acordarla, y de la razonable necesidad, oportunidad y convivencia de su adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e intereses del menor²⁵.

En relación con ello, la STS de 6 de julio de 1996 declara que la aplicabilidad del art. 170 CC debe ser objeto de una interpretación restrictiva, dado que es necesario que, en el caso concreto de que se trate, aparezca plenamente probado que el progenitor, al que se pretende privar de la patria potestad, haya dejado de cumplir los deberes inherentes a la misma.

Un resumen de lo expresado anteriormente es lo que establece la SAP de Baleares de 17 de abril de 1998²⁶, que manifiesta que la privación de la patria potestad no puede ser considerada como una sanción abstracta a la conducta indigna de sus titulares, pues sobre tal consideración prima el interés del menor. La privación judicial de la patria potestad exige, por un lado, la existencia y subsistencia, plenamente probada, de una causa graves, de entidad suficiente para acordarla, y por otro, la razonable necesidad, oportunidad y conveniencia de su actual adopción para la adecuada salvaguarda de la persona e interés del menor.

Son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales que estiman la privación de la patria potestad atendiendo a la falta de contacto e interés por el hijo durante un periodo temporal prolongado o por no atender a la satisfacción de las necesidades de los hijos, teniendo el progenitor medios para ello²⁷. Un ejemplo de ello es la SAP de Vizcaya, de 14 de marzo de 1996²⁸.

El TS, en su sentencia de 31 de diciembre de 1996 declara que *“repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha demostrado indigno”*²⁹

²⁴ STS de 6 de julio de 1996 [RJ: 1996\6608]: *“la medida adoptada se funda en uno de los más graves incumplimientos que imaginarse puedan respecto de la patria potestad”*.

²⁵ PADIAL ALBÁS, A. M^a., TOLDRÁ ROCA, M^a.D. *“Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia”* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.46-50

²⁶ SAP Baleares, de 17 de abril de 1998 [AC: 1998\847]

²⁷ LASARTE C. *“Derecho de Familia”* Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 335-337

²⁸ SAP Vizcaya, de 14 de marzo de 1996 [AC 1996\591]: *“Las causas por las que se solicitaba la privación de la patria potestad, relativas al incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, eran dos: no haber visitado a su hija, ni haberla tenido en su compañía, desde hace años hasta el punto de que se dice que ni siquiera la podría reconocer hoy día; y no haberse ocupado de su alimentación pese a haber tenido ingresos para ello”*.

²⁹ STS de 31 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9223]

Lola ha incumplido los deberes que la patria potestad trae consigo, dado que no ha velado por el menor, prueba de ello son los malos tratos que Lucas sufría, ni lo ha alimentado, tal y como requiere el art. 154 antes citado del CC, dado que tal y como indico el Doctor Castro, Lucas tenía claros síntomas de desnutrición.

Además, Lola tiene una posición de garante frente a su hijo, por su condición de madre de la víctima, ello se desprende también del art. 154 CC y sobre ella pesaba el deber de defender la vida y la integridad tanto física como psíquica del menor, de tan solo un año y unos meses de edad, cosa que no hizo al permitir que sus padres maltrataran a Lucas. Ello es una prueba más de que Lola no cumple sus deberes como madre ya que estando obligada, no impidió que su hijo fuera maltratado.

Por medio del proceso civil Lola puede ser privada de la patria potestad que ejerce sobre su hijo, Lucas. Esta medida la tomaría el Juez buscando siempre el mayor beneficio del menor. Teniendo en cuenta la situación de abandono que sufría Lucas por parte de su familia es evidente que la solución, buscando su mayor beneficio, no puede ser otra que alejarle de la misma.

Cabe tener en cuenta en este punto que la privación de la patria potestad puede ser temporal, y estaríamos entonces ante la suspensión de la misma. El Juez, por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad puede optar, en lugar de la privación de la misma, por su suspensión³⁰. La suspensión es de carácter temporal, pudiendo recuperarse la misma cuando cesa la causa que la motivó, tal y como establece el art. 170.2 CC *“los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”*³¹. Puede acordarse entonces la suspensión de la patria potestad sobre Lucas hasta que cese el estado de depresión en el que se encuentra su madre, Lola, tras la muerte del padre del menor, que fue el desencadenante de la actitud de Lola de maltratar y descuidar a su hijo.

³⁰BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *“Manual de derecho civil: Derecho de Familia”*, Bercal S.A., Madrid, 2013, p. 250

³¹LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGAFO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *“Elementos de derecho civil IV; Familia”*, Dykinson, Madrid, 2010 p.411

III. ¿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?

III.1. Introducción

En los casos como el presente en el que el menor es objeto de maltrato familiar, su interés exige la separación del núcleo familiar hasta que se demuestre que la situación familiar no resulta prejudicial³².

La finalidad tanto de la adopción como de la acogida es conseguir que los niños que están en situación de desamparo vivan en un entorno seguro, ya sea de forma temporal o definitiva.

El art. 172.1 párrafo segundo define que se entiende por situación de desamparo, estableciendo que se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Cuando la Entidad Pública a la que esté encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda (art. 172.1 CC).

La apreciación de desamparo y la asunción de la tutela administrativa conllevan como consecuencia la extracción del menor del ámbito familiar en el que el desamparo se produjo, así como a asunción por la entidad pública de la guarda sobre el menor desamparado. La asunción de la tutela por la entidad pública trae consigo la suspensión de la patria potestad a que estuviera sometido el menor declarado en desamparo³³.

El art. 11.2 apartado c) de la LOPJM configura la integración familiar como principio rector de la actuación de los poderes públicos. Hablamos en este punto del acogimiento, que es la forma en que se ejerce la medida de protección asumida respecto a los menores que se encuentran en situación de desamparo y que tiene como fin la integración provisional del menor en otro núcleo familiar o en un Centro de Menores.

La SAP de Ávila de 29 de junio de 1996³⁴ dispone que el acogimiento puede ser definido *“como aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados –aunque sea circunstancialmente- de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales.”*

³² UREÑA MARTÍNEZ, M. *“Malos Tratos a menores en el ámbito familiar”* Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 64-65

³³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* Colex, Madrid, 2013, pp. 409-411.

³⁴ SAP Ávila de 29 de junio de 1996 [JUR: 1996\1470]

En la Comunidad de Madrid puede optar al acogimiento familiar toda aquella pareja o persona que, siendo mayor de 25 años y residente en la Comunidad, sea valorada como óptima en un estudio socio-familiar llevado a cabo por el equipo técnico del Área de Acogimiento Familiar del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

Debemos distinguir dentro del acogimiento entre la guarda con finalidad de adopción, que es lo que se conoce como acogimiento preadoptivo y la guarda con finalidad de reinserción, que es la conocida como acogimiento familiar simple, ya que ambas tienen finalidades distintas.

III.2. Guarda con finalidad de adopción: el acogimiento preadoptivo

En virtud de la adopción se atribuye al menor la condición de hijo del adoptante en cuya familia se integra con carácter pleno y definitivo.

La adopción es un recurso de protección de menores que produce entre adoptantes y adoptando un vínculo de filiación, al mismo tiempo que desaparecen los vínculos jurídicos entre el adoptando y su familia de origen.

Es firme e irreversible, cuando es ratificada por el juez, es una opción definitiva. Su carácter permanente ofrece seguridad y sentido de pertenencia. En la adopción se crean relaciones paterno-filiales y derechos patrimoniales iguales a los biológicos.

El art. 176 bis 1º CC 1 declara que la Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

Asignado un menor a una determinada familia para su adopción, la Comisión de Tutela del Menor, previamente a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial que la constituya.

Dicha delegación se realizará mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años. Se notificará a los progenitores o tutores si estos no han sido privados de la patria potestad o de la tutela del menor.

Los guardadores con fines de adopción tienen los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares, pudiendo los mismos realizar todos los actos de la vida cotidiana, como si tuvieran las facultades de la tutela que ostenta formalmente la Comisión de Tutela del Menor. Solo en los casos de alguna actuación que exceda lo cotidiano, como puede ser, por ejemplo, el caso de una operación quirúrgica, la Comisión de Tutela deberá autorizarlo expresamente³⁵.

