BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXIII | Núm. 2.221 | Julio de 2019

GOBIERNO DE ESPAÑA
MINISTERIO DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767
NIPO: 051-15-001-5
www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. https://cpage.mpr.gob.es

Contacto

Contacto Boletín

Suscripción al Boletín

Ministerio de Justicia

Edita
Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación
Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN
1989-4767

NIPO
051-15-001-5

Depósito Legal
M.883-1958

Ministerio de Justicia

PRESENTACIÓN

El **Boletín del Ministerio de Justicia** es una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio. Comenzó en 1852 con el título de *Boletín Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia*, y mediante Orden del Ministro de Justicia de 19 de febrero de 2009 se dispuso la edición electrónica del Boletín del Ministerio de Justicia cesando así su edición en papel. En la actualidad el Boletín del Ministerio de Justicia da un paso más hacia su consolidación como una revista electrónica que, manteniendo su rigor académico e informativo, se ajusta además a los criterios de calidad propios de una publicación de prestigio.

La Orden JUS/218/2018, de 23 de febrero, por la que se regulan las publicaciones oficiales periódicas del Ministerio de Justicia con contenido científico recoge, en su Disposición adicional primera, que «El Boletín del Ministerio de Justicia es también una publicación periódica oficial de carácter científico del Ministerio».

El Boletín del Ministerio de Justicia tiene periodicidad mensual, carácter multidisciplinar y está gestionado por un equipo directivo compuesto por un Director, un Secretario y un consejo de redacción. Publica estudios doctrinales referentes a todos los ámbitos del Derecho, recensiones de libros jurídicos, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, condecoraciones de la Orden de San Raimundo de Peñafort, traducciones de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Recomendaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El Boletín del Ministerio de Justicia está especialmente dirigido a los principales operadores jurídicos, pero también quiere ofrecer a la ciudadanía toda la información que pudiera ser relevante para facilitar el ejercicio efectivo de sus derechos, en general, y del derecho a la información, en particular.

El Ministerio de Justicia da, con esta iniciativa, un paso más en su política de transparencia hacia los ciudadanos en temas que son de su competencia.

Ministerio de Justicia

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos
Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca
Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excma. D.ª Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional
Catedrática de Derecho Civil
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.ª Magdalena Nogueira Guastavino
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.ª Nieves Fenoy Picón
Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach
Catedrático de Derecho Administrativo

D.ª Teresa Armenta Deu
Catedrática de Derecho Procesal

SUMARIO

AÑO LXXIII • JULIO 2019 • Núm. 2.221

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudios Doctrinales

SECCIÓN INFORMATIVA

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Recomenaciones de los Comités de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS[1]

LUCÍA VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ
Profesora contratada doctora (acreditada a titular de universidad)
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Resumen

En nuestro ordenamiento jurídico, los que primariamente y por disposición constitucional resultan encargados de velar por los intereses del menor de edad son sus padres y, con carácter secundario, los poderes públicos que actúan subsidiariamente, controlando la corrección de las funciones parentales. Esta actuación subsidiaria y excepcional de los poderes públicos es la que centra el presente estudio. En concreto, se aborda el análisis del sistema de protección jurídica del menor que se encuentra en situación de riesgo o desamparo, incidiendo especialmente en el primero y más importante de los principios que han de regir la actuación de los poderes públicos en la protección de la infancia y de la adolescencia: la prevalencia del interés superior del menor.

Palabras clave

Menores de edad; interés superior del menor; riesgo; desamparo; entidad pública; derecho a ser oído; guarda, acogimiento; adopción.

Abstract

In our legal system, those who primarily and by constitutional provision are responsible for ensuring the interests of the minor are their parents and, secondarily, the public

1 El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D «La construcción del Interés Superior del Menor desde una perspectiva jurídica y psicosocial. Hacia una visión integradora a la luz de la Ley Orgánica 8/2105», (Referencia: DER2017-88049-P), financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

Fecha de recepción: 04-06-2019. Fecha de aceptación: 02-07-2019

authorities that act subsidiary, supervising the good performance of parental functions. This subsidiary and exceptional action of the public authorities is the one on which the present study focus. Specifically, we address the analysis of the system of legal protection of minors who are at risk or abandonment, with special emphasis on the first and most important of the principles that must govern the actions of public authorities in the protection of children and adolescence: the prevalence of the child's best interest.

Keywords

Minors; best interest of the child; risk; abandonment, Public entity; right to be heard; care; fostering; adoption.

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

Sumario

1. La protección de los menores de edad: un deber de la familia y de los poderes públicos.

2. Marco jurídico del sistema de protección de menores.

3. El primer principio rector en materia de protección del menor: el interés superior del menor.
   - 3.1. Su nueva configuración legal tras la reforma de 2015.
     - 3.1.1. El interés del menor como derecho sustantivo.
     - 3.1.2. El interés del menor como principio general de carácter interpretativo.
     - 3.1.3. El interés del menor como norma de procedimiento.
     - 3.1.4. La determinación del interés superior del menor *ex* artículo 2 LOPJM.

4. El derecho del menor a ser oído y escuchado.

5. Actuación de los poderes públicos en situación de desprotección social del menor.
   - 5.1. Planteamiento general.
   - 5.2. Situación de riesgo: prevención, detección y reparación.
   - 5.3. Declaración de desamparo: asunción de la tutela administrativa *ex lege.*
     - 5.3.1. Definición de la situación de desamparo.
     - 5.3.2. Asunción *ope legis* de la tutela administrativa.
     - 5.3.3. Sobre el retorno del menor con su familia de origen.

6. Instituciones de guarda y protección del menor.
   - 6.1. La guarda.
     - 6.1.1. Guarda provisional.
     - 6.1.2. Guarda voluntaria o asistencial.
     - 6.1.3. Guarda judicial.
     - 6.1.4. Guarda de hecho.
   - 6.2. El acogimiento como figura para ejercer la guarda o tutela del menor.
     - 6.2.1. Principales novedades del acogimiento tras la reforma de 2015.
     - 6.2.2. Acogimiento familiar: tipos.
     - 6.2.3. Acogimiento residencial.
     - 6.2.4. Régimen de visitas del menor acogido.
   - 6.3. La adopción.
     - 6.3.1. Consideraciones previas.
     - 6.3.2. Requisitos para adoptar. Aptitud e idoneidad de los adoptantes.
     - 6.3.3. Guarda con fines de adopción.
     - 6.3.4. La voluntad de los interesados en la adopción.
     - 6.3.5. La adopción abierta.

7. Epílogo.

8. Bibliografía.

1. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD: UN DEBER DE LA FAMILIA Y DE LOS PODERES PÚBLICOS

La protección de los ciudadanos en el Estado social corresponde a los poderes públicos, que han de desplegar las políticas necesarias para que estos gocen de los derechos reconocidos en la Constitución. El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de alcanzar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos y ciudadanas. De ahí que el artículo 9.2 CE disponga: «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

Pero cuando hablamos de menores de edad, la protección se configura a través de un sistema mixto en el que participan tanto la familia como los poderes públicos, de tal manera que a la familia le corresponde en primera instancia atender a las necesidades básicas de los miembros que la integran, y a los poderes públicos, facilitar los medios adecuados para la realización de sus fines, además de asumir directamente su protección cuando las circunstancias lo requieran, como se verá después. Este planteamiento se pone de manifiesto en el mismo texto constitucional cuando, respecto a los menores, se dispone: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE)[2]. Como se puede observar, la obligación de los padres respecto de los hijos menores no se supedita a ninguna disposición legal, sino que viene impuesta directamente por el texto constitucional. De otro lado, en el mismo artículo se establece: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39.1 CE)[3].

Así pues, de entrada, se puede afirmar que la familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, su crianza, la protección de sus derechos y, en definitiva, de garantizar el libre desarrollo de su personalidad[4]. Pero también a los

2 El precepto en cuestión menciona únicamente a los padres, si bien es cierto que dicho mandato constitucional puede entenderse igualmente aplicable en el ámbito de la tutela ordinaria que se constituye en defecto de la patria potestad (arts. 222.1.º, 267 y 269 CC).

3 Siguiendo a *Perlingieri*, la noción de familia a la que alude la Constitución es una noción múltiple, digna siempre de tutela cuando representa un lugar de comunidad, un grupo idóneo para el desarrollo libre y pleno de las personas que lo componen. Desde tal perspectiva, es claro que dicha acepción no está ligada, necesariamente, al matrimonio; no solo y no tanto porque puede existir una familia no fundada sobre el mismo, sino porque existen otras formas de agregación familiar jurídicamente relevantes (*Perlingieri, P.*, «La familia en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Privado*, 1988, pp. 109-110).

4 Como establece el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN: «Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño».

Ministerio de Justicia

poderes públicos les corresponde, por su parte, garantizar la plenitud o eficacia de los derechos de los hijos menores, en la medida que nuestro Estado social tiene un deber de prestación directa hacia el menor de edad como ciudadano, que cumple mediante el despliegue de políticas de protección de la infancia tendentes a conseguir la plena efectividad de sus derechos. Además, sin perjuicio de ello, los poderes públicos deben también colaborar con los padres con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso el cumplimiento de sus responsabilidades respecto al menor; esto es, han de ayudar a la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia de los menores.

Y este modelo mixto por el que se ha optado en el diseño constitucional implica además el reconocimiento de la familia como organización social que realiza importantes funciones para sus miembros y para la colectividad y a la que también alcanza el imperativo constitucional de situarlas en condiciones de igualdad efectiva. Es decir, que cuenten con los medios necesarios para que sus miembros puedan disfrutar de sus derechos y puedan realizar las obligaciones que les han sido asignadas.

Ahora bien, es importante precisar que este sistema mixto quiebra cuando la familia, esencialmente los padres, no cumplen sus obligaciones parentales, pues en ese caso corresponde a los poderes públicos, conforme a los postulados del Estado social, asumir directamente la protección de los menores de edad. En efecto, no olvidemos que los poderes públicos están obligados a velar por que los responsables del menor cumplan debidamente los deberes inherentes a sus funciones de guarda, de tal forma que, si constatasen que el menor se encuentra en una situación de indefensión por el incumplimiento de los citados deberes, los órganos públicos competentes deberán intervenir y prestar al menor la protección necesaria. En todo caso, hay que entender que esta intervención directa de los poderes públicos sobre los menores tiene carácter excepcional, debiendo ser subsidiaria de la familia en lo que respecta a las obligaciones que a la misma le competen.

Por consiguiente, la familia se configura como el principal instrumento de protección del menor. No en vano, en toda la normativa sobre menores hay una clara preferencia por el modelo familiar como ámbito más idóneo para hacer efectiva la protección de la infancia. Por tanto, el Estado no puede prescindir de la familia, sino que debe cooperar con ella; unos y otros han de colaborar con objeto de alcanzar el grado de bienestar que corresponde al menor de edad. En definitiva, los que primariamente y por disposición constitucional resultan encargados de velar por los intereses del menor son sus padres, y, con carácter secundario, los poderes públicos, que actúan en dos sentidos: uno, directamente, implementando políticas de bienestar dirigidas a que pueda lograrse la plena efectividad de sus derechos; otro, subsidiariamente, es decir, controlando la corrección de las funciones parentales[5].

5 Roca i Trías, E., *Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona),* Civitas, Madrid, 1999, pp. 209-223.

Ministerio de Justicia

Esta actuación subsidiaria y excepcional de los poderes públicos es la que centrará el presente estudio. Así, abordaremos en lo que sigue el análisis del sistema de protección jurídica del menor que se encuentra en situación de riesgo o desamparo, incidiendo especialmente en una particular cuestión. En concreto, analizaremos cómo se articula el primero y más importante de los principios que ha de regir la actuación de los poderes públicos en la protección de la infancia y de la adolescencia; hablamos, casi huelga decir, de la prevalencia del interés superior del menor de edad.

2. MARCO JURÍDICO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES

En un trabajo como este, es importante destacar previamente cuáles son las normas que integran esencialmente el marco jurídico del sistema de protección de menores en España. Dicho marco viene determinado, en primer lugar, por el Código Civil, y, con carácter principal, por los artículos 172 y siguientes del mismo. Asimismo, hay tres leyes que son básicas en nuestra materia de estudio; por un lado, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), y, por otro, las más recientes Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante, LO 8/2015 y Ley 26/2015, respectivamente), que actualizan notablemente la anterior.

Respecto a la primera, la ley orgánica de 1996 supone, sin duda, un antes y un después en la protección jurídica del menor, toda vez que lleva a cabo una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil. Por lo que aquí nos interesa, esta Ley regula los principios generales de actuación frente a situaciones de desprotección social, incluyendo la obligación de la entidad pública de investigar los hechos que conozca para corregir la situación mediante la intervención de los servicios sociales o, en su caso, asumiendo la tutela del menor por ministerio de la ley. Se distingue, por primera vez, dentro de las situaciones de desprotección social del menor entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. De igual modo, se establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar. Subyace a lo largo de la ley una preocupación por agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que este no quede indefenso o desprotegido en ningún momento. Además, mejora sustancialmente la regulación del acogimiento familiar, subsanando las insuficiencias de que adolecía la regulación anterior; así, la ley orgánica de 1996 diferencia entre los distintos tipos de acogimiento (simple, permanente y preadoptivo) en función de que la situación de la familia pueda mejorar y que el retorno del menor no implique riesgos para este, que las circunstancias aconsejen que se constituya con carácter permanente, o que convenga constituirlo con carácter preadoptivo. En materia de adopción, la ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes,

Ministerio de Justicia

que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es esta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso[6]. Asimismo, esta ley orgánica de protección jurídica del menor aborda la regulación de la adopción internacional[7]. Finalmente, teniendo en cuenta la cuestión básica que centra este trabajo, no podemos olvidar que la citada norma consagra como principio informador del sistema de protección jurídica el interés superior de los menores, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Con todo, desde que se promulgó la referida ley de 1996, han tenido lugar importantes cambios sociales y normativos[8] que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de la legislación protectora. Por tal razón, el sistema de protección ha sido objeto más recientemente de una reforma sustancial en nuestro

Ministerio de Justicia

6 Sobre este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la Haya el 29 de mayo de 1993, y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes.

7 Al respecto, la ley diferencia las funciones que han de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que puedan delegar en agencias privadas que gocen de la correspondiente acreditación. Asimismo, establece las condiciones y requisitos para la acreditación de estas agencias, entre los que es de destacar la ausencia de fin de lucro por parte de las mismas. Además se modifica el artículo 9.5 del Código Civil, estableciendo la necesidad de la idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero, dando de esta manera cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar por que los niños o niñas que sean adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción. Posteriormente, en esta línea se aprobó la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

8 Estos cambios normativos se concretan, de acuerdo con el preámbulo de la Ley 26/2015, en «la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007. Además, resultan reseñables dos Convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000».

ordenamiento, con la entrada en vigor de la LO 8/2015 y la Ley 26/2015[9]. Básicamente, el objetivo principal de esta significativa reforma es el de mejorar los instrumentos de protección jurídica de los menores y adaptarlos a los importantes cambios que se han producido en los últimos veinte años. De esta forma se quiere dar cumplimiento efectivo al mandato constitucional ya aludido que se impone a los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad (art. 39 CE). La necesidad de dicha reforma se había puesto de manifiesto en diversas propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas[10], por el Defensor del Pueblo[11], por la Fiscalía General del Estado[12] y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines[13]. Sobre esta base, el legislador ha pretendido con ambas leyes introducir los cambios necesarios en la legislación española que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia[14].

---

9 El hecho de dictar dos leyes de distinto rango responde a que algunos de los cambios que se introducen se consideran materia orgánica en tanto en cuanto inciden sobre derechos fundamentales y libertades públicas de los menores de edad (que se proclaman, concretamente, en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 CE). Sobre esta opción de elaborar dos leyes se ha dicho que, aun tratándose de una técnica legislativa adecuada, puede dificultar la compresión global del sistema de protección de los menores que se trata de implantar con las reformas, así como la adecuada valoración de cada una de ellas (*vid*., al respecto, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de Protección a la Infancia, de 30 de septiembre de 2014).

10 Singularmente, la Observación General núm. 13 de 2011, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y las Observaciones finales a España, de 3 de noviembre de 2010.

11 En sus documentos «Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad», de 2011, y «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles», de 2012.

12 En su Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y la Circular 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

13 *BOCG*. Senado, serie I, núm. 545, de 17 de noviembre de 2010.

14 Tal como señala Sainz-Cantero Caparrós, comentando esta reforma cuando aún era un anteproyecto de ley, resulta evidente en esta propuesta la intención de reforzar y desarrollar el modelo común de protección de menores en todo el territorio, al objeto de homogeneizar y coordinar, además de mejorar, los instrumentos que articulan los sistemas autonómicos. Buena muestra de ello es, por ejemplo, la orden contenida en el artículo 22 *ter* LOPJM, dirigida a las comunidades autónomas y a la Administración General del Estado para que creen un sistema de información estatal compartido sobre protección de menores «que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia en España, y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, tanto a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección de menores

Ministerio de Justicia

En relación con esto último, recordemos que, sin perjuicio de esta normativa básica estatal, también las comunidades autónomas han desarrollado, como es bien sabido, su propia normativa sobre protección de menores[15], al amparo de la competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores que les confiere el artículo 148.1.20 CE[16].

Todas estas normas mencionadas disciplinan el conjunto de institutos jurídicos y medidas protectoras que conforman el sistema de protección jurídica de los menores

---

como a efectos estadísticos» (Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014, p. 110).

15 Dicha legislación autonómica se concreta actualmente en las siguientes leyes: Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor de la Junta de Andalucía; Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (modificada por la Ley 5/2016, de 2 de junio, de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón); Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor del Principado de Asturias; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Comunidad autónoma de Canarias; Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y a la adolescencia; Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha; Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña y los artículos 228-1 a 228-9 del Código Civil catalán; Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de la Generalitat, de derechos y garantías de la Infancia y la adolescencia de Valencia; Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención a menores de la Junta de Extremadura; Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia, los artículos 12 a 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia y la Ley Foral 19/2015, de 10 de abril, de derogación de la Ley Foral 3/2014, de 14 de marzo, de modificación de la Ley Foral 13/2013, de 20 de marzo, de modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid; Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de Navarra, y Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco.

16 Como apunta Martínez García, la intervención de los distintos entes públicos en cualquier ámbito debe partir de una asignación competencial inicial clara. Conforme al reparto diseñado en nuestra Constitución, el concepto de asistencia social es el que ha servido como punto de partida y habilitación competencial a las comunidades autónomas para regular el sistema de protección de menores. Esta competencia fue asumida estatutariamente por todas las comunidades autónomas. En las sucesivas reformas de los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas se han incorporado expresiones distintas a las de asistencia social y referencias explícitas a la protección de menores como competencias de las mismas, como base para la promulgación de la vigente legislación autonómica en la materia (Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», en Martínez García, C., (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 382-383).

Ministerio de Justicia

de edad, y en todas ellas está presente, como premisa básica, la prevalencia de su interés. Empero, es la última reforma de 2015, sin duda, la que más avanza en la técnica de valoración del interés superior del menor, ausente en la normativa estatal anterior; razón por la cual nos centraremos en dicha reforma legal. Como veremos, la legislación estatal reformada contempla un procedimiento para la valoración del referido interés, incluyendo criterios de interpretación y aplicación, elementos de ponderación y garantías. Asimismo, en línea con el objeto de este trabajo, la nueva ley regula de forma más completa la intervención de las Administraciones públicas en situaciones de riesgo, desamparo y guarda voluntaria, reformando también las medidas del sistema de protección del menor; y todo esto, consagrando como eje rector de la actuación de los poderes públicos la prevalencia del interés del menor.

3. EL PRIMER PRINCIPIO RECTOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La Administración pública, en todas sus actuaciones de protección de los menores de edad, ha de regirse necesariamente por una serie de principios que recoge expresamente el artículo 11 LOPJM[17]. Como vemos, el interés del menor es el primero de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos; así era antes y lo sigue siendo después de la reforma de 2015, si bien es cierto que las nuevas leyes introducen novedades muy importantes en relación con este principio básico y vertebrador de todo el sistema de protección del menor de edad. Así pues, sin perder de vista ninguno de los principios que han sido enumerados, nos detendremos en este trabajo en el primero de todos: el interés superior del menor de edad y su regulación actual.