³⁵Cit. Vid. Comunidad de Madrid, Adopción Nacional: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1354415159714&language=es&pagina_me=ComunidadMadrid%2FEstructura&pv=1142358131570

Mediante el acogimiento preadoptivo se da cobertura jurídica al cuidado del menor durante el periodo de tramitación y hasta la constitución judicial de la adopción, permitiéndose la convivencia de los menores con sus futuros adoptantes³⁶.

La finalidad de esta medida es permitir evaluar la conveniencia de constituir la adopción ente el menor y quienes lo tuvieron en acogimiento, o dicho de otro modo, es un medio para poder apreciar las posibles dificultades que puedan surgir en la adaptación del menor a su nueva familia³⁷. Se trata de una preparación da la adopción antes de que esta resulte definitiva e irrevocable.

Teniendo en cuenta lo expuesto podemos considerar que esta es la medida más adecuada a los intereses de Lucas por los siguientes motivos: queda probado que los malos tratos que este recibía no eran solo por parte de su madre, puesto que en ellos también participaban sus abuelos, y dado que su familia por parte paterna había fallecido, carece el menor de quien lo proteja y lo cuide dentro de su ámbito familiar.

Además, la guarda con finalidad de reinserción en su familia biológica puede no ser la medida más apropiada si lo que buscamos es el mayor beneficio del menor, debido a que es una medida de carácter temporal, y esta temporalidad puede provocar en el niño sentimientos de inseguridad y ansiedad, impidiendo en algunos casos que llegue a integrarse en el seno de su familia acogedora. También se puede provocar en el menor un conflicto entre su familia acogedora y su familia biológica e incluso, el acogimiento puede interferir en la relación del menor con su familia biológica, y más aún, teniendo en cuenta que el menor no tiene todavía ni dos años de edad.

Ejemplo de ello es la SAP de las Islas Baleares, de 8 de noviembre de 2010³⁸ que dispone en un caso de adopción que *“lo más beneficioso para los hijos es que continúen con la familia acogedora en la que disfrutaban de estabilidad en un entorno familiar adecuado y que los menores no desean abandonar, por lo que el principio de prevalencia inicial de la familia natural, debe ceder ante el del “favor minoris”, que es el eje decisorio que debe presidir las presentes controversias”*.

También cabe recordar que el desencadenante de los malos tratos que Lucas sufría por parte de su madre es la depresión que esta padecía, no siendo tratada para ello. En este punto nos tenemos que plantear que, dado el largo período de recuperación que una depresión trae consigo, la reinserción en la familia biológica se produciría años más tarde, y, teniendo en cuenta que Lucas apenas tiene un año y unos meses de edad, es probable que para entonces no reconozca a Lola como su madre, y que reconozca como tales a sus padres de acogida, produciendo para el menor un desconcierto que lo retiren de la familia que lo ha cuidado a lo largo de su vida.

Por todo ello podemos concluir que la guarda con finalidad de adopción es la medida más beneficiosa para un menor de edad tan corta como es Lucas.

³⁶ HERAS HERNÁNDEZ, M^o M. *“El acogimiento convencional de menores, aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales”* Montecorvo S.A., Madrid, 2002, pp.80-81

³⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* op. cit. p. 41

³⁸ SAP Islas Baleares, de 8 de noviembre de 2010 [AC: 2010\2102]

III.3. Guarda con finalidad de reinserción: el acogimiento familiar

El propósito de la acogida es cuidar temporalmente a un niño dándole el apoyo, el afecto y cuidados que necesita y facilitar que en algún momento pueda volver con su familia biológica si las circunstancias de ésta lo permiten.

La diferencia principal que se produce respecto de la adopción es que con la adopción se produce una integración plena en la familia también desde el punto de vista jurídico, dado que la adopción es una de las formas de adquirir la filiación, cosa que no ocurre con el acogimiento familiar, pues en este caso no se produce una ruptura jurídica con la familia de origen.

Prueba de ello es que en esta medida de acogimiento los padres biológicos conservan el derecho de relacionarse con el menor acogido, excepto que una resolución judicial dictamine lo contrario, por lo que la familia acogedora tiene obligación de permitir y facilitar las visitas de los padres biológicos en los términos que establezca la Comisión de Tutela del Menor.

Dentro del ámbito del acogimiento nos encontramos con dos clases, por un lado tenemos el acogimiento familiar y, por otro lado, el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública, mientras que el acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor³⁹.

El acogimiento residencial supone la integración del menor desamparado en un centro público dedicado a la protección de menores. Cuando se trate de este tipo de acogimiento se procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible, salvo que este internamiento sea lo más conveniente atendiendo al interés del mismo.⁴⁰ Por tanto, como regla general, el acogimiento residencial constituiría una medida excepcional y de carácter provisional.

En relación con el acogimiento residencial el art. 21.3 de la LOPJM manifiesta que con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años. El acogimiento residencial no se acordará para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor.

Tratándose de menores entre 0 y 3 años, el Instituto Madrileño del Menor y la Familia aconseja que su permanencia en los centros de protección sea del menor tiempo posible dadas las necesidades físicas, afectivas y sociales que presenta el niño en esta etapa de la vida⁴¹. Por ello, podemos observar que en el presente caso el acogimiento residencial

³⁹ LASARTE C. “*Derecho de Familia*” op. cit. p. 375

⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., “*Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia*” op. cit. p.415

⁴¹ Cit. vid. Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, e.i.: www.madrid.org

no sería una medida que se pudiese acordar, ni teniendo en cuenta el mayor interés de Lucas, ni teniendo en cuenta el mayor interés de Lola, dado que Lucas no llega a los dos años de edad y no sería lo más conveniente para su correcto desarrollo estar internado en un centro.

En el acogimiento familiar es la familia de acogida quien desempeña el cuidado del menor de manera temporal, comprometiéndose a ocuparse no sólo de su sustento sino también de su formación personal y educativa, hasta que el menor pueda regresar con su familia biológica.

En el acogimiento familiar es más fácil ofrecer a los menores el tipo de relaciones emocionales estrechas, personalizadas y con continuidad que son características del contexto familiar.

El Instituto Madrileño del Menor y la Familia asegura que las necesidades y las carencias pasadas del menor, al encontrarse en un entorno reducido como es el de la familia, son captadas más fácilmente por los adultos, lo que conlleva una mayor satisfacción por parte de los menores.

El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena. El acogimiento en familia extensa es la primera opción a considerar cuando un menor debe ser separado de sus padres, por ello podemos decir que lo normal sería pensar que lo más beneficioso para el menor sería un acogimiento dentro de su propia familia, pero en el supuesto que se nos presenta podemos observar que eso no es así dado que la única familia que se le conoce a Lucas son sus abuelos maternos (ya que su familia paterna ha fallecido en un accidente de tráfico) quienes, cabe recordar, eran sabedores de los malos tratos que su hija Lola ejercía sobre el menor y, además de no actuar, decidieron en varias ocasiones participar en los mismos. Por ello debo decir que en el supuesto que se nos plantea la medida más adecuada a los intereses de Lucas no sería en ningún caso el acogimiento familiar en familia extensa, es decir, dentro de su propia familia.

El acogimiento en familia ajena se da cuando no es posible o no es conveniente para el menor que su familia extensa se haga cargo de él. Esta modalidad de acogimiento no implica que el menor rompa las relaciones con sus padres biológicos.

De acuerdo con lo establecido en el art. 173 bis apartado 2 CC el acogimiento familiar puede ser de varios tipos, dependiendo de cuál sea su duración y los objetivos que se pretenden conseguir con el mismo. Esta distinción fue introducida por la disposición final 7 de la LO 1/1996, pero en su redacción original se distinguía entre acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo. Es con el art. 2.17 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴² cuando el citado precepto se modifica quedando los tipos de adopción establecidos de la siguiente forma:

Por un lado tenemos el acogimiento familiar de urgencia, que está diseñado principalmente para menores de seis años, y para el que se prevé que tendrá una

⁴² BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015

duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

Por otro lado tenemos el acogimiento familiar temporal, que es una medida de carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Para este tipo de acogimiento se prevé una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

Por último nos encontramos con el acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor. Esta modalidad de acogimiento suele estar condicionada por la edad y las características especiales del menor.

Conforme al art. 20.2 de la LO de Protección Jurídica del Menor el acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, haciendo una previa valoración de la adecuación de la familia para dicho acogimiento.

En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia.

Como ya he adelantado en el apartado anterior, el problema que nos plantea este tipo de acogimiento es que, dada la corta edad de Lucas, se creen vínculos afectivos entre este y la familia de acogida que no existen entre él mismo y su madre y familia biológica, dado que cabe recordar que en el supuesto que se nos plantea el menor apenas llega a los dos años de edad.

Los especialistas tienden a reconocer que no se establecen relaciones paterno-filiales, ya que se trata de una relación tutelar establecida por una Entidad Pública, pero, como ya he dicho, la corta edad del menor puede llevar a que este considere como familia biológica a su familia adoptiva y no a la que en verdad lo es.

Si pienso en cuál es la medida más beneficiosa respecto a los intereses de Lola, como madre, entiendo que será que su hijo vuelva a estar con ella una vez que cese la situación que provocó los malos tratos del menor, es decir, el estado de depresión en el que Lola se encontraba, siendo por ello la medida más acorde el acogimiento con finalidad de reinserción.

Sin embargo, considero que en el presente caso, si Lola, como madre, lo que busca es el mayor interés de su hijo Lucas, la medida que se debe acordar no es la guarda con

finalidad de reinserción, sino la que tiene como finalidad la adopción, puesto que, recordemos una vez más, Lucas apenas tiene dos años de edad, y es muy probable que, cuando se produzca la reinserción con su familia biológica, que será en un largo plazo mientras no cese el estado de depresión en el que se encuentra Lola, este rehúse de ella por no entenderla como tal, dado que con tan corta edad no puede distinguir cuál es tu familia biológica y cual tu familia adoptiva. Puede darse en este caso que Lucas considere como su familia a quien lo ha criado, que ha sido la familia adoptiva.

Un caso similar es el que nos relata la STS de 20 abril 1987⁴³, en el que una madre quiere recuperar a su hija que dio en adopción y el Tribunal estima que *“la integración de la menor, en un círculo familiar, estable, afectivo, responsable y holgado desde el mismo día de su nacimiento, hace ya más de trece años, desemboca en un ambiente más beneficioso para los intereses superiores de la menor, y cuyo desplazamiento tardío habría de suponer un desequilibrio emocional y educativo”*.

En relación con lo anterior, también la STS de 6 febrero de 2012⁴⁴, establece que *“el padre biológico es un completo desconocido para el niño y sería sumamente pernicioso para él no continuar con el procedimiento de adopción”*.

Por ello considero que, si Lola lo que busca es el mayor interés de su hijo, debe optar porque el menor permanezca con su familia adoptiva, que es quien lo ha criado, a pesar de la medida más beneficiosa para ella, siendo egoísta, sea la reinserción en su familia biológica y volver a tener a su hijo consigo.

⁴³ STS de 20 abril de 1987 [RJ: 1987\2717]

⁴⁴ STS de 6 de febrero de 2012 [RJ: 2012\4522]

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

IV.1 Introducción.

Debido a al carácter irrevocable de la adopción que le otorga el art. 180.1 CC, se hace necesario que antes de tomar una medida relativa a la misma se esté totalmente seguro por parte de la entidad que la toma de que esta es la medida más conveniente teniendo en cuenta las circunstancias o características concretas de cada caso. Antes de acordar dicha medida, debe observarse si se cumplen todos los requisitos que se exigen para que se acuerde la adopción, y, además debe comprobarse si la familia elegida es la más adecuada teniendo en cuenta el mayor interés del menor.

En los siguientes apartamos vamos a desarrollar si, durante este tiempo de guarda mientras no se da al menor en adopción, se puede denegar la adopción y por tanto dar al menor en adopción con otra familia y, si de ser así, si su familia biológica podría recuperar su patria potestad y, con ella, su guarda y custodia.

IV.2 Adopción con otra familia

El tiempo transcurrido durante el denominado acogimiento preadoptivo, es decir, el que transcurre desde que se otorga la guarda con finalidad de adopción hasta que se da al menor en adopción, en el cual adoptantes y adoptando conviven, nos permite evaluar la conveniencia o no de constituir la adopción ente el menor y quienes lo tuvieron en acogimiento.

De ello podemos entender que este periodo temporal es un cauce que nos permite saber si la familia con la que convive el menor es la más adecuada para su adopción y también permite al juez tener un margen para determinar si esta familia es la más idónea o no teniendo siempre en cuenta el mayor interés o beneficio del menor.

A diferencia de la adopción, que tiene carácter irrevocable, el acogimiento, dentro del cual encontramos el acogimiento familiar previo a la adopción o acogimiento preadoptivo, es revocable.

A pesar de que cuando se inicia un procedimiento de adopción se otorga una declaración de idoneidad por la Entidad Publica que lo propone, el juez no está vinculado por dicha propuesta administrativa de adopción, pudiendo rechazar al candidato o candidatos propuestos por la Entidad Pública, ya que es a él a quien corresponde en ultimo termino decidirlo, tal y como establece el art. 176.1 CC en última instancia será el juez quien decidirá, en interés del menor, teniendo en cuenta la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad; así también lo establece la SAP de Sevilla de 6 noviembre del 2000⁴⁵.

⁴⁵ SAP Sevilla de 6 de noviembre del 2000 [JUR 2001\32690]: *“el doble control del requisito de la idoneidad, el administrativo y el judicial, en los casos en los que se exige la propuesta previa de la entidad pública, resulta claro y evidente de lo dispuesto en el artículo 176 del mismo código, que viene a*

El juez puede llevar a cabo cuantas diligencias de prueba estime oportunas para asegurarse de que la adopción resultará beneficiosa para el menor. En aras de comprobar la idoneidad del adoptante o adoptantes el juez puede realizar actos de investigación que le permitan valorar la pertinencia o no de la adopción interesada⁴⁶.

Por ello podemos ver que si es posible que se dé a Lucas en adopción a otra familia a pesar del tiempo que ya ha convivido con Roberto y Jorge dado que, pese a que la Entidad los declaro idóneos para la adopción, el Juez, a la vista del periodo de convivencia y de cualquier otra circunstancia, puede declarar que la pareja no es idónea y por tanto otorgar a Lucas a otra familia adoptiva.

La SAP de Zaragoza, de 15 febrero de 2000⁴⁷ establece que el hecho de que se considere a los actores válidos para el régimen de acogimiento no implica que lo sean para la adopción al establecer ésta una relación permanente de filiación con consecuencias más decisivas, debiendo ser los requisitos mayores.

Si en este período de convivencia el Juez observa que los adoptantes no realizan correctamente los deberes inherentes a la patria potestad puede revocar la adopción, constituyendo una nueva adopción del menor en otra familia.

Además, el art. 173.4 CC en el apartado c) establece que la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, puede establecer mediante resolución el cese del acogimiento por considerarlo necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor, teniendo para ello que buscar una nueva familia de acogida para el menor.

También puede darse al menor en adopción a parientes suyos si los mismos estuvieren en condiciones de acogerle en su propia familia y así lo solicitasen, que no es el caso dado que Lucas no cuenta con parientes aptos para realizar la adopción.

IV.3 Recuperación de la patria potestad por su familia biológica

Aunque no es fácil, si tanto la Entidad Pública como el Juez consideran que las causas que desencadenaron en la privación de la patria potestad han cambiado de tal forma que la convivencia entre el menor y su familia es totalmente factible puede acordarse, teniendo siempre en cuenta el interés del menor, el regreso a su familia biológica.

Así lo establece el art. 170 CC en su párrafo segundo, donde se declara que los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

señalar que es el Juez, en última instancia, quien decidirá, y del hecho de la previsión expresa, en la disposición adicional 1, 2ª de la Ley Orgánica 1/1.996, de la reclamación -judicial frente a la resolución de la entidad pública acerca la idoneidad de los adoptantes”.

⁴⁶ FLUITERS CASADO, R. “Acogimiento y adopción” Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1996, p. 137.

⁴⁷ SAP Zaragoza de 15 de febrero de 2000 [AC 2000\2685]

Nos encontramos aquí con un dilema pues, tal y como señala la STS de 31 julio 2009⁴⁸, existen en la jurisprudencia dos vertientes contradictorias: en que algunas audiencias provinciales estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideran que para decidir sobre la legalidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que ésta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción. Por el contrario, otras audiencias provinciales valoran el interés del menor por encima de la posibilidad de reinmersión en su familia biológica y consideran que las circunstancias que deben tenerse en cuenta son fundamentalmente las que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir.