17 Concretamente, su apartado 2 establece «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten. i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia. k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual. m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural».

Ministerio de Justicia

3.1. Su nueva configuración legal tras la reforma de 2015

Hasta ahora, como se viene apuntando, uno de los principios informadores en materia de menores ha sido la protección de su interés, como interés prevalente que había de primar en todas las actuaciones y decisiones que pudieran afectar a un menor. Pero lo cierto es que la legislación común anterior a la reforma no contemplaba criterio alguno para su valoración, por lo que dicho interés superior no dejaba de ser un concepto jurídico indeterminado y, por ende, necesitado de interpretación en cada caso concreto. Ello ha abocado a que se haya consolidado en los últimos años una considerable e importante jurisprudencia en nuestros tribunales sobre el interés superior del menor y su concreción[18]. Sobre la base de dicha jurisprudencia e incorporando los criterios del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial[19], la Ley Orgánica 8/2015 dota de contenido más detallado este interés.

Como señala Verdera Izquierdo, con esta reforma el legislador confiere al operador jurídico una serie de elementos y criterios para valorar los hechos que sirven al juzgador para concretar su contenido y extensión. Y todo ello a los efectos «de interpretación y aplicación» de dicho principio que le permiten concretar su alcance en cada supuesto planteado y, de esta forma, otorgarle un contenido particular en cada caso. No solo como criterio hermenéutico sino también como derecho sustantivo y norma de procesamiento[20]. Así, frente a la limitada configuración del interés del menor como un principio general antes de la reforma, ahora este concepto abarca una triple dimensión, considerándose como un derecho sustantivo del menor, como un principio general de carácter interpretativo y como una norma de procedimiento[21]. Se produce, por tanto, una relevante mejora de la conceptuación del interés del menor en relación con la regulación anterior. En este sentido, Ravetllat Ballesté no duda de que una de las grandes novedades que aporta la redacción del citado artículo 2 LOPJM es la superación de la tradicional lectura unidireccional del concepto general del interés

18 Entre otras, cabe resaltar las SSTS, 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581), 8 de octubre de 2009 (RJ 2009/4606), 11 de febrero 2011 (RJ 2011/2311), 21 de febrero 2011 (RJ 2011/2362), 13 de junio de 2011 (RJ 2011/4526), 14 de noviembre de 2011 (RJ 2012/3390), 6 de febrero de 2012 (RJ 2012/4522), 17 de febrero de 2012 (RJ 2012/3924), 9 de julio de 2015 (RJ 2015/2562), 20 de julio de 2015 (RJ 2015/2786), y 28 de septiembre de 2015 (RJ 2015/2293).

19 Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013. Esta observación general nace con el objetivo principal de mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituya una consideración primordial o, en algunos casos, la consideración primordial. En suma, el propósito general es promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos.

20 Verdera Izquierdo, B., «El interés del menor versus interés familiar e interés particular de los progenitores», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 525.

21 Esta triple dimensión del interés superior del menor se recoge expresamente en la citada Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño (apartado I A, párrafo 6).

Ministerio de Justicia

superior del niño y su sustitución por una visión más acorde con los criterios internacionales imperantes en la actualidad, que no son otros sino los que consideran a este concepto jurídico indeterminado desde esta triple dimensión[22].

3.1.1. El interés del menor como derecho sustantivo

En primer lugar, el interés del menor es un derecho sustantivo en el sentido de que el mismo tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados, y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se dé prioridad a los primeros a la hora de llegar a una solución. Es decir, es un derecho de aplicación directa e inmediata siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte al menor. Así se establece en el artículo 2.1 LOPJM, a cuyo tenor: «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Para la doctrina, resulta relevante la categorización del interés superior del menor como derecho porque, aunque ya se utilizaba con plena normalidad por las instituciones públicas y privadas, operadores jurídicos y la sociedad en su conjunto, se refuerza su plasticidad al ser alegable como derecho, y no meramente como principio hermenéutico, en caso de no haber sido respetado o de que la interpretación que se haya hecho del mismo no responda verdaderamente a lo que debería ser la manifestación de su supremacía en el caso concreto[23]. De este modo, el punto primero del artículo 2 LOPJM contiene una obligación intrínseca dirigida a las instituciones —públicas o privadas—, los tribunales y los órganos legislativos, de aplicación directa e inmediata, que en caso de no ser respetada puede ser invocada ante los tribunales de justicia[24].

En esta línea, Sánchez Martínez añade que, tras la reforma, el interés del menor como derecho tiene sustantividad propia, es decir, es un derecho específico del menor, pero no es sustitutivo de otros derechos, sino complementario y, precisamente, dirigido a garantizarlos; su objetivo no es otro que garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos del menor y su desarrollo integral. Todos los derechos del menor, por tanto,

---

22 Ravetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia,* 2015, p. 2.

23 Guinea Fernández, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, p. 5.

24 Ravetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., p. 2.

Ministerio de Justicia

forman parte de su interés superior[25]. Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño explica que el objetivo del concepto de interés superior del menor es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; entre estos derechos no hay una jerarquía, todos responden al interés superior del menor y ningún derecho puede verse perjudicado por una interpretación negativa del citado interés (Observación General núm. 14).

Consiguientemente, el interés del menor no se refiere únicamente a los derechos de naturaleza protectora, sino que abarca también los derechos dirigidos a promover su autonomía y participación en los asuntos que le conciernen. Ello explica que se mantenga, junto con el reconocimiento del derecho del menor a que su interés sea considerado primordial, la obligación de interpretar de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, añadiéndose una última precisión: y es que, en todo caso, dicha interpretación se hará siempre en interés superior del menor (art. 2.1 *in fine* LOPJM). Esta modificación sitúa en su verdadera dimensión a las limitaciones de la capacidad de obrar del menor en tanto que solo tienen sentido en su propio interés y es así como deben interpretarse[26].

3.1.2. El interés del menor como principio general de carácter interpretativo

En segundo lugar, su configuración como principio general de carácter interpretativo conlleva que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor, es decir, aquella que más le beneficie o, en otras palabras, que menos perjuicio le cause. Precisamente, a los efectos de poder interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor, la LO 8/2015 incorpora una serie de criterios generales, siguiendo una tendencia ya utilizada por el Tribunal Supremo en los últimos años[27].

A) Criterios de interpretación y aplicación

En concreto, la reforma recoge los siguientes criterios generales para la interpretación y aplicación del interés del menor:

---

25 Sánchez Martínez, O., «Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017, pp. 57-58. En palabras de la autora, este interés alude a sus derechos presentes y futuros, a sus derechos y libertades civiles, y a sus derechos económicos, sociales y culturales; a su respecto, fomento, protección y preservación. La interdependencia de los distintos derechos es en los menores más evidente que en cualquier otro caso, por su especial vulnerabilidad y estar inmersos naturalmente en un proceso de desarrollo personal integral. En este sentido, necesidades, intereses y derechos aparecen íntimamente relacionados en la protección de los menores. Sus intereses son sus derechos, aquellos que les permiten satisfacer las necesidades materiales y afectivas precisas para su desarrollo integral.

26 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 4-5.

27 *Vid*., por todas, la STS, 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581).

Ministerio de Justicia

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. Estamos de acuerdo con Guilarte Martín-Calero cuando afirma que este criterio constituye el principal elemento a tener en cuenta por el intérprete y, en principio, de carácter prevalente frente a cualquier otro; se trata de garantizar el derecho a la vida del menor, a su desarrollo y bienestar[28]. A este mismo criterio alude el Comité de los Derechos del Niño cuando establece que, al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo (Observación General núm. 14).

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. Este criterio resalta adecuadamente la importancia de escuchar y atender la opinión y anhelos de los niños y habilitar su participación en la averiguación y determinación de su propio interés[29]. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño, la evaluación del interés superior del menor debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Cuando estén en juego el interés superior del niño y su derecho a ser escuchado, debe tenerse presente la evolución de las facultades del niño. En esta línea, el Comité ha determinado que cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables de aquel transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Del mismo modo, a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, y lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión (Observación General núm. 14).

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado

28 Guilarte Martín-Calero, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 107-108.

29 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, p. 4.

Ministerio de Justicia

de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. Como establece el Comité de los Derechos del Niño, es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación de este y sus padres. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños. En este contexto, el término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida, o, en su caso, a los miembros de la familia extensa. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos clave dentro del sistema de protección del menor, habida cuenta el derecho del niño a no ser separado de sus padres excepto cuando tal separación sea necesaria para preservar el interés superior del niño (art. 9.1 CDN)[30]. Dada la gravedad de los efectos que provoca en el menor que le separen de sus padres, dicha medida solo debe aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debe llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo menos drástico, que no implique apartarle de su familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para protegerle (Observación General núm. 14).

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad (art. 2.2, LOPJM). Sobre este criterio, el Comité de los Derechos del Niño señala que la identidad del menor abarca características como el sexo, la orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. Aunque los niños y los jóvenes comparten las necesidades universales básicas, la expresión de esas necesidades depende de una amplia gama de aspectos personales, físicos, sociales y culturales, incluida la evolución de sus facultades. El derecho del niño a preservar su identidad (art. 8 CDN) debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar su interés superior. En cuanto a la identidad religiosa y cultural, a la hora de adoptar una medida de protección como la guarda, el acogimiento o la adopción del menor, se debe prestar particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño. La

30 Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho «a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño» (art. 9, párr. 3 CDN). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha.

Ministerio de Justicia

debida consideración del citado interés entraña que los niños tengan acceso a la cultura (y el idioma, si es posible) de su país y de su familia de origen, y que tengan la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica, de conformidad con la normativa jurídica y profesional del país de que se trate. Ahora bien, aunque debe tenerse en cuenta la preservación de los valores y las tradiciones religiosas y culturales como parte de la identidad del niño, las prácticas que sean incompatibles o estén reñidas con los derechos establecidos en la Convención no responden al interés superior del niño. En ningún caso la identidad cultural puede excusar ni justificar que los responsables de la toma de decisiones y las autoridades perpetúen tradiciones y valores culturales que niegan al niño los derechos que les garantiza la Convención (Observación General núm. 14).

A decir verdad, con anterioridad a la reforma, la indeterminación del interés del menor traía consigo un inconveniente que no es baladí; nos referimos al excesivo condicionamiento a criterios subjetivos de los responsables en aplicar e interpretar dicho interés, hasta el punto de que la discrecionalidad podría llegar a convertirse en arbitrariedad e inseguridad jurídica[31].

De ahí la necesidad de objetivar los criterios de valoración del interés superior del menor, de tal forma que se pueda acotar mejor el ámbito de discrecionalidad del intérprete y aplicador del derecho. Esto es precisamente lo que hace la reforma al incorporar estos criterios generales que han sido expuestos[32].

---

31 Guinea Fernández, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», cit., p. 3. En este orden de ideas, cabe traer a colación el *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, de la Defensora del Pueblo, de mayo de 2014, cuando afirma, respecto al citado interés: «Estamos ante un concepto complejo y no unívoco, que debe determinarse caso por caso. La carga psicosocial que gravita en la noción del interés superior del menor y la presencia de elementos no racionales lo convierten en un concepto jurídico de vagos contornos, al que nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 55/1996, se ha referido como una "zona de incertidumbre o penumbra". Ello supone la principal dificultad a la que deben enfrentarse las autoridades que adoptan decisiones en este ámbito [...]. A la dificultad intrínseca que implica la determinación del superior interés del menor en cada caso ha de unírsele el riesgo de abuso del mismo por parte de autoridades, fruto de determinaciones apriorísticas por motivaciones ideológicas o por prioridades en la asignación de recursos públicos; por los padres o tutores, en defensa de sus propios intereses; o por los profesionales implicados, que pueden desatender la obligación de contemplar el interés superior por considerarlo carente de importancia o por padecer limitaciones de medios que le compliquen asumir esta tarea».

32 Guinea Fernández, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», ob. cit., p. 3. El autor, que comenta la reforma cuando aún era un proyecto de ley, destaca que para el establecimiento de estos criterios generales para la interpretación y aplicación, en cada caso, del interés superior del menor, toma el ejemplo de la *Children Act* 1989, del Reino Unido, o de la *Child Welfare Act* 2007, de Finlandia, además de tomar en consideración la jurisprudencia existente sobre la materia. En esta misma línea, Ravetllat Ballesté destaca que ante las dificultades para concretar en la práctica este concepto indeterminado parece que, durante los últimos años, la jurisprudencia, en primer lugar, y el legislador posteriormente, han optado, siguiendo con ello una tendencia claramente de

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

Ahora bien, el mismo precepto establece que dichos criterios han de entenderse sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto. De esta forma, el legislador recoge una lista de criterios *numerus apertus*, lo que se considera especialmente acertado, pues tal como tiene establecido la jurisprudencia sobre el concepto del interés del menor, «en materia de protección de menores los jueces y tribunales no pueden dejar de considerar ninguna circunstancia relevante que incida directa o indirectamente en el bienestar del menor y sea tributaria o pueda serlo, aisladamente o de forma conjunta con otras, de una medida de protección, ya sea so pretexto de no haberle sido alegada formalmente en el procedimiento, ya lo sea con base en haber sido valorada la misma de forma distinta por las partes, so pena de desatender gravemente la prescripción básica de averiguar y dar debida satisfacción en cada caso al interés superior del menor»[33]. Así pues, con esta cláusula de cierre abierta se da cabida a cualquier circunstancia no contemplada que pueda ir surgiendo. Como señala Ravetllat Ballesté, una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que pueda encontrarse el menor de edad es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacta el precepto; riesgo este, no obstante, que queda superado con dicha cláusula de cierre abierta[34].

B) Elementos de ponderación

A mayor abundamiento, el legislador dispone que todos estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad

---

influencia anglosajona, por introducir ciertos indicadores o elementos de objetivación que faciliten al intérprete la compresión y aplicación del concepto jurídico indeterminado que nos ocupa. Ello se viene realizando con la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de las llamadas, siguiendo la originaria denominación inglesa, *statutory checklist o welfare checklist*. Estos listados consisten en una simple enumeración de criterios llamados a facilitar la actuación de los tribunales cuando éstos deban tomar una decisión amparados en el interés superior del niño, Ravetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., p. 4.

33 *Vid*. STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), 31 de marzo de 2011 (RJ 2011/3835).

34 Ravetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., pp. 4-5.

adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. En todo caso, añade el legislador, los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara[35]. El Tribunal Supremo ya se ha hecho eco de tales elementos de ponderación que establece la reforma[36].

Es importante tener presente, además, que el legislador establece en la nueva ley cómo se ha de valorar el interés superior del menor ante la concurrencia con otros intereses. En efecto, sabemos bien que en las decisiones que se han de adoptar en relación con un menor de edad, tanto en los procedimientos administrativos como judiciales, siempre hay terceras personas afectadas (fundamentalmente padres, hermanos, abuelos y allegados), y ello genera en la mayoría de las ocasiones conflictos a la hora de valorar los diversos intereses. Por tal razón, la reforma ha previsto cómo se debe decidir en caso de concurrencia de intereses de cara a priorizar el interés superior del menor, pero valorando los derechos fundamentales de esas terceras personas[37].

Así, el artículo 2.4 LOPJM dispone: «En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el

35 Así se recoge en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la cual en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello [SSTC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/ 141), 124/2002, de 20 de mayo (RTC 2002/124); 144/2003, de 14 de julio (RTC 2003/144); 71/2004, de 19 de abril (RTC 2004/71); 11/2008, de 21 de enero (RTC 2008/11). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia [STC 185/2012 de 17 de octubre (RTC 2012/185)].

36 Así, ha señalado recientemente: »El concepto de interés del menor, que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no es aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara"» [STS de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5495)].

37 Moreno-Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015, p. 18.

Ministerio de Justicia

interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados». Este último párrafo, que impone la obligación de valorar la incidencia de las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del niño sobre los derechos fundamentales de otras personas, no supone novedad alguna ni aporta criterio de valor al conflicto que se contempla en la norma, y, por ello, en su tramitación legislativa se pidió su supresión para evitar consideraciones erróneas y por considerarlo redundante[38].

En cualquier caso, el referido artículo es contundente: siempre que el menor esté en situación de desprotección y se produzca un conflicto de intereses, el mandato legal que se impone a la entidad pública competente es el de priorizar el interés del menor frente a cualquier otro, cuando su compatibilidad no sea posible, sin perjuicio de que las medidas que se adopten deban respetar también los otros intereses legítimos que puedan concurrir.

3.1.3. El interés del menor como norma de procedimiento

Junto con las dos dimensiones hasta aquí señaladas, la reforma incorpora también, como se ha apuntado, el interés del menor como norma de procedimiento, al disponer que toda medida que se tome en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso (art. 2.5 LOPJM). Como explica Ravetllat Ballesté al respecto, la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere de ciertas garantías procesales, lo que se traduce en el hecho de que toda decisión que sea adoptada atendiendo a este concepto jurídico indeterminado deberá explicitar la forma en cómo se ha valorado este principio en la resolución, es decir, qué se ha considerado que respondía al interés superior del niño, en qué parámetros o criterios se ha fundamentado la decisión y la forma en la que se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos en particular[39]. En concreto, el artículo 2.5 LOPJM menciona las siguientes garantías procedimentales:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. Como ha manifestado el Comité de los Derechos del Niño, el artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior. El hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable (por ejemplo, los niños con

38 Guilarte Martín-Calero, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», ob. cit., pp. 101-114.

39 Ravetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», ob. cit., p. 3.

Ministerio de Justicia

discapacidad, los pertenecientes a grupos minoritarios y los migrantes) no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios menores en el proceso de toma de decisiones y permita introducir ajustes razonables y servir de apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior (Observación General núm. 14).

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. Al respecto, la reforma acoge la recomendación de Comité de los Derechos del Niño, según la cual el proceso de evaluación del interés del menor debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del menor debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales (Observación General núm. 14).

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Como se puede apreciar, con la reforma se garantiza la intervención del menor en todos los procedimientos que le afectan, incluso cuando exista un conflicto o contradicción con sus representantes legales o con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, mediante el nombramiento de un defensor judicial. En efecto, sin perjuicio del reconocimiento del derecho a la participación del menor a través de sus representantes y del Ministerio Fiscal en defensa del mismo, resulta necesario garantizar su intervención en todos los procedimientos que le afectan, posibilitando que tal participación sea directa, si así lo interesa el menor y siempre que exista un conflicto o contradicción de intereses con aquellos.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. Según el Consejo Fiscal, con esta disposición trata de salirse al paso de malos usos que la práctica había generado, con invocaciones formales del principio, cuando no justificaciones puramente tautológicas, que prescindían de razonamiento alguno y que provocaban revocaciones por el Tribunal Supremo[40]. El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, señala que cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada,

40 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, p. 5.

Ministerio de Justicia

con el fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial (Observación General núm. 14).

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos. Cabe entender que lo que se pretende con este último apartado es que se exteriorice o se expliquen los motivos por los que el superior interés del menor, en el caso en concreto, no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Además, como puede verse, se incorpora dentro de las garantías procesales derivadas del interés superior del menor el beneficio de justicia gratuita a favor de los menores que, con independencia de sus progenitores o tutores, deseen hacer valer sus opiniones en procesos en que se ventilen cuestiones que les afecten.