La AP de Almería en su sentencia fechada el 23 de febrero de 2009⁴⁹ ordena que una niña de seis años, que se encontraba en un acogimiento preadoptivo, regrese con padre porque es lo mejor para la menor. Además, reconoce el Tribunal la lucha de este padre para recuperar a su hija, ya que jamás abdicó de su voluntad para poder tener a la menor consigo.

Esta decisión es excepcional dado que son numerosas las sentencias que deniegan que los hijos regresen con sus padres, y ello es en gran parte debido a que, dado el tiempo transcurrido en acogimiento con la familia adoptiva, los menores no quisieren regresar a su familia biológica.

Un reflejo de lo anterior es lo establecido en la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2007⁵⁰ en la cual se deniega a la madre biológica del menor la recuperación de la patria potestad, a pesar de un cambio en las circunstancias, declarando que la convivencia prolongada de los menores con su familia de acogida ha desarrollado en los menores sentimientos hacia la misma, considerándola como un ideal de familia, razón por la cual declara el Tribunal que lo más conveniente para los menores es permanecer con la misma y no regresar con su familia biológica.

En relación con ello la SAP de Barcelona de 15 de mayo de 2007⁵¹ nos muestra como un menor que se encuentra en régimen preadoptivo identifica como su propia familia a su familia de acogida, por ello considera el Tribunal que el menor no debe volver con los padres biológicos, a pesar de que ha cambiado la situación que propició su desamparo, dado que esto le causaría una inseguridad, perturbando el equilibrio alcanzado tras años de cuidados y atención por parte de los acogedores.

⁴⁸ STS 31 de julio de 2009 [RJ 2009\4581]

⁴⁹ SAP Almería de 23 de febrero de 2009 [JUR: 2010\351403]

⁵⁰ SAP Barcelona de 25 de enero de 2007 [JUR: 2007\192687]: *“la convivencia de los menores durante tan prolongado período de tiempo con los acogedores ha contribuido a solidificar una situación sentimental y afectiva de los niños en un entorno concreto, que realiza para ellos el esquema ideal y creativo de la familia, al ser éste, en el momento actual, su único referente parental, lo que implica, acorde con lo ya en día apuntado, la imposibilidad de retorno de los menores con su madre biológica, y, por tanto, cualquier remoción o separación de éstos respecto de los acogedores, superponiendo vínculos puramente biológicos, sin suficiente contenido espiritual, a realidades concretas de amor, que desde el remedio del acogimiento preadoptivo y de la futura adopción enriquece tanto a acogedores como a acogidos, equivaldría o representaría la negación del fundamental principio aludido del "favor minoris", resultando, en consecuencia, el acogimiento preadoptivo la medida más adecuada para la protección de los niños”.*

⁵¹ SAP Barcelona de 15 de mayo de 2007 [JUR: 2007\295996]

Esta sentencia relata un caso similar al de Lucas, pues el menor también tiene corta edad cuando se produjo el acogimiento, concretamente de 10 meses, y, como se establece en la sentencia, para el menor su único entorno familiar es el de la familia acogedora, pues ha pasado con ella prácticamente toda su vida

Concretamente la sentencia dice lo siguiente: *“el menor se encuentra totalmente integrado en una familia acogedora desde que tenía 10 meses de vida, cuando en la actualidad cuenta ya con 4 años y medio de edad y que su madre -que ahora pide su guarda-, hace más de 3 años que ni siquiera ha visto al niño, lo que evidencia que para el menor su único entorno familiar, en todos los ámbitos y aspectos de su vida, es el de la familia acogedora, con quienes, además, está alcanzando un desarrollo físico y psíquico plenamente adecuado”*.

V. ¿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?

V.1. Introducción

Cuando ya no sea posible el retorno del menor a su familia biológica una de las medidas que se pueden adoptar es la adopción. Se trata de una medida dirigida a integrar plenamente al menor desamparado en otra familia distinta a la biológica. Podemos decir que la adopción es una institución jurídica que pretende reproducir la relación materno u paterno-filial de base biológica que una a los hijos con sus progenitores.

Cuando hablamos de adopción tenemos que tener en cuenta que es a una entidad pública a la que corresponde seleccionar a la familia adoptiva, y lo hará siguiendo unos requisitos formales y teniendo en cuenta una serie de criterios, entre los que debe prevalecer siempre en interés del menor⁵²

La adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, y así se reconoce en la legislación vigente en España. El art. 108.1 CC dispone que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción, estableciendo además en su párrafo segundo que la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la adopción ya no existen causas suficientes para establecer diferencias entre los hijos consanguíneos y los hijos adoptivos⁵³.

La Ley 21/1987⁵⁴, es la principal normativa dentro del tema de la adopción, puesto que a partir de ella se modifican determinados artículos del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC- en materia de adopción. La citada ley ha sido objeto de tres reformas parciales que han terminado por confirmar el régimen jurídico vigente que se contiene en el CC⁵⁵. La primera modificación es la introducida por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y afecta a aspectos sectoriales del articulado de la adopción. La segunda reforma se lleva a cabo por medio de la Ley 13/2005⁵⁶, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La tercera de las reformas procede de la Ley 54/2007⁵⁷, de 28 de diciembre, que regula la adopción internacional.

Cabe desatacar en este caso las segunda de las reformas, es decir, la que trae consigo la Ley 13/2005, por tener especial relevancia con el supuesto de hecho, puesto que esta norma posibilita la adopción dual por homosexuales.

⁵² ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A. *“Protección de menores, acogimiento y adopción”* Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 227

⁵³ LASARTE C. *“Derecho de Familia”* op. cit. p. 308

⁵⁴ BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987

⁵⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* op. cit. pp. 426-427

⁵⁶ BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005

⁵⁷ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007

V.2. Trámites para la consecución de la adopción

El vínculo adoptivo se constituye por resolución judicial, tal y como se establece en el art. 176.1 CC, y se ha de tener siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Pero, como desarrollaré a continuación, para iniciar el correspondiente expediente de adopción se exige una propuesta previa por parte de la entidad pública, además del consentimiento de determinadas personas, teniendo en cuenta que algunas de las mismas deberán asentir dicha adopción y otras deberán ser oídas para acordar la medida.

V.2.a) La propuesta previa de la Entidad pública.

El art. 176.2 CC dispone que para poder iniciar el expediente de adopción es necesaria una propuesta previa que se realice por medio de una Entidad pública a favor del adoptante o adoptantes. Corresponde a la Entidad pública declarar al adoptante o adoptantes como idóneos para el ejercicio de la patria potestad sobre el menor. Aunque la declaración de idoneidad suele realizarse con la propuesta previa también puede otorgarse con anterioridad a la misma.

En caso de divergencia de criterios entre la Entidad pública proponente y el Juez respecto de la idoneidad de los adoptantes habrá de prevalecer el criterio judicial, contemplando siempre el superior interés del menor⁵⁸.

Llegados a este punto cabe plantearse a que Entidad pública se refiere el citado precepto. Pues bien, es la propia Ley 21/1987, en su Disposición Adicional primera, especifica que las entidades públicas que esta Ley menciona son los organismos del Estado, las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de los menores. En el presente caso hablamos de la Comisión de la Tutela del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia.

Las CCAA, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, están autorizadas para habilitar, dentro de su territorio, Asociaciones o Fundaciones que desempeñen labores de colaboración de integración familiar.

Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las Instituciones colaboradoras están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados⁵⁹.

En ciertos supuestos se dispensa la exigencia de propuesta previa de la entidad a los efectos de promover el expediente de adopción. El art. 176.2 CC en su segundo párrafo establece cuatro excepciones al principio de propuesta de adopción por la Entidad pública, concretamente dispone que no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

⁵⁸ MÉNDEZ PÉREZ, J. “*La adopción*”, Bosh, Barcelona, 2000, p.163

⁵⁹ LASARTE C. “*Derecho de Familia*” op. Cit. pp. 313-314

- a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
- b) Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.
- c) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo.
- d) Ser mayor de edad o menor emancipado.

En estos cuatro casos se prescindiría de la propuesta previa de la Entidad pública y se pasaría directamente a la fase del consentimiento.

V.2.b) Consentimiento

Para poder constituir el vínculo adoptivo es necesario que ambas partes, es decir, el adoptante y el adoptando (solo si es mayor de doce años) consientan dicha adopción. Al respecto el art. 177.1 CC establece que la adopción habrá de ser consentida, en presencia del Juez, por el adoptante o adoptantes y por el adoptando, si este es mayor de doce años.

Por todos es sabido que la capacidad de obrar plena en el ámbito civil se consigue con la mayoría de edad, tal y como dispone el art. 322 CC, pero, podemos observar como en el caso de la adopción se permite al mayor de doce años prestar consentimiento, lo que supone una excepción a la capacidad de obrar general. Ello obedece a que, debido al carácter personalísimo que tiene dicho consentimiento, se hace necesario propiciar la decisión del menor antes de constituir un vínculo que debe responder a su propio interés, tal y como establece el art. 176 CC en su punto primero, y a que esta decisión tiene carácter irrevocable, y así lo dispone el art. 180 CC también en su punto primero.

El consentimiento al que se refiere el art. 177.1 CC debe entenderse como la declaración de voluntad del adoptante o adoptantes y, en caso de ser mayor de doce años, del adoptando. Por lo que se refiere al adoptante o adoptantes, el consentimiento supone la emisión de una declaración en la que manifiesta su voluntad de adoptar a alguien en particular y, por lo que se refiere al adoptando, dicho consentimiento supone la emisión de una declaración en la que se exprese su voluntad de querer ser adoptado por alguien en concreto.

En el supuesto que se nos plantea no es necesario que Lucas preste este consentimiento dado que no tiene los doce años de edad que se le exigen para que el consentimiento sea preceptivo.

El consentimiento es obligatorio, y así lo establece la SAP de Castellón de 4 de octubre de 2013⁶⁰: *“no se puede prescindir del consentimiento prestado por los adoptantes personalmente en el procedimiento de constitución de filiación adoptiva”*.

En relación con el aspecto formal en que habrá de emitirse las declaraciones de voluntad que conforman el consentimiento para adoptar el propio art. 177 CC en su apartado

⁶⁰ SAP Castellón, de 4 de octubre de 2013 [AC: 2013\558]

primero establece que ambos consentimientos para llevar a cabo la adopción han de emitirse en presencia del juez⁶¹

El juez no podrá aprobar que se constituya la adopción si no hay consentimiento del adoptante o adoptantes y del menor en el caso de que sea preceptivo. Así lo expresa el TS en su sentencia de 19 de febrero de 1988 que dispone que el consentimiento propiamente dicho, que deben de prestar el adoptante y del adoptando mayor de catorce años constituye un requisito esencial, cuya ausencia producirá la inexistencia del mismo por aplicación del artículo 1261 del Código Civil⁶².

El consentimiento deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias

V.2.c) Asentimiento

Nuestro CC exige en materia de adopción que tanto el cónyuge del adoptante como los padres del menor asientan dicha adopción, y ello así lo exige el art. 177 en su apartado segundo, que dispone que *“Deberán asentir a la adopción: 1.º El cónyuge... 2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado...”*. El motivo de esta exigencia se debe a que estas personas, sin ser propiamente sujetos del vínculo adoptivo, resultan afectadas por la adopción que se pretende constituir.

Pues bien, como establece el art. 177 CC deberá asentir la adopción, en primer lugar, el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta. El motivo por el cual se exige el asentimiento del cónyuge del adoptante es debido las consecuencias de tipo personal y patrimonial que la adopción ocasionará en los intereses familiares comunes a ambos cónyuges, por ello se excluye el asentimiento cuando entre ambos medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

En segundo lugar, el art. 177 CC establece que deberán también asentir la adopción los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. La razón de este asentimiento es que los padres del adoptando no emancipado son titulares de la patria potestad sobre el menor, la cual se extinguirá por virtud de la adopción, por ello no será necesario en los casos en que se halle privada de la misma (en la SAP de Murcia de 25 abril de 2007⁶³ se establece que no es necesario el asentimiento de la madre que se halle privada de la patria potestad, bastará con que sea oída).

⁶¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* op. cit. p. 431

⁶² STS 19 de febrero de 1988 [RJ: 1988\1117]

⁶³ SAP Murcia, de 25 de abril de 2007 [JUR: 2007\262091]: *“Lo que ha de examinarse en este proceso es si la madre está o no incurso en causa de privación de la patria potestad, pues si se contesta afirmativamente, bastará con oírla el Juez, en el correspondiente expediente, antes de decidir si aprueba o no la adopción interesada, ya que no será necesario su asentimiento”*.

También se excluye el asentimiento a los progenitores si estos se encuentran incursos en causa legal para ser privados de la patria potestad, tal y como se dispone en la STS de 6 de febrero de 2012⁶⁴.

En la SAP Murcia, de 4 abril de 2012⁶⁵ se establece que: *“el padre simplemente debe ser oído en el expediente de adopción al estar incurso en causa de privación de la patria potestad, no siendo necesario su asentimiento”*. Lo que se intenta con esto es favorecer la constitución de la adopción en los casos de desamparo motivados porque los padres han incumplido los deberes inherentes a la patria potestad⁶⁶.

Podemos decir por ello que en el presente supuesto no sería necesario el consentimiento de la madre del menor, Lola, por hallarse la misma privada de la patria potestad de Lucas.

La LEC establece en su art. 781.1 un nuevo procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento de los progenitores en la adopción, cuya regulación es la siguiente: primero, los progenitores que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente expediente de adopción y manifestarlo así. Seguidamente, el Secretario Judicial, con suspensión del expediente, otorgará el plazo de quince días para la presentación de la demanda, para cuyo conocimiento será competente el mismo Tribunal.

Continúa el art. 177.2 CC estableciendo que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto. Ello responde a la finalidad de evitar decisiones precipitadas debido al carácter irrevocable de la adopción una vez constituida. En palabras del TS⁶⁷ *“Las razones de esta cautela legal, se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño”*.

Establece también el citado precepto que tampoco será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción. Por ello se permite obviar el trámite del asentimiento en los caso de fallecimiento, ausencia, incapacidad y falta de juicio suficiente por parte de quién habría de asentir la adopción.

Al contrario que en el consentimiento, establece la STS de 20 abril de 1987⁶⁸ que *“el «asentimiento» que deben de prestar determinadas personas, entre las cuales figuran el padre y la madre del adoptado menor de edad sujeto a la patria potestad, que tiene la naturaleza de una «condictio iuris», cuya ausencia puede producir una «ineficacia condicionada» del negocio adoptivo, en cuanto el legislador deja al arbitrio del juez la*

⁶⁴ STS de 6 de febrero de 2012 [RJ: 2012\4522]: *“el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada”*.

⁶⁵ SAP Murcia de 4 de abril de 2012 [JUR:2012\158516]

⁶⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* op. cit. pp.431-433

⁶⁷ STS 21 de septiembre de 1999 [RJ: 1999\6944]

⁶⁸ STS de 20 abril de 1987 [RJ:1987\2717]

posibilidad de decretar o no dicha ineficacia (...)el mencionado Art. 173 no sanciona con nulidad la carencia del «asentimiento»”

En relación con lo anterior, la SAP de Cádiz de 5 de abril de 2002⁶⁹ dispone que *“la negativa a prestar el asentimiento a la adopción del hijo biológico no supone un obstáculo para que el órgano jurisdiccional pueda entrar en el examen de cuál es el interés superior del menor adoptando y, por ende, dilucidar cuál es la resolución más adecuada en el supuesto que se analiza”*.

El asentimiento, al igual que el consentimiento, deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias

V.2.d) Audiencia

Junto con el consentimiento y el sentimiento el CC regula el trámite de la audiencia. Conforme a lo dispuesto en el art. 177.3 CC deberán ser oídos por el Juez:

- 1) Los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción.
- 2) El tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores.
- 3) El adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez.

De acuerdo con lo establecido tanto en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como en el art. 3.b de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid y el art. 9 de la Ley 1/1996 el menor tiene derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que este directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁷⁰.

La audiencia responde al fin de propiciar una adecuada valoración judicial del interés del adoptante⁷¹.