3.1.4. La determinación del interés superior del menor *ex* artículo 2 LOPJM

En las tres dimensiones que han sido referidas —como derecho, como criterio de interpretación y como norma de procedimiento—, el interés superior del menor tiene una misma finalidad, la cual es la de asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

Por otro lado, partiendo del reformado artículo 2 LOPJM, a la hora de valorar el interés superior del menor en un supuesto concreto es importante que se tengan presentes las diversas perspectivas atinentes al mismo, tal como expone con claridad Huete Nogueras. En este sentido, hay que atender, en primer lugar, la perspectiva personal del menor, que exige que se tengan en cuenta sus aspiraciones, deseos y expectativas, lo que pone de manifiesto la importancia de su audiencia en los procedimientos administrativos y judiciales; esta opinión del menor ha de ser valorada en función de su edad, madurez y contexto en el que se expresa, de donde se deduce la necesidad de detectar y, en su caso, descartar las posibles manipulaciones, y sin que con ello se venga a postular la necesidad de su aceptación automática. En segundo lugar, añade el autor, se ha de contemplar al menor en su ámbito familiar, para relacionar su interés superior con su mantenimiento en la familia, salvo que objetivamente le resulte perjudicial, pero teniendo en cuenta que la situación de pobreza no es suficiente para provocar su desarraigo y sustitución por una familia de acogida o de adopción. En tercer lugar, se ha de tener presente la perspectiva social, esto es, la integración social del menor de forma normalizada y no patológica, respetando sus derechos fundamentales, fomentando sus valores de convivencia no discriminatoria, tolerancia y solidaridad, con apoyo para la prevención de las situaciones que en la sociedad actual pueden representar mayores peligros para el menor (tales como las drogas, la violencia juvenil, los abusos sexuales, etc.). Por último, concluye el citado autor, cabe hablar de una perspectiva institucional, lo que significa que institucionalmente el interés del menor debe plasmarse en que la toma de decisiones respecto a él se

Ministerio de Justicia

realice con objetividad, imparcialidad, seguridad jurídica y desde una perspectiva multidisciplinar, evitando la presencia en esa toma de decisiones de personas y organizaciones no profesionalizadas, con ánimo de lucro o que esgrima la defensa del interés del menor para la obtención de otros fines[41].

En suma, a la luz de todo lo que hasta aquí ha sido expuesto, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

De esta forma, la total indeterminación del interés del menor de la normativa anterior se corrige en esta importante reforma legal que, como se ha podido comprobar, incluye expresamente criterios de interpretación y aplicación, elementos de ponderación y garantías, todo lo cual facilita su concreción y valoración en el caso concreto.

4. EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO Y ESCUCHADO

Aunque no se menciona en la lista anterior entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos, conviene hacer mención aquí también al derecho fundamental del menor a ser oído (art. 9 LOPJM), dados sus especiales vínculos con su interés superior. En efecto, como apuntamos más arriba, el abordaje concreto del interés superior del menor requiere que se tengan en cuenta sus aspiraciones, deseos y expectativas, para lo cual hay que habilitar necesariamente un cauce que permita expresarlas[42]. No en vano, uno de los criterios generales que establece la reforma para la interpretación y aplicación del interés del menor es, como hemos visto, la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

Al igual que ha ocurrido con el interés superior del menor, la LO 8/2015 desarrolla de forma más detallada este derecho siguiendo igualmente las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño; en concreto, la observación de que prosiga e intensifique su labor para aplicar plenamente el artículo 12 de la Convención, que consagra el derecho del menor a expresar su opinión[43], y promueva el debido respeto

41 Huete Nogueras, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 90-91.

42 Huete Nogueras, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», ob cit., pp. 90-91.

43 El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo

Ministerio de Justicia

por las opiniones del niño a cualquier edad en los procedimientos administrativos y judiciales, como las vistas que se celebren sobre su custodia y las causas sobre inmigración, así como en la sociedad en general[44]. De esta forma, el legislador mejora sustancialmente la regulación de este derecho del menor.

Así, la reforma establece expresamente que el menor tiene derecho a ser oído y escuchado (art. 9.1 LOPJM). Se incluye, como vemos, el término «escuchado», en línea con la Convención de los Derechos del Niño. Sobre esta cuestión se manifestó la Defensora del Pueblo en el ya mencionado *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor*, de mayo de 2014, destacando que la fórmula legal española, «derecho a ser oído», presenta alguna diferencia conceptual con la Convención, que pone el acento en la escucha. En la tradición jurídica española «ser oído» implica fundamentalmente un trámite del que no se sigue la obligación de asumir en lo posible la posición de la persona oída. El concepto de escucha en el marco de la Convención es más exigente, ya que además de atender a lo escuchado ha de razonarse la decisión de apartarse de lo manifestado por el niño.

Por otro lado, el legislador añade que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su edad[45], discapacidad o cualquier otra circunstancia. De esta manera se atiende a otra observación del Comité de los Derechos del Niño, conforme a la cual los Estados parte deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Eso significa que los Estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, deben dar por supuesto que tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado).

---

que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

44 Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España. Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ESP/CO/3-4. Consúltese en: https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2015/11/ObservacionesFinInformSpainComiteDInfancia2010.pdf.

45 Para el Consejo Fiscal, la locución de «sin discriminación alguna por edad» es prescindible, pues es claro que la edad es un factor determinante a la hora de dar o no audiencia al menor. Cuando de un menor de escasa edad se trata, en muchos casos es inútil, cuando no contraproducente, darle audiencia. Debe aclararse que la audiencia del menor es siempre preceptiva, sin excepciones, pero en tales supuestos cabe excepcionar la audiencia directa, habilitando una audiencia indirecta a través de los representantes legales (sin interés en conflicto), profesionales, o personas de confianza. Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, p. 6.

Ministerio de Justicia

Además, se detallan las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente este derecho y los correspondientes medios para satisfacerlas. En concreto, se establece que el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho a ser oído en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias (art. 9.1 LOPJM). De este modo, el legislador confiere la relevancia que tiene preparar al niño para poder ejercer este derecho, de conformidad con el Comité de los Derecho del Niño, que ha destacado efectivamente el deber que tienen los responsables de escuchar al niño, de asegurarse de que el mismo esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le afecten y, en particular, en todo procedimiento judicial y administrativo de adopción de decisiones, y sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe recibir información sobre la opción de comunicar su opinión directamente o por medio de un representante. Debe ser consciente de las posibles consecuencias de esa elección. El responsable de adoptar decisiones debe preparar debidamente al niño antes de que este sea escuchado, explicándole cómo, cuándo y dónde se le escuchará y quiénes serán los participantes, y tiene que tener en cuenta las opiniones del menor a ese respecto (Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En esta misma línea, la reforma continúa diciendo que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento (art. 9.1, párrafo segundo, LOPJM). En relación con esta mención a la intervención de profesionales cualificados o expertos, cabe destacar, siguiendo a Huete Nogueras, el papel central que ocupan en todos los procesos judiciales en los que hay implicados menores de edad los profesionales de diferentes ámbitos encargados de manera expresa del acompañamiento y la evaluación de las capacidades de los menores. Por ello es necesaria una formación específica, especializada e interdisciplinar de todos los profesionales que intervengan en estos procesos, y que abarca a los profesionales del ámbito de la psicología forense, a los médicos forenses, policías, agentes de inmigración, trabajadores y mediadores sociales, y, por supuesto, abogados, fiscales y jueces. Este enfoque multidisciplinar debe plantearse de manera plenamente garantista[46].

Ya antes de la reforma se establecía que cuando el menor tuviese suficiente juicio se había de garantizar que pudiese ejercer este derecho a ser oído por sí mismo o a través de la persona que designase para que le representase. La reforma que nos ocupa sustituye el término «juicio» por el de «madurez »por ser un término más ajustado

46 Huete Nogueras, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», ob. cit., p. 93.

Ministerio de Justicia

al lenguaje jurídico y forense[47], y, como novedad respecto a la norma anterior, establece que la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Y precisa, asimismo, que los menores a partir de los doce años tienen suficiente madurez en todo caso (art. 9.2 LOPJM). Además, añade la reforma, el menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación (art. 9.2, párrafo segundo, LOPJM).

Por último, el citado artículo sigue aludiendo en su apartado final a la posible denegación del derecho del menor a ser oído pero precisando mucho más que en su redacción originaria; así, dispone que siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración (art. 9.3 LOPJM). Cabe destacar que la reforma no solo se refiera a la motivación de la decisión adoptada sino que imponga su valoración, siguiendo así la línea establecida por la referida observación del Comité de los Derechos del Niño, al disponer que «el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia» (Observación General núm. 12 de junio de 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado).

En resumidas cuentas, el deber de oír al menor no conlleva tener que decidir lo que el niño desee, pero sí obliga al órgano decisor a tomar en cuenta su opinión y justificar su decisión cuando sea contraria a la misma; de ahí la exigencia de que en las resoluciones sobre el fondo se haga constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración[48].

---

47 Lenguaje jurídico y forense que ya se incorporó en su momento en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y que es generalmente utilizado en los diversos convenios internacionales en la materia, tales como el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, o el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011, entre otros (preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015).

48 Lázaro González, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 11, 2015, p. 5 (de la versión electrónica).

Ministerio de Justicia

5. ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS EN SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN SOCIAL DEL MENOR

5.1. Planteamiento general

De acuerdo con Martínez García, en términos generales se puede afirmar que la legislación actual acoge un concepto amplio de protección de menores que excede de la mera beneficencia y que abarca la prevención de las situaciones de desprotección, la actuación sobre las mismas cuando esta no ha podido evitarse y se ha producido, así como otras actuaciones y medidas que persiguen como fin la integración familiar y social del menor mediante programas de preparación para la vida independiente. La protección se concibe de esta forma en un sentido general. Por tanto, concluye la autora citada, no se pretende contemplar únicamente un conjunto de medidas de intervención una vez que se ha producido y constatado la efectiva desprotección del menor, sino que comprende igualmente la prevención de las mismas y la integración familiar y social del mismo, incluso en algún caso, la promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia en diversos ámbitos[49].

Así, tras la reforma operada por la Ley 26/2015, se establecen entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal (art. 11.2.d LOPJM). A estos efectos, la referida norma dispone que la protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley (art. 12.1 LOPJM)[50]. En suma, pues, nuestro sistema de protección de menores es gradual e integral: gradual porque comprende medidas que abordan las situaciones de desprotección de menor a mayor gravedad, e integral porque aborda el período completo de la desprotección del menor, comenzando antes de que la misma se dé o comience a generarse hasta su total desaparición, en su caso, y la integración del menor cuando su interés así lo aconseje[51].

En cualquier caso, añade el anterior artículo, se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas (art. 12.1 LOPJM). Esta es la filosofía que late en el nuevo

---

49 Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 383-384.

50 Se incluye también el deber de apoyar especialmente a los menores que se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, con el fin de procurar la permanencia del menor con la misma, así como su protección, atención especializada y recuperación (art. 12.3 LOPJM). Otra novedad que incluye la reforma es la presunción de la minoría de edad como criterio que debe operar cuando existan razones para pensar que se trata de un menor y su edad no se pueda determinar con seguridad (art. 12.4 LOPJM).

51 Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 383-384.

Ministerio de Justicia

sistema de protección del menor. El objetivo principal es intentar mantener al menor en la familia de origen, apoyándola en el desarrollo de sus responsabilidades y funciones, y, en caso de que no sea posible, buscar la mejor familia para cada niño[52].

Además, el citado artículo 12 LOPJM recoge otro de los ejes de esta reforma, elcual es la obligación de las entidades públicas de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas. De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección que se adopte con el mismo. En concreto, el legislador impone que «cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses» (art. 12.5 LOPJM).

Ciertamente, el establecimiento de un plazo más breve para la revisión de las medidas de protección no permanentes en relación con menores de tres años debe considerarse acertado, por las necesidades específicas que requieren los niños de tan corta edad y por ser imprescindible que en estos casos las medidas provisionales no deriven *de facto* en medidas irreversibles por el mero transcurso del tiempo[53]. Con todo, sobre esta cuestión de la revisión de las medidas de protección repararemos más adelante a lo largo de estas páginas.

Sobre la base de estos principios que han sido expuestos y en relación con las actuaciones en situación de desprotección del menor, la reforma de 2015 regula de forma más pormenorizada las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos que, como sabemos, ya contemplaba la legislación anterior, si bien tras la reforma se definen por primera vez en una normativa de rango estatal. En puridad, veremos que la Ley 26/2015 incorpora como contenido sustantivo de tales situaciones de riesgo y desamparo básicamente lo que la jurisprudencia y la legislación autonómica habían recogido en los últimos años.

5.2. Situación de riesgo: prevención, detección y reparación

Cuando los padres, el tutor o los guardadores legales dejan de cumplir o cumplen mal sus obligaciones respecto al menor, colocando a este en una situación de desprotección que perjudica su desarrollo personal y social, la Administración pública con competencia en materia de protección de menores ha de adoptar las medidas que sean oportunas para que cese dicha situación de desprotección y garantizar al menor el disfrute de sus derechos y el pleno desarrollo de su personalidad. Ahora bien, esta

52 Adroher Biosca, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 48.

53 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 14.

Ministerio de Justicia

intervención de la Administración será diferente en función de la gravedad de la situación en la que se encuentre el menor. En este sentido, la normativa reguladora de la materia, ya antes de la reforma, diferenciaba entre situación de riesgo y situación de desamparo, si bien ahora establece una regulación mucho más completa.

Como se apuntó en líneas anteriores, el actual sistema de protección del menor prioriza las actuaciones de prevención, detección y reparación de las situaciones de desprotección en las que se pueda encontrar un niño. De esta forma se busca que las entidades públicas intenten evitar el desamparo antes que tender a su resolución una vez ocasionado. Esta finalidad preventiva conlleva la subsidiariedad de las actuaciones de los poderes públicos que, como la tutela administrativa, llevan consigo la separación del menor de su familia de origen. En este contexto, la figura llamada a encauzar este modelo prioritariamente preventivo es la situación de riesgo[54].

Tras reforma operada por la Ley 26/2015 se considera como situación de riesgo «aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. La concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar» (art. 17.1 LOPJM)[55]. Como apunta Pérez Álvarez, atendiendo a esta definición, el riesgo se puede caracterizar desde un punto de vista negativo, por referirse a circunstancias que no alcanzan la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo y la asunción de la tutela administrativa, y, por otro lado, desde un punto de vista positivo, por tratarse de supuestos que precisan la intervención de la Administración a los efectos de eliminar, reducir o compensar las dificultades que afectan al menor y evitar su desamparo, sin tener que separarlo de su entorno familiar[56].

54 Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 103.

55 Antes de la reforma este precepto únicamente disponía que la situación de riesgo se caracterizaba por la existencia de un perjuicio en su desarrollo personal o social pero que no alcanzaba la gravedad suficiente como para separarle de su familia de origen.

56 Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», ob. cit., p. 103.

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

Cuando se dé una situación de riesgo la intervención de la Administración pública competente debe garantizar en todo caso los derechos del menor y se orientará a disminuir los indicadores de riesgo y dificultad que incidan en la situación personal, familiar y social en que se encuentra el menor, y a promover medidas para su protección y preservación del entorno familiar (art. 17.2 LOPJM).

Tal como explica el legislador, la intervención adecuada para paliar e intervenir en las situaciones de riesgo en que pueden encontrarse los menores se torna de capital importancia para preservar su superior interés, evitando en muchos casos que la situación se agrave y que deban adoptarse decisiones mucho más traumáticas y de mayor coste individual, familiar y social, como la separación del menor de su familia[57]. Partiendo de ello, se incluye una exigencia, a nuestro juicio, relevante: y es que la valoración de la situación de riesgo requiere la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social y educativo familiar que deberá recoger los objetivos, actuaciones, recursos y previsión de plazos, promoviendo los factores de protección del menor y manteniendo a este en su medio familiar, y procurando la participación de los progenitores u otros responsables legales en la elaboración del proyecto. En esta línea, se intentará consensuar el proyecto, que deberá ser firmado por las partes, para lo que se les comunicará de manera comprensible y en formato accesible. También se comunicará y consultará con el menor si tiene suficiente madurez y, en todo caso, a partir de los doce años (art. 17.4 LOPJM). La búsqueda inicial del consenso responde al principio ya aludido de primar las soluciones consensuadas frente a las impuestas. Se pretende, de esta forma, acordar en lo posible con las partes implicadas y destinatarias de la actuación administrativa cuáles son las medidas que se van a aplicar en el caso concreto, así como los objetivos y los plazos para lograrlo. Y los padres, tutores o guardadores tienen la obligación de colaborar activamente en la ejecución de este proyecto[58].

En caso de que los progenitores u otros responsables del menor se nieguen a su suscripción o no colaboren posteriormente en el mismo, se declarará la situación de riesgo mediante resolución administrativa, a fin de garantizarles la información de cómo deben actuar para evitar una ulterior declaración de desamparo (art. 17, apartados 5 y 6, LOPJM)[59]. Por tanto, solo en el caso de que no haya colaboración de la

---

57 Como añade Sáinz-Cantero Caparrós, es claro que, una vez que la Administración aprecie la situación de riesgo de un menor, debe disponer medidas para reducir su situación de desprotección, garantizar el pleno disfrute de los derechos que le corresponden y actuar sobre los factores que perjudiquen su situación personal, familiar o social para evitar así que la situación acabe en desamparo. Sin embargo, antes de la reforma la legislación estatal no establecía condiciones para la declaración de la situación de riesgo y tampoco sobre el procedimiento o actuaciones, ni siquiera genéricas, a adoptar por la Administración competente (Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 116).

58 Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 394.

59 Frente a la resolución administrativa que declare la situación de riesgo del menor, se podrá interponer recurso conforme al artículo 780 LEC (*ex* art. 17.6 LOPJM).

familia, procede la declaración formal de riesgo por resolución administrativa con todos los requisitos y las garantías oportunas[60]. Sobre este particular, sabemos que cualquier medida de la Administración ha de partir del derecho del menor a no separarse del núcleo familiar, lo que requiere, lógicamente, contar con la colaboración de la familia. Es decir, la Administración debe dar a los padres o guardadores la oportunidad para que demuestren su compromiso en el cumplimiento de sus deberes con el menor. Pero si fracasan, si es manifiesta su falta de colaboración o su comportamiento, en lugar de mejorar, empeora la situación de desprotección del menor, la Administración deberá declarar la situación de riesgo del mismo[61].

En relación con esto último cabe hacer una precisión. Hay que tener en cuenta que la falta de colaboración de los progenitores puede proceder de un incumplimiento de sus deberes generador de una situación de riesgo, pero también puede tratarse de un incumplimiento más grave generador de una declaración de desamparo, por ello el legislador debería haber optado por una fórmula intermedia, comprensiva de las dos posibilidades, estableciendo que la omisión de esta colaboración puede dar lugar a la declaración de la situación de riesgo o de desamparo del menor. Por consiguiente, la redacción que incorpora la reforma que nos ocupa no es del todo satisfactoria en este punto, porque parece que obliga necesariamente a pasar por una previa declaración de riesgo antes de desembocar en el desamparo. Esto podría ser perturbador y contrario a los principios de celeridad y de superior interés del menor[62].

Resumiendo, pues, lo que hasta aquí se ha expuesto, tras la reforma nos encontramos con un completo desarrollo legal de la situación de riesgo, la competencia para apreciarla y el procedimiento para ser declarada, disponiendo, por seguridad jurídica, que dicha declaración se formalice en resolución administrativa en casos de especial gravedad, con la información a los padres de cómo deben actuar para eludir una eventual declaración de desamparo posterior[63]. Esta resolución administrativa tiene que estar motivada, esto es, explicar suficientemente las razones por las que se ha adoptado. Como apunta Martínez García, dada la diversidad de situaciones que han de atenderse y la consiguiente heterogeneidad de proyectos y medidas de intervención, la exigencia de la motivación de la resolución es esencial a efectos de garantizar el acierto de la actuación administrativa en el caso concreto, puesto que no se trata de una aplicación reglada y detallada de la ley, sino que existe un margen amplio de

60 Adroher Biosca, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», ob. cit., p. 46.

61 Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 120.

62 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 21.

63 Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 116.

Ministerio de Justicia

discrecionalidad de la Administración. Ello permitirá el posterior control jurisdiccional de la resolución[64].

La reforma contempla, asimismo, la posibilidad de que la Administración pública competente esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor y tenga noticia de que va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial. En tal caso, la Administración pública de origen lo pondrá en conocimiento de la de destino para que, si procede, esta continúe la intervención que se venía realizando, con remisión de la información y documentación necesarias. Si la Administración pública de origen desconociera el lugar de destino, podrá solicitar el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que procedan a su averiguación. Una vez conocida la localización del menor, se pondrá en conocimiento de la entidad pública competente en dicho territorio, que continuará la intervención (art. 17.7 LOPJM).

A continuación, se prevé que cuando la Administración pública competente para apreciar la situación de riesgo estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar, lo pondrá en conocimiento de la entidad pública a fin de que valore la procedencia de declarar la situación de desamparo, comunicándolo al Ministerio Fiscal. En el supuesto de que la entidad pública considere que no procede declarar la situación de desamparo, pese a la propuesta en tal sentido formulada por la Administración pública, lo pondrá en conocimiento de la Administración pública que haya intervenido en la situación de riesgo y del Ministerio Fiscal. Este último hará una supervisión de la situación del menor, pudiendo para ello recabar la colaboración de los centros escolares y los servicios sociales, sanitarios o cualesquiera otros (art. 17.8 LOPJM).