Tal como declara el TS cuando es preceptivo, el trámite de audiencia en la adopción constituye un defecto esencial que afecta a la validez de la adopción que se hubiera constituido⁷².

También declara el TS⁷³ que *“la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la unidad de la adopción, porque esta infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del art. 24.1 CE”*

⁶⁹ SAP Cádiz de 5 de abril de 2002 [JUR 2002\164008]

⁷⁰ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *“Constitución de la adopción: declaraciones relevantes”* Aranzadi, Navarra, 2000 p.176

⁷¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* op. cit. pp. 433-434

⁷² STS 27 de febrero de 1985 [RJ 1985\817]

⁷³ STS 9 de julio de 2001 [RJ: 2001\4999]

V.3. Tipos de adopción

En nuestro CC no regulan distintos tipos de adopción puesto que todas las adopciones que se otorgan en nuestro ordenamiento son plenas.

La única diferenciación en materia de adopción que encontramos en España actualmente nos la da el art. 178 CC. En el citado precepto se dispone que la adopción produzca la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptando y su familia de origen.

Pero a ello hay una excepción, que es la conocida como adopción abierta, y aparece regulada en el apartado 2 de este artículo donde se nos dice que, a forma de excepción, podrán subsistir los vínculos jurídicos con la familia del progenitor cuando se den unas determinadas circunstancias; que son las siguientes:

- a) Cuando el adoptando 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.
- b) Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptando mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

En su apartado cuarto se establece que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad a la que se someten los adoptantes deberá hacerse constar si aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

Estas visitas y comunicaciones no son irrevocables, es decir, pueden suspenderse. Están legitimados para solicitar su suspensión o supresión la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En el presente caso no sería lo más adecuado para Lucas que se optase por una adopción abierta, ya que, recordemos, el menor fue sometido a malos tratos por parte tanto de su madre como de sus abuelos maternos y seguir en contacto con ellos no sería la medida más beneficiosa para el desarrollo del menor.

VI. ¿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?

VI.1 Introducción

La suspensión del contrato de trabajo es la interrupción temporal de la prestación laboral sin quedar roto el vínculo contractual entre empresa y trabajador⁷⁴.

El art. 45 del Estatuto de los Trabajadores –en adelante ET- regula las causas por las cuales se puede extinguir el contrato de trabajo. En lo que aquí nos interesa el apartado d) del citado artículo establece que puede suspenderse un contrato laboral por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con lo establecido en el Código Civil o las leyes civiles de las CCAA que lo regulen.

Los efectos de la suspensión del contrato de trabajo es que deja sin efectos las obligaciones de ambas partes, es decir, el trabajador no tiene que trabajar y el empresario no tiene que remunerar su trabajo. En algunos casos el trabajador percibirá una prestación de la Seguridad Social sustitutoria de dicho salario⁷⁵.

VI.2 La suspensión del contrato de trabajo por adopción y el periodo de convivencia previa

Como ya hemos dicho una de las causas de suspensión que regula el art. 45 ET es la adopción y la guarda con fines de adopción o acogimiento. El precepto establece que se puede suspender el contrato de trabajo por adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos: que su duración no sea inferior a un año, que se trate de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Que el límite se haya establecido en seis años puede encontrar su explicación en las especiales necesidades que presenta un menor adoptado en su primera infancia.

En los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y de acogimiento la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este periodo resulta ampliable en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo, en los casos de adopción múltiple. En el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas.

Es importante tener en cuenta que el periodo de suspensión a que se tenga derecho no ha de disfrutarse obligatoriamente en su integridad, y ello es debido al carácter voluntario

⁷⁴RIVAS VALLEJO, M^a. P. “*La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*” Aranzadi, Navarra, 1999, p. 43

⁷⁵Cit. Vid. Ministerio de Empleo y Seguridad Social e.i. http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_1.htm

que tiene la suspensión, y, de optar por su ejercicio, podrá el trabajador hacer uso de este derecho por todo el tiempo señalado en la norma o por un tiempo menor⁷⁶.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados. Que los periodos sean ininterrumpidos quiere decir que no puede ser este periodo objeto de fraccionamientos o de interrupciones.

En relación con ello, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 75/2011, de 19 de mayo⁷⁷, ha establecido que en el supuesto de adopción, cuando ambos padres trabajen, el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante el período establecido corresponde indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro, mientras que si sólo uno de los padres es trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social el derecho al período de descanso laboral legalmente establecido le corresponderá a aquél en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso.

Estos periodos de suspensión podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

El derecho a la suspensión contractual por adopción de un hijo se debe al cuidado del hijo adoptado en la fase inicial de incorporación a su nueva familia. Por cuidado entendemos tanto el cuidado del menor en su primer tiempo de vida como el cuidado del menor en su primer tiempo de incorporación a la familia.

No hace falta agotar argumento alguno para mantener que cualquier hijo adoptado trae consigo una previa vivencia de abandono que hace especialmente necesario un periodo inicial de intenso contacto de los padres para que éste pueda establecer unos básicos lazos de afecto y confianza con su nueva familia.

La ley 8/1992⁷⁸ introdujo el inciso del último párrafo del art. 48.4 ET, en el que se le reconoce a los titulares un derecho de opción en cuanto al momento del disfrute del derecho, es decir, que dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, o bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o bien a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

En ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión, es decir, lo que esta previsión trata de explicar es la imposibilidad de que, por un mismo sujeto causante (el menor) y con la misma finalidad (atender a su cuidado en el momento de su incorporación a la familia) puede un trabajador tener derecho a la suspensión contractual en dos momentos distintos.

⁷⁶VIQUERIA PÉREZ, *“Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo”* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 114

⁷⁷STC de 19 de mayo de 2011 [RTC 2011\75]

⁷⁸BOE núm. 105, de 1 de mayo de 1992

Siendo un único proceso el trabajador podrá optar entre uno y otro, aunque la finalidad del descaso se entiende alcanzada en la primera fase y no se explique muy bien en la segunda⁷⁹

Ello lo explica la STSJ de Navarra de 5 de octubre de 1993⁸⁰, donde se establece que el acogimiento familiar se instaura para conseguir una progresiva adaptación mutua a la vida en común y familiar del adoptando y adoptantes, por lo que será en el tiempo inicial del acogimiento cuando puedan producirse los problemas de adaptación y la necesidad de cuidados más intensos que justificasen la concesión del permiso en ese momento con mayor fundamento, si cabe, que en el de la adopción.

Que se otorgue al trabajador la posibilidad de optar entre cualquiera de los dos periodos para solicitar la suspensión, bien sea con ocasión de acogimiento o bien con ocasión de la adopción, conlleva que el trabajador pueda ejercer el derecho a la suspensión cuando más convenga a su interés, con independencia de que se ese el momento en que se produzca la incorporación del menor a la familia o que esa incorporación se haya producido ya previamente.

Ello es criticado por Carmen Viqueira, quien considera que la facultad de opción que se concede a los trabajadores no es del todo coherente con la finalidad que trae consigo el derecho a la suspensión. Considera que para respetar esta finalidad, el art. 48 ET debería, por un lado, impedir el eventual doble disfrute y, por otro, establecer que el disfrute del derecho debe ir aparejado con el momento en que el menor se incorpora a la familia. Ello se vería cumplido si se señalase, por un lado, cual es el termino inicial del periodo suspensivo en los distintos supuestos de acogimiento y adopción, y estableciendo, por otro lado, que en los supuestos en los que a la adopción preceda un acogimiento la suspensión habrá de disfrutarse necesariamente, al amparo de la causa que implique la incorporación del menor a la vida familiar⁸¹.

A pesar de que la ley no establece expresamente los requisitos a los que deba sujetarse el válido ejercicio del derecho a la suspensión, si es verdad que el trabajador en el ejercicio de citado derecho se encuentra sujeto a las exigencias de buena fe, por lo que se hace necesario que se lo comunique al empresario con carácter previo, como bien establece la STSJ de Galicia, de 25 de agosto de 1992⁸².