Con esta previsión lo que se pretende es establecer mecanismos de control a través del Ministerio Fiscal cuando exista una discrepancia entre Administraciones a la hora de evaluar si procede la declaración de desamparo que, como bien sabemos, implica una situación de desprotección de mayor gravedad que la de riesgo[65].

---

64 Y, añade la autora citada, si la intervención administrativa proyectada no fuera adecuada para lograr los objetivos marcados y no se consiguiera reducir o anular los indicadores de riesgo, cabe revisar la resolución para, en su caso, declarar el desamparo del menor. Para ello la ley prevé la posibilidad de que cuando la Administración pública competente para apreciar e intervenir en la situación de riesgo «estime que existe una situación de desprotección que puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar o cuando concluido el periodo previsto en el proyecto de intervención o Convenio no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda que garanticen que el menor cuenta con la necesaria asistencia moral o material», aquella lo «pondrá en conocimiento de la Entidad Pública a fin de que valore la procedencia de la declaración de desamparo» (Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 395).

65 Así, tal como señala el Consejo Fiscal, «resulta, en estos casos, muy conveniente que el Fiscal tenga noticias de esta discrepancia y actúe supervisando una situación que estará en el límite entre el riesgo y el desamparo. Por ello, no cabe sino valorar positivamente la novedad» (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 23-24).

Ministerio de Justicia

Otra de las novedades que se regula con la reforma es la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal con el fin de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido[66]. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal «la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido» (art. 17.9 LOPJM).

En todo caso, los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la Administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Con la finalidad de proteger al recién nacido, tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección (art. 17.9 LOPJM).

También se considera expresamente como una situación de riesgo con la nueva ley la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor. En tales casos, las autoridades sanitarias pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor (art. 17.10 LOPJM)[67]. Esta novedad que incluye la reforma conlleva la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, concretamente el artículo que regula el consentimiento informado por representación (art. 9 de la Ley 41/2002)[68]. Por lo que ahora nos interesa, se añade un nuevo apartado en virtud del cual cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho del menor la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la

66 Esta previsión del «riesgo prenatal», ya se incluía en algunas normas autonómicas, como la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja (art. 32.4), o la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia, del País Vasco (art. 52.2).

67 Con esta modificación que incluye la reforma se atiende en cierta medida a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

68 Se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (disposición final segunda de la Ley 26/2015).

Ministerio de Justicia

autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (art. 9.6 de la Ley 41/2002).

En resumen, la finalidad preventiva del nuevo sistema de protección a la infancia y la adolescencia conlleva que los poderes públicos deban dar prioridad a las actuaciones preventivas, de detección y reparación de las situaciones de desprotección del menor. Por tanto, la intervención de la Administración pública irá encaminada, en primer lugar, a paliar las circunstancias familiares adversas que han colocado al menor en situación de riesgo pero sin separarlo de su entorno familiar. En este punto, estamos de acuerdo con Pérez Álvarez cuando afirma que el cambio de la orientación legal del nuestro sistema hacia la prevención merece un juicio favorable, pues la implantación de un sistema orientado a evitar la desprotección antes que a solventar sus consecuencias constituye un acierto innegable[69].

5.3. Declaración de desamparo: asunción de la tutela administrativa *ex lege*

5.3.1. Definición de la situación de desamparo

En cuanto a la situación de desamparo, la Ley 26/2015 introduce novedades especialmente relevantes. En primer lugar, se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 CC, estableciendo por primera vez en una norma de carácter estatal las circunstancias que la determinan[70], con lo que se

69 Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», ob. cit., pp. 107-108.

70 Por su parte, la legislación autonómica ha establecido en diversas disposiciones un prolijo elenco de supuestos que se consideran desamparo. En este sentido, cabe citar como ejemplo la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, que cita, entre otras situaciones, «el abandono voluntario del menor por parte de su familia; la ausencia de escolarización habitual del menor; la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas; la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza; el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda; la drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor; la convivencia en un entorno sociofamiliar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad; y, la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda o cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor» (art. 23.1). Junto con la anterior, otras normas autonómicas que recogen una relación de supuestos de hecho considerados como desamparo son: el artículo 63.2 de la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; el artículo 49.2 de la Ley 1/2006, de 28 febrero, de Protección de Menores de La Rioja; el artículo 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra; el artículo 56 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León,

Ministerio de Justicia

introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración. Así, como apunta Adroher Biosca, el listado fue consensuado con las comunidades autónomas tras un análisis comparado de sus legislaciones en la materia y supone un importante avance en el tratamiento similar de estos casos en el territorio español[71].

Actualmente, con la nueva ley se entenderá que existe una situación de desamparo cuando se dé una o algunas de las circunstancias que contempla con la suficiente gravedad, de tal forma que, valoradas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor (art. 18 LOPJM). En concreto, el citado precepto contempla las siguientes circunstancias:

a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla.

b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años.

c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves, abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal.

d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental

---

y el artículo 59.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón. En cualquier caso, es cierto que en todas estas listas de supuestos se incluye siempre una cláusula abierta, pues existen tantas posibilidades que en la realidad social pueden conducir al desamparo del menor que resulta difícil contemplarlas todas en una norma (Moreno Torres-Sánchez, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 72).

71 Adroher Biosca, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», ob. cit., p. 47.

Ministerio de Justicia

grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo.

Con todo, el legislador cierra la enumeración de tales circunstancias con una cláusula abierta, como no podía ser de otra forma, ya que una lista cerrada conlleva el riesgo de dejar fuera circunstancias no contempladas por la norma que pueden igualmente conducir al desamparo del menor.

Se destaca expresamente por el legislador que la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo (art. 18.2, párrafo segundo, LOPJM). Al respecto, debemos tener presente que, aunque el legislador establezca expresamente que la pobreza, por sí sola, no es causa para que se declare la situación de desamparo, es evidente que sí implica el riesgo de aumento de vulnerabilidad social de los menores y sus familias. Por ello, es necesario actuar con cautela en el establecimiento de medidas de protección cuando concurran, junto con otras circunstancias, situaciones transitorias de insolvencia o dificultades económicas, articulando las actuaciones necesarias que eviten una ruptura del vínculo familiar y garanticen un adecuado régimen de relaciones familiares, así como la posibilidad de una futura reintegración familiar, cuando el interés superior del menor así lo recomiende[72].

El Consejo General del Poder Judicial se pronuncia sobre este punto, considerando muy adecuada, por obvia que parezca, la incorporación de esta referencia, en tanto puede servir de declaración de principio. Pero añade algo más; a su parecer, debería acompañarse esta referencia de un énfasis paralelo respecto de las obligaciones de los poderes públicos de contrarrestar con políticas, prácticas y presupuestos y minimizar el impacto directo que la pobreza tiene en la génesis de las situaciones de riesgo para los niños y adolescentes, en línea con la Recomendación Rec (2006)19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre políticas de apoyo al ejercicio positivo de la parentalidad, en cuyo apéndice se destaca cómo el ejercicio del papel parental en situaciones de riesgo o de efectiva exclusión social puede ser particularmente difícil y debe prestarse especial atención a las necesidades de los menores y sus familias en tal situación[73].

Por último, se establece que en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos (art. 18.2 ,párrafo segundo, LOPJM).

---

72 Así lo señala el Consejo Económico y Social en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia, de 28 de mayo de 2014, p. 27.

73 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, p. 29.

Ministerio de Justicia

5.3.2. Asunción *ope legis* de la tutela administrativa

Como es bien sabido, la declaración de la situación de desamparo supone la asunción *ope legis* de la tutela del menor por parte de la entidad pública. Así, el artículo 172.1 CC dispone en su párrafo primero: «Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate 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, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria»[74].

La asunción por la entidad pública de la tutela administrativa de un menor concreto exige que se dicte una resolución administrativa declarándole en situación legal de desamparo. La resolución administrativa que declare tal situación y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata, sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial (art. 172.1 CC). Como novedad sobre esta previsión legal hay que señalar la obligación de notificar la resolución al menor afectado y, además, como vemos, se precisan la forma y el plazo en que se ha de notificar la resolución a los progenitores o guardadores legales y al propio menor.

Esta resolución administrativa tiene como presupuesto la constatación de que concurre tal situación de hecho de forma no meramente transitoria, sino estable. Al respecto, estamos de acuerdo con De Pablo Contreras cuando concluye que la reforma de 2015 ha asumido como criterio general que la constatación de la situación de desamparo del menor como un hecho estable, no circunstancial ni transitorio, al que ha de atender la entidad pública, se produzca en el ejercicio de las potestades administrativas que preceden a la resolución en que se declara; y en estas situaciones previas (las de riesgo o sometimiento a la guarda solicitada o asumida de forma provisional) tiene lugar siempre la valoración del posible desamparo del menor con participación de su familia (padres, tutores o guardadores de hecho). Solo esto puede explicar que en su redacción actual, el artículo 172.1 CC considere que la entidad pública puede dictar de oficio la resolución administrativa que declare a un menor en desamparo, pues únicamente el hecho de que los progenitores, tutores o guardadores hayan sido oídos en una situación jurídica precedente justifica que esta norma se

74 Sobre el procedimiento administrativo de declaración legal de desamparo de un menor, véase Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. scit., pp. 404-407.

Ministerio de Justicia

limite a prever su notificación como presupuesto que le permite recurrirla, junto con otros sujetos también legitimados y con carácter revisor, ante la jurisdicción civil[75].

Conviene recordar, asimismo, que esta tutela atribuida *ex lege* a la entidad pública lleva consigo paralelamente la suspensión de la patria potestad o la tutela ordinaria, y la asunción de las funciones propias de la tutela ordinaria, sin perjuicio de los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación y beneficio del menor (art. 172.1 CC). Además, la reforma incluye una novedad en este precepto, y es que la entidad pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1, párrafos 3 y 4, CC), pues recordemos que antes de la reforma solo era posible la suspensión de las mismas.

Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa de la situación de desamparo, los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida o los tutores que tengan suspendida la tutela podrán solicitar a la entidad pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo si entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela, lo que supone una novedad para los tutores, pues la regulación anterior no los legitimaba expresamente para instar esta solicitud[76].

Igualmente, durante el mismo plazo de dos años podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor[77]. Pero pasado dicho plazo decae este derecho de los padres o tutores[78] y solo el Ministerio Fiscal podrá impugnar la resolución de la entidad pública, lo que implica igualmente otra novedad que incluye la reforma. En cualquier caso, durante ese plazo de dos años la entidad pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando

---

75 De Pablo Contreras, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 132-133.

76 La revocación del desamparo se regula en el artículo 172.3 CC, a cuyo tenor: «La Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal».

77 *Vid*. los artículos 779 y 780 LEC, que regulan la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Ambos preceptos son modificados por la Ley 26/2015, que unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas sobre protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacía respecto a las declaraciones de desamparo.

78 No obstante, podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

Ministerio de Justicia

exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (art. 172.2 CC).

En suma, pues, como apunta Lázaro González, con esta reforma del artículo 172 CC se incorporan garantías tanto en lo que se refiere a la notificación de la resolución de desamparo como a los plazos que vienen a asegurar la rapidez que exige una decisión de estas características y a la posibilidad de oponerse a la misma. El sistema quiere evitar que dotar al niño de una solución estable para su protección sea una pura ficción en la ley o que la atención inmediata, que ya estaba prevista, le coloque en una indefinición en cuanto a su futuro[79].

Por consiguiente, la declaración de desamparo conlleva como primer efecto la separación del menor de su núcleo familiar, lo que no obsta para que el objetivo a seguir sea facilitar la reintegración del menor con su familia de origen una vez que la situación se haya normalizado y su vuelta no resulte perjudicial para aquel. Este principio de prioridad de la familia de origen, igualmente aplicable en situaciones de riesgo como en situaciones de desamparo, es acogido por el legislador antes y después de la reforma. Así, actualmente la LOPJM obliga expresamente a la entidad pública que asuma la tutela de un menor a elaborar un plan individualizado de protección incluyendo un programa de reintegración familiar cuando esta sea posible (art. 19 *bis* LOPJM).

5.3.3. Sobre el retorno del menor con su familia de origen

En todo caso, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico, tal como establece el artículo 19 *bis* LOPJM.

Este artículo incorpora los criterios que la sentencia ya citada del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009 ha establecido para decidir si la reintegración familiar procede en interés superior del menor. En concreto, dicha resolución dispone que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es necesario que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido

79 Lázaro González, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», ob. cit., núm. 11, 2015, p. 6 (versión electrónica).

Ministerio de Justicia

en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico[80].

En este orden de ideas, cabe citar como ejemplo el supuesto que resuelve la STS de 21 de diciembre de 2016. En este caso los padres de un menor se oponen a la resolución administrativa que acuerda el acogimiento familiar preadoptivo de su hijo. Todas las instancias judiciales coinciden en que si la vuelta del menor con su familia de origen puede ser ya perjudicial, si no se considera beneficioso para él retornar con su familia natural, no se puede decidir en contra del interés del menor, que en este supuesto concreto pasa por quedarse con su familia de acogida. El Tribunal Supremo recuerda que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas; y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de función subordinada al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para su interés, contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con dichas medidas.

Como añade el Supremo, una consecuencia del mandato del artículo 39 CE, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, con idéntica finalidad. En concreto, el artículo 19 bis, que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, dispone en el número 3 que «para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma [...]. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma». Tal ponderación, concluye el Tribunal Supremo, ha sido llevada a cabo por la sentencia recurrida, poniendo el acento en el informe emitido por la psicóloga forense, del que se infiere que por el tiempo transcurrido, por la integración en la familia de acogida y su entorno, así como por los vínculos afectivos con la misma, no se considera beneficioso para él retornar a la familia natural, ya que no puede predicarse que dicho retorno garantice sus derechos, no por causa de la madre sino por el entorno familiar de ella. Por tanto, ante

80 STS ,31 de julio, 2009 (RJ 2009/4581). Posteriormente, han recogido esta doctrina, entre otras, las SSTS, de 13 de junio 2011 (RJ 2011/4526), de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/2362) y de 28 de septiembre 2015 (RJ 2015/2293).

Ministerio de Justicia

ese interés superior del menor debe ceder el de los padres biológicos recurrentes, no por motivos de recursos económicos, que sería contrario a la legislación actual (art. 18 LOPJM), si ese fuese el único factor valorado, sino en atención a los vínculos existentes ya entre el menor y sus acogedores, así como por las circunstancias que dieron lugar a las medidas iniciales de protección, de las que se hace eco el informe de la psicóloga forense.

En suma, pues, el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (SSTS de 13 de junio de 2011, y de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de función subordinada al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés de aquel (STS de 31 de julio de 2009)[81].

En línea con lo expuesto, cuando se trate de menores extranjeros no acompañados, se procurará también la búsqueda de su familia y el restablecimiento de la convivencia familiar, siempre que se estime que dicha medida responde a su interés y no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad (art. 19 bis, 5 LOPJM).

Por otro lado, partiendo de las consideraciones anteriores, la entidad pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés; decisión que se tendrá que notificar al Ministerio Fiscal (art. 172.3 CC)[82].

Asimismo, atendiendo a la provisionalidad y temporalidad de las medidas, la reforma incluye también como novedad las causas específicas por las que puede cesar la tutela del menor declarado en desamparo. En concreto, el artículo 172.5 CC dispone: «La Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la

81 STS de 21 de diciembre (RJ 2016/6271).

82 Como apunta Berrocal Lanzarot, aunque no se especifica, como en la regulación anterior, que tal decisión de revocar la situación de desamparo se puede hacer en todo momento, se entiende que puede ser así, esto es, en ese plazo de dos años o transcurrido el mismo (Berrocal Lanzarot, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015, p. 7).

Ministerio de Justicia

desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 y 277.1, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país.

b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor[83].

c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido».

6. INSTITUCIONES DE GUARDA Y PROTECCIÓN DEL MENOR

Las instituciones protectoras de la infancia y la adolescencia, que ahora veremos con más detalle, se concretan, como sabemos bien, en la guarda, el acogimiento y la adopción del menor, cada una de ellas en sus distintas modalidades. Dichas instituciones han sido objeto también de importantes modificaciones por la Ley 26/2015.

6.1. La guarda

6.1.1. Guarda provisional

Por lo que respecta a esta figura de la guarda, haremos referencia, en primer lugar, a la denominada guarda provisional, que la reforma introduce dentro de las medidas de atención inmediata para atender a situaciones de urgencia, sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores. En concreto, se establece que la entidad pública podrá asumir, en cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la guarda provisional de un menor prevista en el artículo 172.4 CC, que será comunicada al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias que sean necesarias para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo (art. 14 LOPJM).

De acuerdo con el remitido artículo 172.4 CC: «En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal,

83 *Vid*., asimismo, el artículo 18.4 LOPJM, a cuyo tenor: «En caso de traslado permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a ésta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante lo anterior, cuando la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la evolución de este».

Ministerio de Justicia

procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo.

Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de este, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias.

Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública».

Se trata, como vemos, de una figura que introduce la reforma en virtud de la cual la entidad pública adquiere la guarda provisional del menor que necesita cuidado y atención inmediatos, mientras se investigan sus circunstancias y se constata su situación real. Dado que hablamos de una concreta modalidad de guarda de menores, la entidad pública no asume la tutela del menor en cuestión, únicamente su guarda y, por ende, el deber de velar por él, que ejercerá mediante el acogimiento.

Se requiere resolución administrativa para su constitución, que deberá comunicarse al Ministerio Fiscal, debiendo mantenerse esta medida durante el plazo más breve posible. Como explica el legislador, la guarda provisional, aunque imprescindible para atender situaciones de urgencia, debe tener límites temporales, pues en otro caso podrían generarse situaciones de inseguridad jurídica, si bien es cierto que no se indica expresamente cuál debe ser ese breve plazo. Por ello, se prevén las obligaciones de las entidades públicas y el papel a desempeñar por el Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa. Con todo, creemos que debería haberse fijado el tiempo máximo que puede prolongarse dicho plazo, para una mayor seguridad jurídica, siquiera fuera con posibilidad de prórroga con carácter excepcional[84].

6.1.2. Guarda voluntaria o asistencial

Por otro lado, hay que tener presente la llamada guarda voluntaria o guarda asistencial, esto es, la solicitada por los padres o tutores que no puedan cuidar del menor por circunstancias graves y transitorias, que pasa a regularse en el artículo 172 *bis* CC.

84 *Vid*. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La guarda y el acogimiento de menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 9, 2015, p. 1. En palabras de Moreno-Torres, habrá que ver cómo se aplican estas disposiciones legales y cómo se interpreta la brevedad del plazo, especialmente en situaciones como la de los menores extranjeros no acompañados, para que no se produzcan dilaciones en las declaraciones de desamparo que haya que dictar (Moreno-Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 30).

Ministerio de Justicia

Estas causas no vienen especificadas en la legislación, si bien es cierto que deberá tratarse de causas ajenas a la voluntad de los progenitores o causas involuntarias o de fuerza mayor. En todo caso, tales circunstancias deben estar debidamente acreditadas con el fin de impedir que se utilice esta figura como medio arbitrario para que los padres o tutores deleguen temporalmente sus deberes de guarda[85].

En cuanto su formalización: «La entrega voluntaria de la guarda se hará por escrito dejando constancia de que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Entidad Pública garantizándose, en particular a los menores con discapacidad, la continuidad de los apoyos especializados que vinieran recibiendo o la adopción de otros más adecuados a sus necesidades» (art. 172 *bis* CC). Una vez que se tramite la solicitud de guarda, siguiendo los trámites del procedimiento administrativo común[86], la entidad pública dictará la resolución administrativa sobre la asunción de la guarda por la entidad pública, así como sobre cualquier variación posterior de su forma de ejercicio, que será fundamentada y comunicada a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal (art. 172 *bis* CC). Es decir, deberá motivarse y notificarse fehacientemente a quienes tengan la condición de interesados en el procedimiento y al Ministerio Fiscal[87].

La reforma introduce como novedad una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo (art. 19 LOPJM). Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores[88] o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser

85 Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», cit., p. 132.

86 A falta de especificación concreta en la legislación aplicable, fundamentalmente autonómica (Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 399).

87 Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 399-400. Como apunta la autora citada, dicha resolución responde a una petición concreta, por lo que debe ser congruente con lo pedido, es decir, la respuesta de fondo debe decidir sobre la asunción de la guarda. Si las circunstancias del caso justifican la adopción de una decisión distinta a la asunción o no asunción de la guarda tal como se solicita por los progenitores o tutores, deberá iniciarse —esta vez de oficio— un procedimiento distinto tendente, por ejemplo, a apreciar una posible situación de desamparo. Lo que no parece razonable es que se solicite una guarda voluntaria y se obtenga como respuesta una declaración de desamparo. Los procedimientos a seguir en uno y otro caso son distintos, empezando por su distinto modo de iniciarse (a petición de progenitores o tutores de oficio, respectivamente) y siguiendo por otros aspectos en la tramitación y en la resolución expresa o no del procedimiento (efectos del silencio, por ejemplo). La regulación de los procedimientos no se contiene en la ley, de modo que será de aplicación lo establecido en la legislación sobre procedimiento administrativo común.

88 Téngase en cuenta en este orden de ideas el artículo 19 *bis*, apartados 2, 3 y 4, LOPJM, conforme al cual: "Cuando del pronóstico se derive la posibilidad de retorno a la familia de origen, la Entidad Pública aplicará el programa de reintegración familiar, todo ello sin perjuicio de lo

Ministerio de Justicia

declarado en situación legal de desamparo. De esta manera se pretende evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a la Administración pública *sine die*, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia. En estos supuestos de guarda voluntaria será necesario el compromiso de la familia de someterse, en su caso, a la intervención profesional (art. 19 *in fine* LOPJM).

Resumiendo, pues, lo que hasta aquí se ha expuesto, si bien la declaración de desamparo conlleva, como vimos *ut supra*, la asunción de la tutela *ex lege* por la Administración pública y la correlativa suspensión de la patria potestad, la guarda voluntaria no afecta a la patria potestad en el sentido de que los padres no son suspendidos en su ejercicio, únicamente afectará a sus deberes de guarda, que pasan a ser asumidos por la entidad pública competente. Con todo, dado el principio básico de reintegración familiar del menor, ambas figuras son de carácter provisional, cesando tan pronto como acabe la situación que les dio lugar o, en su caso, dando lugar a la adopción de una medida de protección permanente[89].

Sea como fuere, tanto la tutela como la guarda se ejercerán a través del acogimiento familiar o, de no ser este posible, mediante un acogimiento residencial. Sobre esta figura del acogimiento y sus modificaciones repararemos a continuación, pero antes de ello destacaremos otra novedad también relevante que incluye la reforma cuando el menor queda bajo la guarda o tutela de la Administración. En estos casos se permite a la entidad pública establecer una cantidad que deben abonar los progenitores o tutores «para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos» (art. 172 *ter*, apartado 4, CC). Como señala Campo Izquierdo, con esta previsión se pone fin a un vacío legal que solía verse en los procesos de familia respecto a quién

---

dispuesto en la normativa relativa a los menores extranjeros no acompañados. Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. Cuando se proceda a la reunificación familiar, la Entidad Pública realizará un seguimiento posterior de apoyo a la familia del menor».

89 Siguiendo a Sáinz-Cantero Caparrós, es lógico que, si la familia se considera el mejor entorno para el desarrollo integral del menor, tanto la tutela administrativa como la guarda estén concebidas como algo provisional. Y esta característica, tanto de la tutela como de la guarda, se ha querido intensificar en la reforma por comprometer el fin último de las medidas de protección sobre el menor: su reintegración familiar, si es posible (Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 137).

Ministerio de Justicia

debe sufragar los gastos del menor cuando queda bajo la guarda y custodia de la Administración mediante una medida de protección. Antes de la reforma lo habitual era que fuese la propia Administración pública, vía presupuestos, la que sufragara esos gastos y no sus progenitores[90]. Con la reforma, como vemos, se pretende cambiar esta tendencia[91].

6.1.3. Guarda judicial

Además de la guarda provisional y la voluntaria hasta aquí expuestas, recordemos que existe también la guarda judicial. A esta se refiere el legislador cuando establece que la entidad pública asumirá la guarda del menor cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda. Así se contemplaba antes de la reforma (art. 172.2 *in fine* CC) y después de la misma (art. 172 *bis* 2 CC). Consiguientemente, en cualquier procedimiento civil o penal el juez puede ordenar como medida de protección del menor que su guarda se ejerza por terceras personas, normalmente familiares o la entidad pública, hasta que se dispongan medidas definitivas (art. 158.6 CC)[92]. Siguiendo a Moreno-Torres, cabe destacar la similitud de esta figura con la guarda provisional que vimos al comenzar este epígrafe, dadas la vocación de transitoriedad de ambas medidas hasta que se esclarezcan los hechos que dan lugar a las mismas y su finalidad de proteger con carácter urgente[93].

6.1.4. Guarda de hecho

Por último, no podemos acabar este somero análisis sobre la guarda del menor de edad sin mencionar la guarda de hecho. Como sabemos, esta figura existe cuando alguna persona que no está investida oficialmente de funciones tutelares respecto de un menor asume y ejerce de hecho tales funciones. Ya antes de la reforma, se preveía que la autoridad judicial que tuviese conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podría requerirle para que informase de la situación personal y patrimonial del

---

90 Campo Izquierdo, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», *La Ley. Derecho de Familia*, 2014, p. 1.

91 Ello no obstante, cabe destacar, siguiendo a Bercovitz Rodríguez-Cano, que esta última previsión del citado precepto referida a los gastos «derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos» no parece tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1903 CC, tanto los padres como los tutores responden de los daños causados por los hijos y tutelados menores, respectivamente, únicamente si están bajo su guarda y custodia y, por definición, este no es el caso (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La guarda y el acogimiento de menores», ob. cit., núm. 9, 2015, p. 2).

92 Moreno-Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 29.

93 Pero en la guarda provisional es la entidad pública la que acuerda la medida de guarda, ya que no nos hallamos ante un proceso judicial, sino en situaciones como la de los menores extranjeros no acompañados o menores de corta edad que son localizados solos, sin que, en principio, exista ilícito penal alguno (Moreno-Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 31).

Ministerio de Justicia

menor y de su actuación en relación con el mismo, pudiendo establecer además las medidas de control y vigilancia que considerase oportunas (art. 303 CC).

Ahora, tras la reforma, el mismo artículo añade que, cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Además, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores (art. 303.1, segundo párrafo CC). Asimismo, la reforma establece que procederá la declaración de situación de desamparo de los menores en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados legalmente en el artículo 172 CC. En este caso, si bien es cierto que la tutela de los menores en situación de desamparo corresponde por ministerio de la ley a la entidad pública, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela de este, como es el guardador de hecho, se las nombrará como tutoras conforme a las reglas ordinarias (art 239. 1 y 2 CC). En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (art. 303.2 CC)[94].

6.2. El acogimiento como figura para ejercer la guarda o tutela del menor

Cuando el menor en situación de desprotección no puede permanecer o tiene que ser separado de su familia de origen, la entidad pública competente deberá acordar su acogimiento. Esta es, efectivamente, la figura que nuestro ordenamiento prevé como cauce para ejercer la tutela o la guarda del menor por parte de la entidad pública[95].

---

94 Al respecto, Moreno-Torres Sánchez destaca lo novedoso de esta legitimación del guardador de hecho para promover ante el juzgado la privación o suspensión de la patria potestad y el nombramiento de tutor. Además, ya no es necesario un procedimiento separado para acordar la privación, sino que en el mismo procedimiento de tutela se puede acordar la privación o suspensión. Hasta ahora, concluye la autora, no existía un criterio uniforme en esta materia, lo cual había dado lugar a una gran inseguridad jurídica a los menores y sus guardadores, ya que ante situaciones iguales existía una respuesta distinta (Moreno-Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 27).

95 Como explica Berrocal Lanzarot, desde que la entidad pública asume la tutela de un menor en desamparo hasta que este menor se reintegra en su familia o se da en adopción, puede transcurrir un período de tiempo durante el cual es preciso que el menor participe de un ámbito familiar idóneo. Máxime si la ley establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración familiar y social (art. 11.2c LOPJM). Y lo mismo sucede cuando, hasta la reintegración en su familia de origen, las entidades públicas asumen la guarda de ciertos menores, en virtud de solicitud de los progenitores o tutores o por decisión judicial. Por lo que la figura del acogimiento familiar responde básicamente al citado principio rector que impone a la entidad pública el deber de procurar al menor un ambiente familiar idóneo (Berrocal Lanzarot, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», ob. cit., pp. 8-9).

Ministerio de Justicia

Dicho acogimiento puede ser familiar o residencial. En el primer caso, la Administración delega la guarda en la persona o personas de los acogedores, mientras que en el acogimiento residencial, la guarda se delega en el director o responsable del centro donde esté acogido el menor. Ya antes de la reforma se establecía expresamente la preferencia del acogimiento familiar sobre el residencial. Es decir, solo cuando el acogimiento familiar no fuera posible o conveniente para el interés del menor, se acudiría al acogimiento residencial. Y ello porque la familia se considera el mejor entorno para favorecer el libre desarrollo de la personalidad del menor. En la legislación actual esta preferencia se plasma efectivamente en diversos preceptos, tales como el artículo 21.3 LOPJM, conforme al cual, 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.

6.2.1. Principales novedades del acogimiento tras la reforma de 2015

Como novedad cabe destacar la supresión del acogimiento familiar judicialmente constituido, con objeto de favorecer la agilidad y preservar el interés de los menores. De esta forma, se equipara al acogimiento residencial en cuanto a la forma de constituirlo, ya que no requiere intervención del juez, incluso aunque no exista previa conformidad de los progenitores o tutores. Consiguientemente, tras la reforma el acogimiento se formaliza en todo caso por resolución de la entidad pública que tenga la tutela o la guarda (art. 20.2 LOPJM). Se trata de una modificación que ya se demandaba desde diversos sectores, pues con la regulación anterior la necesidad de instar un proceso judicial para establecer acogimientos era fuente de dilaciones, complicaciones procesales y de duplicidad de procedimientos. De ahí que fuera bien recibida esta modificación de su constitución, simplificando el procedimiento, sin perjuicio, claro está, del control jurisdiccional de la resolución administrativa de acogimiento si la misma es impugnada por persona legitimada[96].

Otra novedad reseñable que introduce la reforma es la necesidad, como ocurre en la adopción, de que se valore la adecuación de los acogedores, y se definen los criterios de la misma, criterios que no estaban hasta ahora recogidos en la normativa estatal. Así, con la nueva ley, el acogimiento se formalizará previa valoración de la adecuación de la familia para tal fin[97].

---

96 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014. En contra de la administrativización del acogimiento se manifiesta Campo Izquierdo. El autor dice que le preocupa que el acogimiento, como ya ocurrió en su día con el desamparo, se administrativice, porque entiende que con ello se pretende evitar el control jurisdiccional que, nos guste o no, da mayores garantías a las familias de origen y al menor de cara a evitar situaciones de indefensión y, sobre todo, de control sobre actuaciones realizadas para reintegrar al menor con su familia de origen o extensa, antes de iniciar trámites de acogimiento permanente o adopción con terceros (Campo Izquierdo, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», ob. cit., pp. 1-2).

97 «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

Ministerio de Justicia

Sobre este particular, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2018 (RJ 2018/2792). El supuesto en cuestión tiene su origen en la solicitud de acogimiento por parte de la abuela materna de una menor declarada en desamparo, solicitud que fue desestimada por resolución administrativa alegando la falta de idoneidad de la solicitante. La abuela se opone a dicha resolución y formula demanda ante el juez de primera instancia, que la desestima al entender que la resolución adoptada es conforme a derecho y atiende al interés superior de la menor. El juez en este caso se apoya fundamentalmente en el contenido del informe emitido por el equipo psicosocial adscrito al juzgado. La abuela interpone recurso de apelación y la audiencia provincial lo estima revocando la sentencia de primera instancia. En esta ocasión, la Audiencia no comparte la valoración que efectúa el juzgado de primera Instancia para sustentar su fallo desestimatorio, porque entiende que los factores desfavorables que se recogieron en el informe psicosocial no son de tal entidad como para considerar a la abuela inhábil o inadecuada para ostentar la condición de acogedora. La Administración pública interpone recurso ante el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal recuerda que entre los principios rectores que establece la legislación para los poderes en relación con los niños se prevé «el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés» (art. 11. 2 b LOPJM). El Supremo sostiene que la abuela es capaz, a pesar de las dificultades que la acucian y posiblemente algo afectada por las mismas, de proporcionar a la menor el ambiente familiar y de estabilidad emocional que la Administración pública está deseando procurar para la misma, por lo que desestima el recurso.

Por otro lado, se mantiene la distinción entre acogimiento en familia extensa del menor y acogimiento en familia ajena. Este último podrá ser especializado cuando se desarrolle en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral (art. 20.1 LOPJM)[98].

Se regula asimismo un catálogo de derechos y deberes de los acogedores (art. 20 *bis* LOPJM). La trascendente función desempeñada por las familias de acogida hace muy conveniente que una disposición general perfile su estatus y así se había destacado

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». Además, como apunta el legislador, «cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento» (art. 20.2 LOPJM).

98 Además, el acogimiento especializado podrá ser profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la entidad pública (art. 20.1 *in fine* LOPJM).

Ministerio de Justicia

en las conclusiones de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Se incluye, en primer lugar, un amplio elenco de derechos destinados a permitir a los acogedores el ejercicio adecuado de sus funciones en beneficio del interés del menor[99]. Entre tales derechos que contempla la reforma, cabe destacar especialmente el derecho a ser oídos por la Entidad pública antes de que ésta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen [art. 20 *bis* 1, letra b LOPJM]. Se considera acertada esta previsión no solo porque supone el reconocimiento del interés legítimo de los acogedores en estas decisiones, sino por el hecho de que los mismos pueden aportar información valiosa para coadyuvar al acierto en la toma de decisiones. Lo mismo puede decirse del reconocimiento del derecho a ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada (art. 20 *bis* 1, letra d) LOPJM)[100]. También es destacable el derecho a relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la entidad pública entiende que conviene a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 20 *bis* 1, letra m LOPJM).

Junto con este elenco de derechos se incorpora asimismo un catálogo de deberes de los acogedores, tales como velar por el bienestar y el interés del menor, oír al menor antes de tomar decisiones que le afecten, asegurarle la plena participación en la vida familiar, informar a la entidad pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor, respetar y facilitar las relaciones del menor con su familia de origen en la medida de sus posibilidades y en el marco del régimen de visitas establecido y facilitar, en su caso, la reintegración familiar (art. 19 *bis* 2 LOPJM).

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las mismas obligaciones que se imponen a los progenitores de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. La reforma precisa, como novedad, que cuando se trate de un menor discapacitado deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (art. 173.1 CC).

Por otro lado, la constitución del acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera

99 Lázaro González, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», ob. cit., núm. 11, 2015, p. 7 (versión electrónica).

100 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014, pp. 34-35.

Ministerio de Justicia

mayor de doce años (art. 173.2 CC). La reforma incluye en este precepto la intervención del menor acogido, que no se contemplaba en la anterior regulación.

Además, también como novedad, se contemplan los derechos del menor acogido, destacando, entre otros, el derecho a relacionarse con su familia de origen, sobre el que trataremos posteriormente, el derecho a mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si conviniera a su interés superior y siempre que lo consintieran el menor, la familia de acogida y la de origen, y el derecho a pedir el cese del acogimiento (art. 21 *bis* LOPJM).

6.2.2. Acogimiento familiar: tipos

En otro orden de ideas, hay que tener presente, asimismo, que la nueva ley suprime el acogimiento familiar provisional, que ya no se entiende necesario ante la simplificación de la figura, y suprime también el acogimiento preadoptivo, que se configura expresamente como una fase del procedimiento de adopción[101]. Con ello, explica el legislador, se introduce claridad en los verdaderos supuestos de acogimiento familiar, que quedarán concretados en los tres siguientes: de urgencia, temporal y permanente:

a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda. El objetivo es limitar lo máximo posible el tiempo de duración de la transición, dada la corta edad del menor[102].

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este 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. Este acogimiento tendrá 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[103].

c) 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

101 Cabe mencionar de nuevo aquí la disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, a cuyo tenor todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 *bis* CC.

102 Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., p. 412.

103 De acuerdo con la Disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis CC.

Ministerio de Justicia

tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (art. 173 *bis* CC)[104].

6.2.3. Acogimiento residencial

En cuanto al acogimiento residencial, como se viene apuntando, es subsidiario del familiar, y así lo establece expresamente el legislador en diversos preceptos.

«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, y excluyendo la medida 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. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses» (art. 21.3 LOPJM)[105].

Ello se explica, en palabras de Sáinz-Cantero Caparrós, porque la familia se considera de forma unánime como el instrumento social más idóneo para la transmisión de valores y pautas de conducta, para la formación y el pleno desarrollo personal del menor. Sin embargo, en ocasiones, el acogimiento residencial puede resultar la medida más

---

104 Berrocal Lanzarot realiza una comparación de estas modalidades que establece la reforma con las tres que contemplaba la regulación anterior: acogimiento familiar simple, preadoptivo y permanente. Así, explica la autora, el acogimiento familiar simple está, al igual que el acogimiento temporal actual, caracterizado por la nota de transitoriedad. De hecho, tal acogimiento simple obedecía a los supuestos en que era seguro o previsible que la guarda concluiría con la reinserción del menor en su propia familia, al haber tenido lugar por un desamparo motivado por razones coyunturales o guarda asumida de modo transitorio por la entidad pública a solicitud de los padres (antiguo art. 173 *bis* 1 CC); o, también como recurso provisional hasta que se toma una decisión sobre la asunción de una medida de carácter más estable para el menor —adopción o constitución de la tutela ordinaria—. No se establecía plazo, a diferencia de la regulación actual, donde el acogimiento familiar temporal tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor determine la necesidad de una prórroga de la medida por la inmediata o previsible reintegración en la familia de origen o la adopción de otra medida de protección definitiva. En cuanto al antiguo acogimiento familiar permanente, tenía lugar ante el carácter definitivo de las circunstancias que motivaron el desamparo, que no hacían posible la reinserción del menor en su familia, y sin que además fuera conveniente la adopción para el menor —por su edad avanzada—. De ahí, la exigencia de un acogimiento más estable y desprovisto de la nota de transitoriedad. Sin embargo, en la actual regulación se adoptará tal acogimiento cuando finalice el plazo de dos años de acogimiento temporal y no sea posible la reintegración en la familia de origen o en los casos de menores con necesidades especiales o cuando la situación del menor y su familia así lo aconsejen (Berrocal Lanzarot, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», ob. cit., p. 15).

105 Este carácter prioritario del acogimiento familiar se establece asimismo en el artículo 172 *ter* 1 CC al disponer que la guarda «se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial».

Ministerio de Justicia

indicada atendiendo al interés superior del menor, una vez valoradas sus circunstancias personales, familiares y sociales[106]. Tal preferencia conlleva, asimismo, que cuando se acuerde un acogimiento residencial una de las obligaciones que competa a las entidades públicas y los centros de acogimiento sea la de promover la relación y colaboración familiar, programándose al efecto los recursos necesarios para posibilitar el retorno del menor a su familia de origen, si se considera que es conveniente para su interés (art. 21.1e) LOPJM). Además, ha de contar con un plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución (art. 21.1b) LOPJM). De esta manera, la reforma impone a la entidad pública el deber de elaborar planes de trabajo con las familias desde el momento en que se constituye el acogimiento residencial, con objetivos claros y evaluables en un plazo de tiempo determinado, para evitar que los acogimientos residenciales se perpetúen y no puedan ensayarse otra vías de convivencia familiar[107].

La reforma establece, asimismo, que todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la entidad pública, debiendo respetar el régimen de habilitación lo dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio (art. 21.2 LOPJM)[108].

6.2.4. Régimen de visitas del menor acogido

Por último, otra novedad destacable es la posibilidad de que la entidad pública acuerde, para el menor sometido a acogimiento familiar o residencial, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones, siempre que sea conveniente para su interés. Para ello se requiere oír al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años[109].