Esta obligación de comunicar al empresario la suspensión si aparece recogida en el supuesto de los permisos, que para que estén válidamente constituidos requieren, según señala el art. 37.3 ET, previo aviso por parte del trabajador. Que se exija al trabajador comunicar al empresario el ejercicio del derecho al permiso es derivado de la idea de procurar a empresario la posibilidad de adoptar las medidas de reorganización necesarias para que la ausencia del trabajador no perjudique el proceso productivo. De ello podemos deducir que, si la norma protege el interés del empresario ante ausencias del trabajador de corta duración, con mayor motivo habrá de entenderse que se exija

⁷⁹ RIVAS VALLEJO, M^a. P. *“La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”* op. cit. p. 150

⁸⁰ STSJ Navarra, de 5 de octubre de 1993 [AS: 1993/4259]

⁸¹ VIQUEIRA PEREZ, C. *“Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo”* op. cit. pp. 75-76

⁸² STSJ Galicia, de 25 de agosto de 1992 [AS: 1992/4114]: *“la suspensión laboral no opera automáticamente sino que es necesario que el interesado comunique a la empresa de forma fehaciente la causa que ha de provocar la suspensión del contrato.”*

esta comunicación cuando el derecho que asiste al trabajador deviene en una ausencia de mayor duración, como es el caso de los supuestos de suspensión contractual, donde encontramos la suspensión contractual por adopción de un hijo.

Además es importante tener en cuenta que la adopción de un hijo no es un evento imprevisible, sino todo lo contrario, por lo que el trabajador puede perfectamente preverlo y comunicárselo al empresario con la suficiente antelación.

El trabajador que desee gozar de su derecho de suspensión del contrato laboral, tal y como se regula en el art. 48.7 ET, deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. Debemos entender que la comunicación previa del trabajador tiene por objeto permitir que el empresario adopte las medidas que estime oportunas para hacer frente a su ausencia, de ello podemos deducir que la antelación con la que debe efectuarse esta comunicación previa habrá de ajustarse al tiempo que, en cada caso, pueda estimarse que precisa el empresario para adoptar las medidas reorganizativas necesarias para suplir la ausencia del trabajador, lo que, a su vez, dependerá de la organización productiva de cada sector y del papel que desempeñe en esta organización el trabajador en cuestión, lo que desemboca en que se haga necesario que esta materia se desarrolle por los convenios colectivos de cada sector en concreto.

En la comunicación debe informarse al empresario del acaecimiento de la causa suspensiva además de su intención de ejercitar derecho, es decir, el caso de adopción y su intención de suspender el contrato laboral por esta causa. También se puede incluir en esta comunicación la fecha, aunque sea aproximada, en la que va a iniciarse la suspensión, así como si se pretende optar por la suspensión a jornada completa o a tiempo parcial y la duración que tendrá la misma.

De forma complementaria a la comunicación previa el trabajador deberá acreditar la debida existencia de la causa que origina la suspensión, es decir, habrá de acreditarse que la adopción ha tenido lugar. Ello podrá hacerse bien aportado la resolución judicial por la que se constituya la adopción o bien a través del libro de familia en el que debe figurar el menor como hijo del trabajador⁸³.

Como podemos observar, dentro de estos requisitos que se establecen para que se considere válida la suspensión del contrato laboral no se encuentra nada relacionado con la ausencia de una convivencia previa que justifique esa necesidad de adaptación familiar.

Además, debe destacarse, como hace la STS de 15 septiembre 2010⁸⁴ que entre los supuestos de denegación, anulación y suspensión del derecho de suspensión por maternidad o paternidad, donde se incluye también la otorgada por medio de la adopción, no figura la circunstancia de que el menor hubiera convivido con el adoptante con anterioridad al inicio del descanso y de solicitud de la correspondiente prestación.

Por todo ello podemos concluir que en el presente supuesto el contrato de trabajo de Roberto si puede suspenderse pues, como trabajador, el art. 48.4 ET le otorga la

⁸³VIQUEIRA PEREZ, C. *“Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo”* op. cit. pp. 112-121

⁸⁴STS de 15 de septiembre de 2010 [RJ\2010\7428]

posibilidad de poder elegir cuando optar por la suspensión, pudiendo elegir el mismo cualquiera de los dos períodos, según más le convenga, y dado que Roberto no ha solicitado ni disfrutado este derecho cuando se inició la convivencia con Lucas, puede optar por solicitar y disfrutar el mismo una vez que se dicte la resolución judicial que le otorga la adopción del menor, aunque previamente ya hubiese una convivencia entre el menor y su familia adoptiva, y no sea necesario este periodo de adaptación.

Además, Jaime, el jefe de Roberto, no puede negarse a otorgarle la suspensión alegando que ya existió convivencia previa con el adoptando, y que Lucas no necesita adaptación al entorno familiar y que Roberto llevaba unos casos muy importantes que no podía abandonar, pues ello implicaría una importante pérdida de ganancias, dado que Roberto se lo comunicó con la suficiente antelación para poder Jaime tomar las medidas adecuadas para el correcto desarrollo de su actividad empresarial.

VII. Conclusiones

A raíz de la investigación realizada para desarrollar el presente trabajo podemos concluir:

PRIMERA: constituye un hecho probado que el menor, Lucas, se encuentra en una situación de desamparo, dado que presenta claros síntomas de desnutrición y descuido. Ante esta circunstancia podemos decir que el Doctor Castro, como pediatra del menor, actuó de forma correcta, ya que tiene la obligación, como personal sanitario, de denunciar todas aquellas situaciones de maltrato que conozca, poniéndola así en conocimiento de los servicios sociales para que estos tomen la decisión que consideren más acertada procurando en todo momento el mayor interés de Lucas.

SEGUNDA: a consecuencia de esta denuncia se abrió contra los autores que originaron la situación de desamparo de Lucas dos procesos.

Los abuelos de Lucas, María García Ares y Daniel García Rodríguez, pueden ser sancionados por un concurso real de los delitos de lesiones y violencia habitual en el ámbito familiar por participar en los malos tratos que sufrió el menor. Además, a consecuencia de dichos malos tratos que ejercieron contra su nieto, puede privársele de la patria potestad de su hija Lola.

Con respecto a la madre del menor, Lola, en el proceso civil puede ser privada de la patria potestad de Lucas, privación que puede ser temporal hablando entonces de la suspensión de la misma, pero queda claro en el presente caso, a mi parecer, que, si lo que buscamos es el mayor interés de Lucas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la medida más acorde es la privación, y no la suspensión, de la patria potestad.

TERCERA: ante la privación de la patria potestad de Lola, la Comisión de la Tutela del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia asume la tutela de Lucas, buscando entonces la medida que sea más acorde teniendo en cuenta sus intereses.

Si lo que tenemos en cuenta es el mayor interés de Lucas, la medida más acorde será el acogimiento con finalidad de adopción, que permita al menor integrarse en una nueva familia que lo cuide y proteja, evitando también el desconcierto que trae para los menores, sobre todo, el acogimiento con finalidad de reinserción, al separarlos de la familia que ellos consideran como propia a pesar de que sea adoptiva. Además también debemos tener en cuenta que Lucas, que apenas tiene un año y unos meses de edad, con quien realmente está creando vínculos afectivos es con su familia adoptiva y no con la biológica, por lo que alejarlo de la misma podría no ser lo más acertado si atendemos al mayor beneficio del menor.

Para Lola, la madre del menor, la medida más beneficiosa sería poder volver a tener a su hijo consigo y, por ello, el acogimiento con finalidad de reinserción. Por el contrario, opino que si como madre lo que busca es el mayor beneficio de su hijo, que es lo normal en toda relación materno-filial, también debe decantarse por el acogimiento preadoptivo, que es la medida más adecuada atendiendo a los intereses de Lucas.

CUARTA: debe tenerse en cuenta que el acogimiento, aunque sea preadoptivo, es revocable, por lo que a pesar del tiempo que Lucas convivió con Roberto y Jorge puede darse a Lucas en adopción con otra familia o incluso puede acordarse por el juez que Lola recupere la patria potestad si las circunstancias que originaron la privación de la misma han cambiado, cosa esta última que es difícil de conseguir dado que en ese periodo de privación el menor ha creado lazos con su familia adoptiva, por lo que el interés del menor entra en juego, y prima sobre los intereses de la madre, y en esas ocasiones, como ha venido reiterando la jurisprudencia, el menor tiende a considerar como su familia a la familia adoptiva, por lo que raramente el juez suele acordar la recuperación de la misma.