En estrecha relación con lo anterior, la reforma modifica, asimismo, el artículo 161 CC, que pasa a disponer que la entidad pública competente regulará las visitas y

106 Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», ob. cit., p. 145.

107 Moreno-Torres Sánchez, J., *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, ob. cit., p. 41.

108 Sobre estos centros de protección de menores véase Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», ob. cit., pp. 423-426.

109 «La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa» (art. 172 *ter*, 3, CC).

Ministerio de Justicia

comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal[110]. En esta misma línea, como adelantamos *ut supra*, la LOPJM —tras la reforma— establece que el menor acogido, con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre, tendrá derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la entidad pública (art. 21 *bis* 1 d)[111]. Por tanto, con la nueva normativa, la regulación de las visitas y comunicaciones del menor con su familia de origen corresponde a la Entidad pública. Es más, la intervención de la Entidad pública no acaba con la regulación del régimen de visitas, toda vez que ha de llevar a cabo también una función de control, tal como dispone el artículo 172 *ter* 2 CC *in fine*, a tenor del cual la «situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses» [112].

En línea con la cuestión básica que centra el objeto de este trabajo, lacual es el interés superior del menor en situación de desprotección, vemos como la entidad pública, a la hora de regular el régimen de visitas del menor acogido, ha de basarse en su interés superior, que, como se viene apuntado desde un inicio, es el criterio fundamental al que debe atenderse a la hora de adoptar cualquier decisión que le afecte. Por ello, aunque la regla general sea el mantenimiento de las relaciones del menor con su familia de origen, cuando dichas relaciones perjudiquen su interés se procederá a la suspensión del régimen de visitas inicialmente fijado.

Al respecto, puede verse, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5635). El caso en cuestión parte de la oposición de los padres de dos menores a la resolución administrativa por la que se acuerda suspender, en interés de aquellos, el régimen de visitas de los progenitores. Los menores se encontraban entonces en situación de acogimiento familiar permanente. La sentencia

110 A tal efecto, el director del centro de acogimiento residencial informará a la entidad pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. En cualquier caso, como añade el mismo artículo 161 CC, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

111 Recordemos que los acogedores tienen, asimismo, el deber de «respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso» (art. 20 *bis* 2 e) LOPJM).

112 Martínez Calvo, J., «La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 253-254.

Ministerio de Justicia

dictada en primera instancia, después de resolverse que la entidad pública sí tiene legitimación para la suspensión o regulación del derecho de visitas de los menores con sus progenitores, conforme al artículo 161 CC, centra el debate en determinar si ello es en interés del menor. Se desestima el recurso y los padres interponen recurso de apelación. La audiencia provincial confirma íntegramente la sentencia dictada en primera instancia. Los padres recurren al Tribunal Supremo, que desestima igualmente el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Basándose en los informes aportados, la sentencia de instancia, confirmada después por el Supremo, destaca el pronóstico negativo respecto de una posible vuelta de los menores con sus progenitores. En particular, se apunta que, desde la suspensión cautelar de las visitas con los progenitores, se aprecia en los menores una notable mejoría en todos los niveles, pues se han ido estabilizando y ha mejorado su adaptación a las familias acogedoras y a sus entornos. No existe, en absoluto, ningún propósito de retorno ni a medio ni a largo plazo, por lo que no se estima conveniente ni mantener lazos ni crearlos, máxime cuando se tiene la garantía de que el contacto de los menores con miembros de la familia biológica desfavorecería la adecuada integración de los niños en sus nuevos mundos y realidades.

A nivel personal, y principalmente en el caso del hermano más pequeño, puede llevarle a una desestabilización emocional que derive en problemas de conducta y agudización de la sintomatología, dificultades de aprendizaje, falta de concentración, mayor agresividad, perjudicando su desarrollo evolutivo. Los aspectos positivos derivados de la falta de contacto con los progenitores tienen mucho más peso en la salud mental de los menores, que han sufrido sobremanera, que lo que pueda afectar en su cotidianeidad la posibilidad de que idealicen a sus padres, siendo la negligencia —voluntaria o involuntaria— de los progenitores rotunda y los daños causados, de graves consecuencias. Respecto al hermano mayor, la pediatra desaconseja firmemente las visitas con sus progenitores, porque esto supondría un nuevo trauma añadido a los ya sufridos. Considera que es un menor altamente dañado por las situaciones de maltrato infantil sufridas en su primera infancia. La nueva exposición a la presencia de sus maltratadores supondría un perjuicio importante en el menor, así como el empeoramiento de la estabilidad, que poco a poco va ganando con las nuevas vivencias con su familia de acogimiento, donde el menor se encuentra más seguro.

Así, la audiencia deduce que la decisión de la Administración responde al interés de los menores y por ello desestima la demanda de los padres. Además, la sentencia destaca que los padres no han aportado ninguna prueba a fin de acreditar que han variado las circunstancias tenidas en cuenta al suspender las visitas, ni que el beneficio de los menores pase por modificar lo acordado. Consecuentemente con todo lo expuesto, el Tribunal Supremo desestima igualmente el recurso de los progenitores, con base en el interés superior de los menores de edad.

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

6.3. La adopción

6.3.1. Consideraciones previas

Como sabemos bien, desde que se promulgara el Código Civil, la regulación de la adopción ha sido objeto de diversas e importantes reformas. Así, inicialmente, la adopción se reguló como una institución dirigida exclusivamente a satisfacer los intereses de continuidad patrimonial y familiar de los adoptantes[113]. Sin embargo, hoy se configura como un instrumento de integración familiar presidido por el interés prevalente del menor adoptado.

La regulación actual del instituto adoptivo se debe, en su mayor parte, a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. A raíz de su entrada en vigor, la adopción se basa en dos principios fundamentales: la configuración de la misma como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado, que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor se articulan en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación (arts. 108 y ss. CC)[114]. Así pues, esta ley supone un cambio categórico en la configuración del instituto adoptivo, que pasa de velar preferentemente por el interés del adoptante a

113 En esta línea, apunta Barber Cárcamo, el adoptante asumía un papel clave en la configuración de la adopción, toda vez que su constitución y sus efectos dependían de la voluntad de aquel. Se trataba así de proteger a toda costa a la familia legítima del adoptante. Consiguientemente, el adoptado no rompía todos los vínculos con familia biológica porque no adquiría un *status familiae* en la familia del adoptante, no se integraba en la misma ni adquiría derechos sucesorios; antes bien, la adopción solo le confería un *status filii* de contenido básicamente personal entre el adoptante y el adoptado al quedar este sometido a la patria potestad de aquel En palabras de la autora, en la adopción confluyen, al menos, dos presupuestos estructurales que la «condenan» a su frecuente reforma, o mejor, a su adaptación a las circunstancias circundantes. Uno: la adopción no es una institución jurídica construida sobre una realidad natural que el derecho deba respetar, reconocer y amparar. Y dos: las finalidades sociales a que la adopción ha dado respuesta a lo largo de los siglos han variado sustancialmente (Barber Cárcamo, R., «La filiación adoptiva», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales* (I), vol. V, Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 510).

114 Esta ley, en general, supuso la incorporación al Código civil de normas dispersas en la legislación administrativa, introduciendo así en él la figura del acogimiento como forma de protección de menores y reforzando la intervención de las entidades públicas competentes, al servicio del control del indeseable tráfico de niños. La Ley refiere en general la adopción a los menores no emancipados, reduce y flexibiliza los requisitos para adoptar, abriendo la institución más allá del matrimonio, y reordena los consentimientos exigibles para su constitución, tratando de conciliar la protección de los derechos de los padres biológicos con su indiscriminada oposición a la adopción. Por otra parte, clarifica la naturaleza judicial del acto constitutivo de la adopción, suprimiendo la necesidad de otorgar escritura pública, que se había revelado problemática e innecesaria (Barber Cárcamo, R., «La filiación adoptiva», ob. cit., p. 519).

priorizar el interés del adoptado por encima de cualquier otro; de la preservación de la familia legítima del adoptante a la inserción plena del adoptado en la misma; y del juego de la autonomía de la voluntad del adoptante en la constitución y efectos de la figura a su estricta constitución judicial y configuración *ex lege*[115]. Paralelamente, se debe resaltar también que la Ley 21/1987 aumenta notablemente la intervención en el trámite adoptivo de las instituciones públicas y de las privadas que colaboren con ellas. Así, para iniciar el expediente de adopción se exige la propuesta previa por parte de la entidad pública competente. Con esta exigencia de intervención administrativa en el proceso adoptivo, el legislador pretende acabar con el descontrol que existía en estas actuaciones preliminares[116]. En suma, pues, la referida ley implica a la Administración pública en la adopción mucho más intensamente, con la finalidad de garantizar los derechos del menor. Por último, es importante apuntar que con esta reforma también adquiere mayor relevancia la intervención judicial en la tramitación de la adopción, al suprimir el requisito de escritura notarial para formalizar la adopción. Con el nuevo texto legal, esta quedará constituida, únicamente, por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del menor. Se consagra así el carácter jurisdiccional de la adopción y se elimina la necesidad de otorgar escritura pública[117].

No obstante, pese al indudable avance que esta ley de 1987 supuso y a las importantes innovaciones que introdujo, lo cierto es que su aplicación también fue poniendo de manifiesto determinadas lagunas, a la vez que el tiempo transcurrido desde su promulgación hizo surgir nuevas necesidades y demandas en la sociedad. Ello propició la redacción de nuevas previsiones sobre la adopción en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. En concreto, esta ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes; es decir, a partir de dicha ley, los adoptantes deben ser declarados idóneos para poder adoptar a un menor. Dicho requisito habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es esta la que formula la propuesta, o directamente por el juez, en otro caso[118]. Además, el incremento notable en los últimos años de las

---

115 Barber Cárcamo, R., «La filiación adoptiva», ob. cit., pp.519-520.

116 En palabras de Gil Martínez, se había producido la aparición de verdaderas organizaciones, con fines no muy altruistas, sino más bien crematísticos, orientadas hacia la colocación de niños para ser adoptados, teniendo que someterse los interesados en adoptar, en muchos casos, a las exigencias fijadas por aquellas organizaciones. Los contactos con clínicas, instituciones religiosas y otras asociaciones acogedoras de niños abandonados permitían su actuación, en muchas ocasiones, ilícita. Como reiteradamente ha salido a la luz a través de los medios de comunicación, se ha llegado a producir un auténtico tráfico de niños que ha obligado a intervenir a la jurisdicción penal para poner coto a tales vicios, a los que no han sido ajenos los propios progenitores (Gil Martínez, A., *La reforma de la adopción: Ley 21/1987, de 11 de noviembre, comentarios y formularios*, Dykinson, Madrid, 1990, pp. 25-26).

117 En relación con aquella fase notarial, Gil Martínez apuntaba que «a más de suponer un trámite dilatorio, innecesario y encarecedor del instituto, no parece que tuviera mucha justificación» Gil Martínez, A., *La reforma de la adopción*, ob. cit., p. 13).

118 Como explica la exposición de motivos de la LO 1/1996, «este requisito, si bien no estaba expresamente establecido en nuestro derecho positivo, su exigencia aparece explícitamente en la

Ministerio de Justicia

adopciones de niños extranjeros por parte de adoptantes españoles hace también que la ley orgánica aborde parcialmente la regulación de la adopción internacional[119].

Precisamente, la creciente extensión de este fenómeno de la adopción internacional impulsa posteriormente la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Esta norma nace, efectivamente, con objeto de implementar una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada, capaz de dar respuesta al citado fenómeno de la adopción internacional en España. Cabe destacar especialmente que esta ley reconoce por primera vez de forma expresa el derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos, sea la adopción nacional o internacional[120]. De esta forma, el legislador atiende a lo que venía siendo una demanda social[121]. Este derecho del menor adoptado resulta clave, como veremos, para la incorporación en nuestro derecho de una de las principales novedades que introduce en materia de adopción la Ley 26/2015, la llamada adopción abierta, toda vez que esta nueva figura representa, en realidad, una aplicación concreta del derecho del niño a conocer sus orígenes[122].

Y, como la anterior, han ido surgiendo con posterioridad otras demandas que han impulsado recientemente, en el año 2015, una nueva reforma legal sobre protección de menores que ha incidido también sobre la adopción. En efecto, el paso del tiempo ha evidenciado de nuevo la necesidad de adaptar esta figura de la adopción a la realidad social vigente, esto es, a las circunstancias concurrentes actualmente que difieren de las que existían cuando se promulgaron las anteriores reformas[123]. Con

---

Convención de los Derechos del Niño y en el Convenio de La Haya sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional y se tenía en cuenta en la práctica en los procedimientos de selección de familias adoptantes».

119 La ley diferencia las funciones que han de ejercer directamente las entidades públicas de aquellas funciones de mediación que puedan delegar en agencias privadas que gocen de la correspondiente acreditación. Asimismo, establece las condiciones y requisitos para la acreditación de estas agencias, entre los que es de destacar la ausencia de fin de lucro por parte de las mismas. Además se modifica el artículo 9.5 del Código Civil estableciendo la necesidad de la idoneidad de los adoptantes para la eficacia en nuestro país de las adopciones constituidas en el extranjero, dando de esta manera cumplimiento al compromiso adquirido en el momento de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas que obliga a los Estados parte a velar por que los niños o niñas que sean adoptados en otro país gocen de los mismos derechos que los nacionales en la adopción.

120 Véanse, al respecto, los artículos 12 LAI y 180.5 CC.

121 En España, esta cuestión sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes había sido objeto de debate en los últimos años, tanto en los medios de comunicación como en la doctrina jurídica, y había dado lugar al nacimiento de movimientos asociativos y a diversas iniciativas de reforma legislativa que hasta ahora no terminaban de prosperar (Garriga Gorina, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 253).

122 Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 *ter*, 2016, pp. 68-69.

123 Como señala Garrido Chamorro, hasta tal punto ello es así que no resulta exagerado decir

Ministerio de Justicia

todo, estamos plenamente de acuerdo con Martínez de Aguirre cuando afirma que, si bien se trata de una reforma importante, no es estructural, pues las líneas maestras del régimen legal de la adopción no se han visto modificadas, aunque haya habido novedades importantes, como se pondrá de manifiesto enseguida. Así, la adopción sigue siendo básicamente un instrumento de protección de menores, mediante el establecimiento de un vínculo completo de filiación carente de base biológica, y la paralela eliminación de los vínculos legales eventualmente preexistentes; todo ello, además, con una fuerte intervención administrativa, que se mantiene, y con la interdicción de las adopciones privadas, que igualmente se mantiene[124].

6.3.2. Requisitos para adoptar. Aptitud e idoneidad de los adoptantes

En materia de adopción, el artículo 175 CC continúa exigiendo una edad mínima para poder adoptar (veinticinco años)[125], si bien se introduce como novedad que entre el

---

que la adopción, tal y como se concibe y regula en nuestra actual sociedad, en el derecho contemporáneo, es una figura de nueva planta, creación del nuevo legislador, que prácticamente nada tiene que ver con sus antecedentes históricos. Porque datos como la intensa intervención judicial y especialmente administrativa que preside los procedimientos de adopción, la subordinación de toda la regulación al principio o valor fundamental del interés del menor, la organización de toda la regulación de la materia dentro del ámbito de la normativa, instituciones y medidas de protección de menores o la generalización de un uso de esta figura caracterizado por su finalidad (dar un entorno familiar a menores, que por carecer del mismo se encontrarían con notables dificultades para su desarrollo afectivo y personal) y por la equiparación del trato que se da a estos hijos adoptivos y los biológicos, son indicios de una configuración de la institución que se encuentra enormemente alejada de las finalidades que históricamente se le atribuían (Garrido Chamorro, P., «La adopción», en Garrido de Palma, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Civitas, Navarra, 2015, p. 1075).

124 Martínez de Aguirre Aldaz, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, p. 322.

125 Así se establece en el artículo 175 CC en la redacción introducida en su día por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Como explica Alberruche Díaz-Flórez, con ello el legislador se mantenía fiel a dos características omnipresentes en el derecho español sobre capacidad para ser adoptante: una, la exigencia de una capacidad de obrar reforzada, más allá de la plena capacidad de obrar general que se consigue a la mayoría de edad; y dos, una paulatina disminución en la edad legalmente fijada, desde los cuarenta y cinco años cumplidos que exigía la redacción originaria del Código Civil, rebajada luego a treinta y cinco en la ley de 24 de abril de 1958, y a treinta años en la ley de 4 de julio de 1970. Cierto es, añade la autora, que el tener los veinticinco años no asegura la existencia de madurez en el individuo. Mas, se trata de buscar *a priori* mayores garantías en la protección que el ordenamiento dispensa al menor que va a ser adoptado. Además, la exigencia de tener esta edad va íntimamente ligada a la concurrencia de otros requisitos exigidos (básicamente a los que se requieren para ser declarado idóneo), que difícilmente podría reunir una persona menor de esa edad [Alberruche Díaz-Flórez, M.ª M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia,* en *La Ley* (Derecho de Familia), núm. 7, octubre 2015, p. 3 (de la versión electrónica)].

Ministerio de Justicia

adoptante y el adoptado haya una diferencia de edad, como mínimo, de dieciséis años, y, como máximo, de cuarenta y cinco[126], salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 CC[127]. Esta diferencia de edad máxima se incorpora para evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad provoquen distorsiones no deseables[128]. En este orden de ideas, es cierto que ya con anterioridad a la reforma se venía denegando la idoneidad de los solicitantes de la adopción cuando estos tenían una edad elevada.

Así, en un supuesto en el que el hombre que pretendía adoptar a un menor junto con su mujer tenía setenta y un años, el tribunal señala que «una diferencia generacional excesiva con el futuro hijo compromete a medio plazo la viabilidad del proyecto adoptivo, al tenerse que enfrentar la familia en el futuro al doble estresor de atender la crianza del menor y al proceso natural de envejecimiento del esposo; esta realidad objetiva e insoslayable, fruto del inexorable paso del tiempo, constituye a juicio de la Sala un obstáculo que pone en peligro el éxito de una adopción, no solo a causa de la magnitud del bache generacional que podría existir, sino también por el progresivo declive de las facultades físicas que implica la senectud» [SAP Valencia (Sección 1.ª) de 13 de septiembre de 2004 (RJ 2005\1147)].

Por otro lado, con la reforma se permite la adopción conjunta o sucesiva también por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, equiparando de esta forma a las parejas de hecho con los matrimonios (art. 175.4 CC). Y ello comprende la pareja de hecho heterosexual y homosexual. En rigor, la posibilidad de que una pareja de hecho adoptase a un menor se admitía con anterioridad a la reforma; si bien no de forma expresa, sí implícitamente, en virtud de la disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987, que equiparó, a los efectos de la adopción, a los cónyuges con los integrantes de una pareja estable heterosexual al disponer: «Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Consiguientemente, quedaba excluida en todo caso la adopción por una pareja

126 Antes de la reforma la diferencia de edad mínima se establecía en catorce años, y nada se imponía sobre la diferencia de edad máxima.

127 Se exceptúa este requisito de diferencia de edad máxima en casos especiales. Concretamente, cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª) ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; 2.ª) ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal; 3.ª) llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo; 4.ª) ser mayor de edad o menor emancipado (art. 176.2 CC). Asimismo, si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior (art. 175.1 *in fine* CC).

128 En opinión de Campo Izquierdo, este límite va encaminado a evitar adopciones de menores por personas de avanzada edad, que más que padres pasarían a ser abuelos (Campo Izquierdo, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», ob. cit., p. 2).

Ministerio de Justicia

homosexual. Cuando se admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo con la Ley 13/2005, de 1 de julio, y se modificó el artículo 175.4 CC para admitir la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, se planteó el debate sobre si esta reforma incluía asimismo la posibilidad de que una pareja homosexual adoptase a un menor. Algunas leyes autonómicas sobre parejas de hecho contemplaron expresamente la adopción conjunta por parejas del mismo sexo[129]. Pero lo cierto es que el Código Civil solo permitía adoptar a parejas de hecho heterosexuales. Así las cosas, la Ley 26/2015 viene a zanjar definitivamente el debate al admitir expresamente que las parejas no casadas del mismo sexo pueden adoptar.