En cuanto a la adopción con otra familia, a pesar de que la Entidad Pública haya considerado a Roberto y a Jorge como idóneos, el juez en el procedimiento de adopción puede revocar esta idoneidad y declarar que lo mejor, teniendo en cuenta los intereses de Lucas, es constituir una nueva adopción del mismo en otra familia.

QUINTA: para que se formalice la adopción por Roberto y Jorge es necesario que la Comisión de la Tutela del Menor del Instituto Madrileño del Menor y la Familia los considere como idóneos y que el juez ratifique esta declaración. Los adoptantes, es decir, Roberto y Jorge deberán consentir la adopción, Lucas, al ser menor de 12 años, no necesita consentirla pero si deberá de ser oído en el trámite de audiencia. Lola no deberá asentir la adopción por encontrarse privada de la patria potestad del menor.

La adopción que se constituya tras este procedimiento será una adopción plena, a no ser que se opte por la modalidad de adopción abierta, algo que considero que no es lo más oportuno teniendo en cuenta el interés del menor pues seguir en contacto con su familia biológica no sería beneficioso para el mismo.

SEXTA: la adopción trae consigo el derecho de que los adoptantes gocen de un periodo de suspensión de su contrato laboral. Jaime, el jefe de Roberto, no puede negarse a otorgarle dicho periodo de suspensión alegando que ya existió convivencia previa con el adoptando, y que Lucas no necesita adaptación al entorno familiar, puesto que Roberto tiene derecho a solicitar la suspensión o bien cuando se inicie la convivencia con el adoptando o bien cuando se dicte la resolución administrativa que otorgue la adopción, siendo legalmente válido optar por un periodo como por otro.

Por tanto, y dado que lo ha hecho cumpliendo los requisitos de comunicación previa y de acreditación de la adopción, puede suspenderse el contrato de trabajo de Roberto en el momento en que le fuese concedida judicialmente la adopción de Lucas, aun teniendo en cuenta la convivencia previa.

BIBLIOGRAFIA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *“Manual de derecho civil: Derecho de Familia”*, Bercal S.A., Madrid, 2013

CASADO FLORES, J., DÍAZ HUERTAS, J.A., GARCÍA GARCÍA, E., GÓMEZ, J.E. Y RUIZ DÍAZ, M.A.:

- *“Atención al maltrato infantil desde los servicios sociales”*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Madrid
- *“Atención al Maltrato Infantil desde el ámbito sanitario en la Comunidad de Madrid”*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia

CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL CARMEN, *“La privación de la patria potestad, criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales”*, Práctica de Derecho S.L. Valencia, 2000

COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M., *“La violencia en el ámbito familiar. Aspectos jurídicos”* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001

Comunidad de Madrid, Adopción Nacional:
http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1354415159714&language=es&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&pv=1142358131570

Consejería de Familia y Asuntos Sociales, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, e.i.: www.madrid.org

Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, e.i.
<http://www.cgcom.es/deontologia>

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. *“Sistema de Derecho Civil: derecho de familia y derecho de sucesiones”* Tecnos, Madrid, 2006

ESPIAU ESPIAU, S., VAQUER ALOY, A. *“Protección de menores, acogimiento y adopción”* Marcial Pons, Madrid, 1999

FLUITERS CASADO, R. *“Acogimiento y adopción”* Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1996

GARCÍA PRESAS, I. *“La Patria Potestad”*, Dykinson S.L., Madrid, 2013

GONZALEZ CUSSAC, J.L., *“Derecho penal parte especial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *“Constitución de la adopción: declaraciones relevantes”* Aranzadi, Navarra, 2000

HERAS HERNÁNDEZ, M^o M. *“El acogimiento convencional de menores, aspectos legales, doctrinales y jurisprudenciales”* Montecorvo S.A., Madrid, 2002

Informe mundial sobre la violencia y la salud. Capítulo 3: Maltrato y descuido en los menores por los padres y otras personas a cargo. OMS, 2002

LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGAFO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *“Elementos de derecho civil IV; Familia”*, Dykinson, Madrid, 2010

LASARTE C. *“Derecho de Familia”* Marcial Pons, Madrid, 2013

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia”* Colex, Madrid, 2013

MÉNDEZ PÉREZ, J. *“La adopción”*, Bosh, Barcelona, 2000

Ministerio de Empleo y Seguridad Social e.i.
http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_16_1.htm

Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, e.i.
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

MORENO QUESADA, B., BUSTOS VALDIVIA, I., TRUJILLO CALZADO, M^a.I., BUSTOS VALDIVIA, C. *“Derecho civil de la persona y de la familia”* Comares, Granada, 2006

MÚÑOZ CONDE, F., *“Derecho penal parte especial”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

PADIAL ALBÁS, A. M^a., TOLDRÁ ROCA, M^a.D. *“Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia”* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

RIVAS VALLEJO, M^a. P. *“La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”* Aranzadi, Navarra, 1999

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. *“La privación de la patria potestad”* Atelier, Barcelona, 2006

UNICEF Comité Español, e.i. <http://www.unicef.es>

UREÑA MARTÍNEZ, M. *“Malos Tratos a menores en el ámbito familiar”* Aranzadi, Navarra, 2008

VIQUEIRA PEREZ, C. *“Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo”* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Constitucional:

STC de 19 de mayo de 2011 [RTC 2011\75]

Tribunal Supremo:

STS de 6 de febrero de 2012 [RJ: 2012\4522]

STS de 15 de septiembre de 2010 [RJ\2010\7428]

STS de 31 de julio de 2009 [RJ 2009\4581]

STS de 13 julio de 2006 [RJ 2006\9595]

STS de 23 mayo de 2006 [RJ 2006\3339]

STS de 9 de julio de 2001 [RJ: 2001\4999]

STS de 24 de abril de 2000 [RJ 2000/2982]

STS de 21 de septiembre de 1999 [RJ: 1999\6944]

STS de 31 de diciembre de 1996 [RJ: 1996\9223]

STS de 6 de julio de 1996 [RJ: 1996\6608]

STS de 19 de febrero de 1988[RJ: 1988\1117]

STS de 20 de abril de 1987 [RJ: 1987\2717]

STS de 27 de febrero de 1985 [RJ 1985\817]

Tribunal Superior de Justicia:

STSJ Navarra, de 5 de octubre de 1993 [AS: 1993/4259]

STSJ Galicia, de 25 de agosto de 1992 [AS: 1992/4114]

Audiencia Provincial:

SAP Zamora, de 31 de enero de 2017 [JUR: 2017\76242]

SAP Tenerife de 7 de abril de 2014 [JUR: 2014\770]

SAP Castellón, de 4 de octubre de 2013 [JUR: 2013\558]

SAP Murcia de 4 de abril de 2012 [JUR: 2012\158516]

SAP Islas Baleares, de 8 de noviembre de 2010 [JUR: 2010\2102]

SAP Almería de 23 de febrero de 2009 [JUR: 2010\351403]

SAP Barcelona de 15 de mayo de 2007 [JUR: 2007\295996])

SAP Murcia, de 25 de abril de 2007 [JUR: 2007\262091]

SAP Barcelona de 25 de enero de 2007[JUR: 2007\192687]

SAP Cádiz de 5 de abril de 2002 [JUR 2002\164008]

SAP Sevilla de 6 de noviembre del 2000 [JUR 2001\32690]

SAP Toledo, de 28 de septiembre de 2000 [JUR: 1992\1175]

SAP Zaragoza de 15 de febrero de 2000 [JUR: 2000\2685]

SAP Girona de 27 de enero de 1999 [JUR: 1990/45]

SAP Islas Baleares, de 17 de abril de 1998 [JUR: 1998\847]

SAP Ávila de 29 de junio de 1996 [JUR: 1996\1470]

SAP Vizcaya, de 14 de marzo de 1996 [JUR: 1996\591]

SAP León, de 29 de noviembre de 1995 [JUR: 1995\2229]

ANEXO I: Supuesto de hecho

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

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

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

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

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

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

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

Roberto mantiene una relación con Jorge desde hace 2 años. Jorge, de nacionalidad española y residencia habitual en Madrid, tiene una edad de 20 años y su profesión es camarero y, a su vez, estudiante universitario de arquitectura. Roberto y Jorge se encuentran registrados formalmente como pareja de hecho desde hace 1 año.

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

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

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