Además, la reforma incluye otra novedad respecto a los requisitos para una adopción conjunta. En el caso de que el menor se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja de hecho, la separación de los mismos durante el acogimiento y con anterioridad a la propuesta de adopción no impedirá que pueda promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción (art. 175.5 CC). Como apunta la doctrina, esta referencia al acogimiento permanente parece un error del legislador, pues esta figura está pensada como una alternativa a la adopción. Por ello la referencia debió ser al acogimiento familiar temporal (art. 173.2 b CC), que es el que permite, llegado el caso, constituir una adopción posterior[130]. Esta previsión que introduce la reforma resulta a nuestro juicio favorable, pues cuando el menor está ya conviviendo con carácter previo a la adopción con la pareja o con los cónyuges, la separación de estos no tiene por qué afectar a su relación con el niño, igual que la crisis de una pareja o un matrimonio no tiene por qué afectar al vínculo que existe con sus hijos bilógicos. Así, como señala Ruiz-Rico Ruiz-Morón, de la misma manera que los hijos por naturaleza pueden verse inmersos y alcanzados por un proceso de separación, divorcio o ruptura de convivencia de sus progenitores, sin que ello afecte al vínculo de filiación existente, y sin que tal situación, en sí misma, haya de ser perjudicial en el marco de las relaciones paternofiliales, los hijos adoptados, o incluso en proceso de adopción, pueden encontrarse igualmente ante la misma situación, sin que ello deba influir tampoco en la culminación de la adopción, ni en las relaciones presentes y futuras entre los adoptantes y el adoptado que ya está integrado satisfactoriamente en la vida familiar[131]. Con todo, la reforma permite que se efectúe la propuesta de adopción pero

129 Por ejemplo, la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 8); la Ley 2/2003 del País Vasco, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (art. 8), la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y posteriormente el Código de Derecho Foral de Aragón, aportado por RDL 1/2011, de 22 de marzo (arts. 56 y 312).

130 López Maza, S., «Artículo 175», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 607-608.

131 Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J., «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, parte Doctrina. Algún

Ministerio de Justicia

no obliga a ello, es decir, la entidad pública tendrá que valorar en cada caso concreto si la adopción conjunta por los miembros de la pareja rota o incluso su adopción por uno de ellos (con el eventual establecimiento de un derecho de visitas a favor del otro) resulta más beneficiosa para el menor que su inserción en otro núcleo familiar dotado de una mayor estabilidad[132].

Con el fin de fortalecer la seguridad jurídica, la reforma introduce una definición de la idoneidad para adoptar, entendiendo por tal la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción (art. 176.3 CC)[133]. Asimismo, se establece expresamente que no podrán ser declarados idóneos quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Administración pública (art. 176.3, párrafo 3.º, CC).

La competencia para pronunciarse sobre la idoneidad de los adoptantes corresponde a la entidad pública[134]. Para emitir la declaración de idoneidad, la entidad requerirá

---

autor ha manifestado sus reservas sobre esta regla. En concreto, para Martínez de Aguirre, estas reservas proceden de la especial necesidad de estabilidad que tienen muchos de los menores pendientes de adopción: ¿en qué medida cabe decir que se proporciona al menor un hogar estable y armonioso, cuando ese hogar está roto en el momento en que se formula la propuesta de adopción? Porque no se puede olvidar: i) que los principales perjudicados por las rupturas de pareja son los hijos (o, en este caso, los menores a su cargo), muchas veces utilizados por los adultos involucrados en la ruptura como armas arrojadizas; ii) que en muchas ocasiones la presencia de menores aumenta la conflictividad de la ruptura, al tener que adoptarse decisiones sobre su custodia a las que, a su vez, están vinculadas las decisiones sobre la vivienda y la eventual existencia de una pensión por alimentos en favor de dichos menores (Martínez de Aguirre Aldaz, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», ob. cit., pp. 336-337).

132 Martínez de Aguirre Aldaz, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», ob. cit., p. 337. El citado autor entiende que en tal caso sería preciso proceder a una reevaluación de la idoneidad de los solicitantes de adopción, puesto que las circunstancias que justificaron la previa declaración administrativa de idoneidad han cambiado radicalmente. No está de más subrayar ahora que en todas estas decisiones debe primar el interés superior del menor, y no los deseos de los acogedores o guardadores.

133 Se incorpora esta definición a fin de fortalecer la seguridad jurídica y para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 15 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (ratificado por España el 30 de mayo de 1995), y el artículo 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008 (ratificado por España el 16 de julio de 2010). La primera de estas normas introdujo la necesidad de declarar la idoneidad de los adoptantes con base en la importancia primordial que tiene el interés superior del niño en estos casos, tal como declara el artículo 21 CDN. La segunda de esas normas deja claro que la autoridad competente solo podrá decretar la adopción una vez que haya llevado a cabo las investigaciones adecuadas sobre el adoptante (López Maza, S., «Artículo 175», ob. cit., p. 611).

134 Al respecto, Alberruche Díaz-Flórez señala que el hecho de que en nuestro derecho el juez pueda y deba valorar posteriormente la declaración de idoneidad propuesta con carácter previo

Ministerio de Justicia

una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Si considera que existe idoneidad, formalizará la declaración oportuna mediante la correspondiente resolución (art. 176.3, párrafo segundo, CC).

Así las cosas, hay dos novedades especialmente destacables que la Ley 26/2015 introduce en el procedimiento de adopción. En primer lugar, se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea necesariamente previa a la propuesta de adopción que la entidad pública formula al juez (art. 176.2 CC), cuestión que no estaba claramente establecida antes de la reforma. Y, en segundo lugar, se introducen dos modificaciones en los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la entidad pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción (art. 176.2 CC). Por un lado, en el caso de que el menor «sea hijo del cónyuge del adoptante» se añade «o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad», asimilando, como dijimos anteriormente, las parejas de hecho a los matrimonios. Por otro lado, antes de la reforma se incluía el llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo. Ahora, tras la reforma, solo en el supuesto de que se haya dictado resolución de guarda con fines de adopción y haya transcurrido un año desde entonces, o bien el menor se encuentre bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo, se podrá prescindir de la propuesta de la entidad. Por consiguiente, con este cambio se requerirá la propuesta de la entidad pública en el caso de que el menor se encuentre en situación de acogimiento temporal o permanente o cuando no se cumplan los citados requisitos.

6.3.3. Guarda con fines de adopción

Enlazando con lo anterior, otra novedad importante en esta materia es la denominada guarda con fines de adopción, también llamada guarda para la convivencia preadoptiva. Esta figura se introduce con el fin de permitir que, con anterioridad a que la entidad pública formule la correspondiente propuesta al juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, y, de esta forma, evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Para ello, la entidad pública tendrá que delegar la guarda a los acogedores con fines de adopción, que tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. En principio, la entidad pública suspenderá el régimen de visitas y relaciones del menor con su familia de

por la entidad pública pero no pueda declararla ab initio, ha sido criticado por la doctrina que reiteradamente se viene quejando de la administrativización el derecho civil, y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores (Alberruche Díaz-Flórez, M.ª M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», ob. cit., p. 3).

Ministerio de Justicia

origen cuando se inicie el período de convivencia preadoptiva, salvo que ello no sea recomendable para el interés del menor[135].

Sobre esta suspensión de las visitas en la guarda con fines de adopción, cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2018 (RJ 2018/2444). El objeto principal de la controversia surge de la oposición por parte de la abuela de cinco hermanos menores declarados en situación legal de desamparo a la resolución administrativa que no se pronuncia respecto a las relaciones de aquella con sus dos nietas más pequeñas, pese a haberse solicitado las mismas, omitiéndose cualquier razonamiento por el que se denegaron. La abuela pide que se revoque dicha resolución permitiendo las relaciones respecto a todos sus nietos. La sentencia de primera instancia estima la demanda. La parte demandada interpone recurso de apelación ante la audiencia provincial que desestima el recurso. De nuevo, la parte demandada formula recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que lo desestima, confirmadno la sentencia recurrida.

El Supremo destaca la cuestión principal que se debate aquí, y es si en un caso de acogimiento familiar preadoptivo procede el régimen de visitas de la familia biológica con los menores. Como recuerda el Alto Tribunal, la guarda con fines adoptivos (que en la nueva ley de 2015 viene a sustituir al anterior acogimiento preadoptivo) tiene como fin conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva. De ahí que con esta figura se produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen, salvo excepciones. Pero como no se trata de una adopción definitiva, es por lo que las relaciones con la familia de origen no se extinguen, sino que se suspenden, en tanto no se obtenga la resolución judicial constitutiva de aquella. Las excepciones a esta previsión son las siguientes: i) que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor; ii) que se dé alguno de los supuestos previstos en el art. 178.4 CC, que se refiere a la posibilidad de acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se determine y la familia adoptiva.

En suma, como explica el Supremo, lo que se debe determinar en un caso como este es si favorece el interés de los niños ser visitados por la familia biológica, en la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentran, o si, por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectivo o de integración en su nuevo medio. En este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la entidad pública no demuestra que las visitas perjudican a las menores; antes bien, se limita a presentar un informe del que se colige que las relaciones de la abuela con sus nietos no les perjudican, sin recoger una sola alusión, análisis o valoración del posible perjuicio que el contacto de los menores con su abuela pueda causar en ellos,

135 Además, esta suspensión de régimen de visitas también queda desechada, como enseguida veremos, en los supuestos previstos en el artículo 178.4 CC, esto es, cuando el interés del menor aconseje, en relación con su situación familiar, edad, o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la entidad pública, que debe mantenerse de alguna forma la relación o contacto con familiares de la familia de origen.

Ministerio de Justicia

naturalmente en el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva. De ahí que el recurso no pueda prosperar, sin perjuicio de la decisión judicial sobre la propuesta de adopción al respecto.

Por último, hay que apuntar en relación con esta figura que aquí nos ocupa que el legislador impone a la entidad pública el deber de realizar la propuesta de adopción al juez en el plazo más breve posible, y, en todo caso, antes de que transcurran tres meses desde que se acordó la guarda con fines de adopción (art. 176 *bis* CC). No obstante, cuando la entidad considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un período de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año.

6.3.4. La voluntad de los interesados en la adopción

El artículo 177 CC establece cuáles son los consentimientos y asentimientos necesarios en el procedimiento constitutivo de la adopción ,así como las personas que han de ser oídas.

Respecto al consentimiento, como antes de la reforma, el citado artículo establece en su apartado primero que han de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años. Estos consentimientos, como sabemos, constituyen un requisito esencial para poder constituir la adopción, de manera que no puede constituirse sin ellos. Ello no obstante, el juez tan solo está vinculado al interés del menor adoptando a la hora decidir sobre la adopción, por lo que podría denegar la misma aunque se hubieran prestado los consentimientos oportunos si considera que esto es lo más beneficioso para el interés del menor.

En cuanto a las audiencias, el artículo 177.3 CC establece que deberán ser oídos por el juez: los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción; el tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores, y el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez. Con la reforma se introduce a la familia acogedora junto con el guardador o guardadores.

Por lo que respecta a quienes han de asentir la adopción[136], se incluye junto con el cónyuge del adoptante, lógicamente, a la persona unida al mismo por análoga relación

136 Recordemos, siguiendo a Rivero Hernández, que el asentimiento es una declaración de voluntad de naturaleza similar al consentimiento, pero emanado de quien no va a ser parte de la relación jurídica de filiación adoptiva; por tanto, no entraña la asunción de su contenido y efectos en el propio patrimonio jurídico de quien lo presta, sino autorización, licencia, permiso. No es complemento de un consentimiento insuficiente, sino declaración autónoma de voluntad (Rivero Hernández, F., *Elementos de Derecho Civil IV*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 562). Así pues, como añade Espada Mallorquín, el asentimiento es esencial, pero su exigencia es más flexible que la del consentimiento, ya que cuando es imposible su prestación puede constituirse válidamente la adopción. Sin embargo, su omisión puede dar lugar a la extinción de la adopción. Por consiguiente, existe un derecho a asentir o vetar la adopción que *ope legis* se concede a ciertos sujetos (Espada Mallorquín S., «La adopción en Derecho civil común», en Díez-Picazo Giménez G. (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2012, p. 1782).

Ministerio de Justicia

de afectividad a la conyugal[137]. Igualmente, con el fin de dar coherencia al sistema, la reforma establece expresamente que, sin perjuicio de su derecho a ser oídos, no será necesario el asentimiento para la adopción de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada (art. 177 CC). Por último, en relación con la mujer embarazada, se establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto, en lugar de los treinta días requeridos antes de la reforma, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5.5 del Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España (art. 177 CC).

6.3.5. La adopción abierta

Esta figura de la adopción abierta es introducida en nuestro derecho por la Ley 26/2015[138]. Hasta la entrada en vigor de esta reforma, no cabía en nuestro ordenamiento más que la denominada adopción cerrada, esto es, sin posibilidad alguna de relación personal del adoptado con la familia de origen. Con esta nueva modalidad es posible que, tras la adopción, se mantenga algún tipo de relación o contacto entre la familia biológica, la adoptiva y el menor adoptado.

En suma, hablamos de una nueva figura legal digna de tener presente, por cuanto supone un nuevo planteamiento de la institución adoptiva en nuestro derecho. Cambio este que viene justificado, a su vez, por la profunda transformación de los objetivos perseguidos a través de la adopción, a la que se ha aludido anteriormente. En efecto, si en sus inicios la adopción trataba de proteger prioritariamente los intereses de las familias adoptantes, hoy esta figura busca ante todo proteger el interés del menor que está en situación de desprotección[139]. Precisamente, con la adopción abierta se pretende evitar que el interés del menor adoptado pueda verse seriamente lesionado al constituirse la adopción, en aquellos casos en los que existan vínculos afectivos con

137 Como apunta Alberruche Díaz-Flórez, las razones para incorporar el asentimiento de las personas que estén unidas al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal son las mismas que justificaban el asentimiento del cónyuge. Y es que la adopción realizada por su consorte/pareja sentimental va a afectarle en muchos sentidos: personal, psicológica, patrimonial y afectivamente. Además, dado que la adopción es una institución de integración familiar, es impensable que no se tenga en cuenta la opinión de una persona que va a convivir diariamente con ese menor y que se encuentra ligada sentimentalmente al padre o madre de este (Alberruche Díaz-Flórez, M.ª M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», ob. cit., p. 4).

138 Un estudio sobre esta figura puede verse en Vázquez-Pastor Jiménez, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017, pp. 4-30.

139 Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., p.70.

Ministerio de Justicia

la familia natural del menor, cuya ruptura pueda ser gravemente perjudicial para dicho interés[140].

Estamos de acuerdo con Sabater Bayle cuando concluye que esta figura supone incorporar el Código Civil español, para los menores adoptados, el derecho a relacionarse con los progenitores, que ya preveía anteriormente el artículo 160 para aquellos niños que habían sido separados del entorno familiar de origen como medida de protección por encontrarse en situación de desamparo. Y prueba de ello es que antes de la reforma el citado precepto exceptuaba a los menores que habían sido adoptados; ahora, sin embargo, el artículo los contempla expresamente, al disponer que los menores adoptados pueden relacionarse con su familia de origen, siquiera sea en los términos legalmente previstos (art. 178.4 CC)[141].

A) Regulación de la adopción abierta en la nueva Ley 26/2015

El artículo segundo de la Ley 26/2015 introduce la figura de la adopción abierta a través de la reforma del artículo 178 CC, incluyendo el apartado 4, a cuyo tenor: «Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.

---

140 En esta línea, como destaca Sabater Bayle, un precedente de la adopción abierta podemos encontrarlo en el artículo 235-47.4 del Código Civil de Cataluña, conforme al cual la autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del Ministerio Fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor. Como vemos, el legislador estatal, como el autonómico, reconoce el derecho de los menores adoptados a relacionarse con su familia de origen cuando así lo aconseje su interés, si bien es cierto que abandona la exigencia de excepcionalidad que apunta expresamente el Código Civil catalán (Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., pp. 71-72).

141 Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., pp.77-78.

Ministerio de Justicia

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones 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 la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen».

La lectura de este precepto nos lleva a plantearnos una primera cuestión básica sobre este nuevo modelo: ¿cabe propugnar su aplicación en todos los casos de adopción? Como bien sabemos, en nuestro derecho uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores es el de procurar siempre el mantenimiento del menor con su familia de origen, de tal forma que si el mismo está en situación de desamparo porque sus padres no cumplen sus deberes inherentes a la patria potestad y hay que separarlos, se trabajará prioritariamente para conseguir la reinserción del menor con su familia. Únicamente cuando esto no sea posible, se buscará la integración plena del menor en una nueva familia a través de la adopción.

Por tanto, la adopción se regula como una medida extrema, como última *ratio*, para aquel menor que está en situación de desamparo y, pese a los esfuerzos por parte de los profesionales implicados porque termine dicha situación de desprotección, no puede volver a vivir con su familia biológica[142]. Este es un aspecto sumamente relevante en relación con la figura de la adopción abierta prevista, como se viene diciendo, para mantener algún tipo de contacto entre el adoptado y su familia originaria. En línea de principio, cabría cuestionarse cómo es posible acordar mantener cualquier tipo de contacto entre el menor y la familia de la que han tenido que separarle por encontrarse en situación de desamparo. Pero lo cierto es que la introducción de esta nueva modalidad adoptiva en nuestro ordenamiento sí tiene sentido según qué casos.

Concretamente, puede resultar idónea en aquellos supuestos en los que las necesidades particulares del menor así lo justifican; es decir, cuando el interés superior del menor aconseja, habida cuenta, las circunstancias concurrentes, que el mismo mantenga alguna forma de contacto con algún o algunos miembros de su familia de origen. En este sentido, cabe traer a colación los casos de niños que se encuentran en el sistema de protección y han alcanzado cierta edad (los llamados

142 En todo caso, para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico (art. 19 *bis* LOPJM).

Ministerio de Justicia

menores mayores)[143], o de hermanos que no quieren separarse y para los que no es posible encontrar una familia que les adopte a todos y, en definitiva, los supuestos en los que el asentimiento de los padres constituye una grave dificultad porque se oponen a toda costa a la adopción salvo si pueden mantener una cierta relación con los hijos. Para estos casos realmente la adopción abierta puede constituir una opción adecuada para proteger el interés del menor[144]. No obstante, el hecho de que el menor se integre en una familia nueva porque no era posible que permaneciera en la suya propia obliga necesariamente a extremar la cautela a la hora de proponer y acordar las relaciones del menor con su anterior familia, pues ya no se trata solo de conocer los orígenes biológicos sino de mantener contactos y visitas con los familiares de origen[145]. Veamos ahora, con más detalle, la regulación de esta nueva figura que incorpora la reforma de 2015.

B) Intervención de la autoridad administrativa y judicial

En primer lugar, el legislador impone, junto con la intervención de la autoridad administrativa, la de la autoridad judicial, siendo esta la que deberá acordar la adopción abierta en cada caso. Además, compete también al juez determinar la periodicidad, duración y condiciones del contacto; esto es, decidir cómo se han de

143 Como apunta Sabater Bayle, esta nueva modalidad responde al hecho constatado en nuestros días del progresivo incremento de la edad de los menores que se encuentran bajo supervisión de la Administración en espera de ser adoptados, en las diversas situaciones de acogimiento previstas en nuestro ordenamiento jurídico (adopción de «menores-mayores»). Estos niños mayores mantienen por lo general algunas relaciones de convivencia con determinadas personas a través del «derecho de visita» en su caso acordado con la entidad pública y, por consiguiente, saben quiénes son sus allegados o familiares y les conocen. Ello les diferencia de la situación propia de los «adoptados-bebés», antiguamente más frecuente, en la que los niños no habían tenido ocasión siquiera de conocer a sus progenitores o hermanos, por lo que no habían experimentado propiamente el hecho traumático de la separación respecto a sus familiares o allegados originarios (Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., p.70).

144 Lázaro González, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 11, 2015, p. 8 (versión electrónica). En esta misma línea, la directora general de Familia e Infancia del Ministerio de Sanidad, Salomé Adroher, aseguraba en una entrevista, poco antes de entrar en vigor la reforma del sistema de protección de la infancia, que la introducción de este modelo de la adopción abierta en España no se plantea como una opción ordinaria, sino como una alternativa a la fórmula del acogimiento. En sus palabras: «Muchas familias de origen no permiten la adopción porque no quieren perder los vínculos, y esa es una de las razones por las que muchos niños acaban viviendo durante años en centros de protección o en familias de acogida provisionales. Con esto pretendemos que esas familias de origen se atrevan a dar el salto, y también que haya muchas más que se lancen a adoptar a esos niños porque, aunque estén obligadas a mantener los vínculos con los padres biológicos, no tendrán que vivir con la amenaza de que se los pueden quitar» (*vid*. en http://politica.elpais.com/politica/2014/09/30/actualidad/1412076929_989220.html).

145 Anguita Ríos, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016, p. 14 (del documento PDF generado por Thomson Reuters ProView).

Ministerio de Justicia

desarrollar las visitas o comunicaciones, si bien lo hará partiendo de la propuesta de la entidad pública o del Ministerio Fiscal. La entidad pública cumple, al igual que el juez, importantes funciones en este tipo de adopción: es la que propone, junto con el Ministerio Fiscal, esta modalidad adoptiva; también deberá desarrollar, en caso necesario, funciones de intermediación, y ha de remitir al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos, a petición del juez[146].

En todo caso, la medida se acordará únicamente cuando lo aconseje el interés del menor, teniendo en cuenta su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la entidad pública. Con esta precisión, el legislador ha tenido en cuenta la conveniencia de individualizar al máximo la decisión sobre la medida[147].

C) Variabilidad del acuerdo de contacto

El acuerdo de adopción abierta puede variar notablemente de un caso a otro, en función de tres factores determinantes. En primer lugar, las personas con las que se establece el contacto, que pueden ser los padres biológicos u otros parientes, especialmente los hermanos del menor adoptado. Cabe destacar que el legislador español habla solo de miembros de la familia de origen. Dada la excepcionalidad de la medida, el precepto limita al ámbito familiar el círculo de personas que pueden relacionarse con el menor si, llegado el caso, así lo acuerda el juez, lo que excluye a otros allegados que no sean parientes del niño. Y es relevante, asimismo, la especial referencia a los hermanos biológicos, debiendo favorecerse en todo caso la relación entre ellos, de tal forma que el legislador les otorga prioridad, frente al resto de familiares del menor. En este sentido, cabe afirmar que la incorporación de la adopción abierta en nuestro derecho se hace pensando, especialmente, en los hermanos, es decir, en mantener el contacto entre los hermanos biológicos[148].

En segundo lugar, y dentro del ámbito de las personas mencionadas, puede variar también el tipo de contacto que se determine por el juez, pudiendo ir desde un mero

146 Anguita Ríos, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 23.

147 Como señala Sabater Bayle, por regla general, ni siempre será conveniente establecer la medida del mantenimiento de contactos que hasta entonces protagonizaban el menor y sus familiares de origen, ni tampoco el juez dictará acuerdos de mantenimiento, supresión o finalización, en todo caso, al dictar el auto de adopción. En este punto será decisiva la valoración de las «circunstancias significativas» que desarrolle cada entidad pública al formular su propuesta previa de mantenimiento de contactos con la familia. Ello podría colapsar la Administración por acumulación de recursos contra las «valoraciones» que le encomienda la norma y, a la postre, retrasar los procesos de adopción, lo que sin duda sería contrario a las finalidades generales de la reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia (Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», ob. cit., pp. 89-90).

148 Anguita Ríos, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 11.

Ministerio de Justicia

intercambio de información o un contacto indirecto (por carta, corrreo electrónico, teléfono, etc.) hasta un contacto directo a través de visitas.

Por último, hay que tener en cuenta también la periodicidad o frecuencia del contacto que podrá ser mayor o menor atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada supuesto. De este modo, los profesionales de la Administración pública competente o del Ministerio Fiscal podrán proponer la adopción abierta atendiendo siempre al caso concreto. De considerarla oportuna, elaborarán un informe proponiendo tal medida y determinando las personas pertenecientes a la familia biológica del menor con las que consideran que es conveniente mantener el contacto.

D) Consentimientos

Sin perjuicio de dicha propuesta de adopción abierta por parte de la entidad pública o del Ministerio Fiscal, se requiere en todo caso el consentimiento de la familia adoptiva para que el juez la acuerde. En rigor, la disponibilidad de las familias solicitantes de adopción para aceptar esta modalidad adoptiva se debería conocer previamente, toda vez que la reforma impone, como hemos visto, el deber de hacer constar ya en la declaración de idoneidad si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen (art. 178.4 *in fine* CC)[149].

Recordemos que para poder adoptar es necesario antes de nada que la Administración pública declare a los solicitantes idóneos para el ejercicio de la patria potestad. Es decir, que los solicitantes han de obtener con carácter previo una declaración de idoneidad para poder optar a la adopción de un menor de edad. Como ya vimos, se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La declaración de idoneidad por la entidad pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 176.3 CC).

Por tanto, dado que con la entrada en vigor de la nueva ley se tendrá que destacar ya en esta declaración si los solicitantes están dispuestos aceptar una adopción abierta, es cierto que será necesario adaptar el proceso de declaración de idoneidad hasta

149 Tal como destaca López Azcona, en los términos que se expresa el legislador en este precepto, este dato sobre la posición de los solicitantes ante la adopción abierta no deberá condicionar en ningún caso la declaración administrativa de idoneidad, de tal manera que la Administración solo lo tendrá en cuenta a los efectos de plantear las propuestas de adopción abierta (López Azcona, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero de 2016, p. 60).

Ministerio de Justicia

ahora vigente y los exámenes psicosociales, así como las fases previas de información y formación para los padres adoptantes, que deberán tener en cuenta especialmente esta nueva posibilidad legal[150].

Junto con el consentimiento de la familia adoptiva, se requiere también el consentimiento del menor adoptado si tiene suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de doce años. En consecuencia, el menor ha de manifestar igualmente su voluntad de seguir manteniendo algún tipo de contacto con su familia de origen.

E) Supervisión de los contactos judicialmente acordados

Una vez que la adopción se ha formalizado en su modalidad de adopción abierta, porque el juez ha considerado que es lo más oportuno para el interés del menor, es muy importante la supervisión posterior de los contactos inicialmente acordados. En efecto, la adopción abierta puede ser en determinados casos la medida más adecuada, es decir, la que mejor responde a las necesidades del menor adoptado, al tiempo que preserva también los intereses de las familias de origen y la familia adoptiva. Sin embargo, es cierto que el mantenimiento del contacto con el menor adoptado conlleva, por regla general, unos riesgos que hay que conjurar, para lo cual el legislador ha previsto la supervisión de la adopción abierta por las autoridades competentes.

En esta línea, la reforma dispone que, si fuera necesario, el contacto con el menor se llevará a cabo con la intermediación de la entidad pública o entidades acreditadas a tal fin[151]. Asimismo, impone el deber de la entidad pública de remitir al juez, durante los dos primeros años, informes periódicos sobre esas visitas y comunicaciones que mantenga el menor con la familia de origen. Es más, tiene que proponer al juez bien el mantenimiento de estas visitas o bien la modificación de las mismas, según considere que es mejor para el menor. Transcurridos los dos años los informes y las propuestas se remitirán a petición del juez. De esta forma, el legislador ha pretendido dotar al proceso de adopción abierta de una supervisión por las autoridades competentes (administrativa y judicial), a las que corresponde comprobar que esta modalidad adoptiva realmente responde al interés del menor adoptado y asegurar su correcta puesta en práctica e incluso su modificación en el caso de que sea necesario. En definitiva, no perdamos de vista que la adopción abierta perdura en el tiempo y, por ende, es un proceso no exento de vicisitudes; de ahí que deban preverse mecanismos de revisión de estos acuerdos, así como herramientas de resolución de posibles

150 Gómez Bengoechea, B., «Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores», en *Principales modificaciones legislativas en el marco de protección de la infancia y adolescencia en España*, Sevilla, 2016, p. 43.

151 En palabras de Anguita Ríos, este es un punto crucial en la adopción abierta: «Se necesitará en muchas ocasiones la intervención de personas especializadas y preparadas para apoyar a las familias en los posibles cambios de sus relaciones. Entiéndase este aspecto no en un sentido negativo, sino en hacer concurrir una nueva voluntad especializada y necesaria para poner un cierto orden en un nutrido» (Anguita Ríos, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 14).

Ministerio de Justicia

conflictos, como puede ser la intermediación de la entidad pública u otra entidad acreditada[152].

Los profesionales de la entidad pública deberán apoyar a las partes y participar en el seguimiento de esa relación, informando sobre la conveniencia o no de su permanencia en el tiempo, a partir de una valoración de los resultados y consecuencias que la misma tenga para el menor, como prioridad absoluta, más allá del interés que pueda suponer para los adoptantes y su familia de origen (preámbulo, Ley 26/2015).

En estrecha conexión con lo que se acaba de decir, el legislador no regula esta modalidad adoptiva como una medida inalterable ni definitiva, disponiendo que el juez podrá acordar su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. Asimismo, legitima para solicitar la suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones a la entidad pública, la familia adoptiva, la familia de origen y al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años (art. 178.4 CC). La legitimación de estas personas para instar que se suspendan o finalicen las visitas y/o comunicaciones resulta del todo lógica si tenemos en cuenta que son estas las partes implicadas en el contacto. La adopción abierta ha de articularse en todo caso sobre la base de la voluntad de todas las partes implicadas. Y si alguna de ellas no quisiera continuar manteniendo el contacto no se le puede obligar a hacerlo contra su voluntad.

En suma, pues, la reforma sienta las bases del procedimiento a seguir para acordar la adopción abierta, alude a las autoridades competentes involucradas y a los mecanismos de seguimiento y revisión de los acuerdos. Sin embargo, es evidente que la nueva ley requiere de un desarrollo reglamentario que detalle la escueta regulación que establece sobre este particular, lo cual no impide afirmar que el legislador ha dado un paso significativo reconociendo explícitamente en nuestro derecho esta nueva modalidad adoptiva. Y también un paso lógico, si tenemos en cuenta que la adopción abierta viene a ser el corolario del derecho del menor adoptado a conocer sus orígenes biológicos. En este sentido, tal como destaca Anguita Ríos, con esta figura «se ha dado el paso lógico a seguir: una vez que se facilita el acceso, se canalizan los procedimientos y se constituyen obligaciones para los agentes intervinientes en torno a permitir identificar a la familia de origen, el siguiente impulso sería el contacto con dichos familiares, por lo que dentro de esta coherencia lo que se ha hecho ha sido institucionalizar esta vía»[153].

---

152 «La adopción abierta: varias velocidades, varias medidas», *Boletín Mensual ISS (The International Social Service),* núm. 194, septiembre de 2015, p. 2.

153 Anguita Ríos, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», ob. cit., p. 13. Como explica la autora citada «Con la adopción abierta se institucionaliza el paso siguiente en la investigación de los orígenes. Hasta ahora se ha intentado dar respuesta a los interrogantes que pueda plantearse la persona adoptada sobre su identidad e historia personal; desdramatizar la adopción pasando de los sentimientos de abandono, rechazo y baja autoestima que aparece asociada a los casos de búsqueda activa de los orígenes a otros de manifiesta asunción de la identidad personal. La adopción abierta visualiza una imagen más

Ministerio de Justicia

7. EPÍLOGO

Partiendo de todo lo que ha sido expuesto en el presente trabajo, cabe destacar una conclusión fundamental. De todos los principios que han de regir la actuación de la Administración pública en sede de protección de menores, sin duda, la prevalencia del interés del menor es el más importante. Como se ha podido comprobar, todos los demás principios rectores (el mantenimiento del menor en su medio familiar de origen, su integración familiar y social, el carácter educativo de las medidas que se adopten, etc.) están subordinados o son instrumentales de este. Por tanto, el mandato legal que se impone directa y primariamente a los poderes públicos es la búsqueda del interés del menor de edad en cada supuesto concreto, cualquiera que sea este y donde quiera que se encuentre. El resto de disposiciones están supeditadas en todo caso a la consecución del interés del menor, que se convierte así en el *leitmotiv* del sistema de protección de la infancia y la adolescencia[154].

En definitiva, siempre que el menor está en situación de desprotección social se produce, inevitablemente, un conflicto de intereses o derechos concurrentes, y en este contexto la primacía de su interés es algo más que una mera directriz informadora: es el mandato legal que se impone a la entidad pública competente, de tal forma que el resto de principios ha de ceder frente al citado interés cuando su compatibilidad no sea posible.

Dicho esto, la cuestión que se nos plantea, antes y después de la reforma de 2015, no es otra que la de determinar en qué consiste el referido interés que ha de prevalecer sobre cualquier otro ante un caso de desprotección. Como bien sabemos, no existe una respuesta unívoca; no cabe una definición de este concepto. Con claridad meridiana alude a ello Rivero Hernández al destacar la dificultad de «definir (intentarlo siquiera) con cierta pretensión de generalidad qué es o en qué consiste el interés del menor, o apuntar ideas aprioristas en este sentido con alguna validez como concepto o categoría general, dado el relativismo que enseguida se adivina al abordarlo»[155]. Ello no obstante, es cierto que la reforma legal de 2015 sí ha supuesto un avance muy notable en este contexto, toda vez que incluye expresamente criterios de interpretación y aplicación del interés del menor, elementos de ponderación y garantías, que facilitan sumamente su concreción y valoración en el caso concreto.

---

positiva de los progenitores configurándose dentro de un círculo de personas responsables que no pudieron afrontar la crianza de un hijo».

154 Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 283-285.

155 Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, ob. cit., p. 62.

Ministerio de Justicia

8. BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S., «La reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, proceso de elaboración y principales novedades», en Mayor del Hoyo, Mª. V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Alberruche Díaz-Flórez, Mª. M., «Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, en *La Ley* (Derecho de Familia), núm. 7, octubre de 2015.

Anguita Ríos, R. M., «La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2016.

Barber Cárcamo, R., «La filiación adoptiva», en Yzquierdo Tolsada, M. y Cuena Casas, M. (dirs.), *Tratado de Derecho de la familia. Las relaciones paterno-filiales* (I), vol. V, Thomson Reuters, Navarra, 2011.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «La guarda y el acogimiento de menores», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2015.

Berrocal Lanzarot, A. I., «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa, y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.

Campo Izquierdo, A. L., «Breves reflexiones sobre el Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia desde el punto de vista de un juez de familia», *La Ley. Derecho de Familia*, 2014.

De Pablo Contreras, P., «La privatización de la tutela administrativa de los menores en situación de desamparo», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Espada Mallorquín, S., «La adopción en Derecho civil común», en Díez-Picazo Giménez G. (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

Garrido Chamorro, P., «La adopción», en Garrido de Palma, V. M. (dir.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia*, Civitas, Navarra, 2015.

Garriga Gorina, M., *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen*, Aranzadi, Navarra, 2000.

Gil Martínez, A., *La reforma de la adopción: Ley 21/1987, de 11 de noviembre, comentarios y formularios*, Dykinson, Madrid, 1990.

Gómez Bengoechea, B., «Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores», en *Principales modificaciones legislativas en el marco de protección de la infancia y adolescencia en España*, Sevilla, 2016.

Guilarte Martín-Calero, C., «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor», en Cabedo Mallol, V. y Ravetllat Ballesté, I. (coords.), *Comentarios sobre las Leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Ministerio de Justicia

Guinea Fernández, D. R., «El interés superior del menor a partir del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.

Huete Nogueras, J. J., «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 90-91.

Lázaro González, I. E., «La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia», *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, núm. 11, 2015.

López Azcona, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, enero de 2016.

López Maza, S., «Artículo 175», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Martínez Calvo, J., «La regulación de las visitas del menor acogido tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Martínez de Aguirre Aldaz, C., «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Martínez García, C., «El sistema de protección de menores en España», en Martínez García, C. (coord.), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

Moreno Torres-Sánchez, J., *El desamparo de menores*, Aranzadi, Navarra, 2005.

—*Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015.

Pérez Álvarez, M. A., «Consideraciones sobre la evolución del sistema de protección de menores», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Perlingieri, P., «La familia en el sistema constitucional español», *Revista de Derecho Privado*, 1988.

Ravetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero», en VV. AA., *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015.

Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

—*Elementos de Derecho Civil* IV, Bosch, Barcelona, 1993.

Roca i Trías, E., *Familia y cambio social. (De la «casa» a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999.

Ministerio de Justicia

Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J., «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016, parte Doctrina.

Sabater Bayle, E., «La adopción abierta en el Derecho Español», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4 *ter*, 2016.

Sáinz-Cantero Caparrós, B., «El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014.

Sánchez Martínez, O., «Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia», *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 10, 2017.

Vázquez-Pastor Jiménez, L., «La nueva figura de la adopción abierta en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la regulación de las *open adoptions* en el Derecho anglosajón», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2017.

Verdera Izquierdo, B., «El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores», en Mayor del Hoyo, M.ª V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

Ministerio de Justicia

TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias,decisiones y cualquier otra documentación

Ministerio de Justicia

SECCIÓN TERCERA

DECISIÓN

Demanda n.º 73911/16

María Cristina LARRAÑAGA ARANDO c. ESPAÑA

y otras 3 demandas

(ver listado adjunto)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera), reunido el 25 de junio de 2019 en Sala compuesta por:

Vincent A. De Gaetano, *Presidente,*

Georgios A. Serghides,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Alena Poláčková,

María Elósegui,

Gilberto Felici,

Erik Wennerström *jueces,*

y Fatoş Aracı, *Secretaria de Sección*,

Vistas las demandas mencionadas en el encabezamiento interpuestas en distintas fechas señaladas en la relación adjunta,

A la vista de las observaciones remitidas por el Gobierno demandado y las presentadas en respuesta por los demandantes,

Tras la correspondiente deliberación, dicta la siguiente decisión:

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En Anexo adjunto se relaciona el listado de los demandantes, todos de nacionalidad española.

2. El Gobierno español ("el Gobierno") estuvo representado por su Agente R.A. León Cavero, Abogado del Estado.

A Circunstancias del caso

3. Los demandantes son familiares de personas fallecidas en Francia como consecuencia de atentados presuntamente perpetrados por grupos terroristas entre 1979 y 1985[1].

4. La demandante en la demanda nº 73911/16 es la viuda de Enrique Gómez Álvarez, presuntamente asesinado por miembros del Batallón Vasco Español ("BVE") el 25 de junio de 1979.

5. Los demandantes en la demanda nº 233/17 son hermanos de José María Echaniz Maiztegui, presuntamente asesinado por miembros del Grupo Antiterrorista de Liberación ("GAL") el 25 de septiembre de 1985.

1 Según informes del Ministerio del Interior, los asesinatos de familiares de los demandantes se atribuyeron a los siguientes grupos terroristas: el Batallón Vasco Español ("BVE"), Grupo Antiterrorista de Liberación ("GAL"), Acción Nacional Española ("ANE") y Grupo Armado Español ("GAE"). El BVE fue un grupo de derechas activo entre 1975 y 1981, principalmente en el País Vasco francés. El GAE fue un grupo de derechas activo de 1979 a 1980. El GAL estuvo activo de 1983 a 1987. Se ha comprobado que algunas de las acciones atribuidas al GAL fueron financiadas por funcionarios del Ministerio del Interior español en su lucha contra ETA, en el marco de gobiernos dirigidos por el Partido Socialista Obrero Español (ver, por ejemplo, la condena penal del ex Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, Rafael Vera, y del ex Ministro del Interior, José Barrionuevo, por malversación de fondos públicos y secuestro, Vera Fernández-Huidobro v. España, nº 74181/01, §§ 8-10, 49 y 61-62, de 6 de enero de 2010; véase también Saiz Oceja y otros v España, nº 74182/01 y otros (diciembre), de 2 de mayo de 2007, sobre la condena de tres policías por los mismos hechos; véase Vaquero Hernández y otros v España, nº. 1883/03 y otros 2, §§ 8-10 y 54, de 2 de noviembre de 2010, respecto a la condena penal de los demandantes, cuatro guardias civiles y el ex Gobernador Civil de Guipúzcoa, por el asesinato premeditado de dos presuntos miembros de ETA y su encarcelamiento ilegal).

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

6. La demandante en la demanda nº 3086/17 es la madre de Ángel Gurmindo Lizárraga, presuntamente asesinado por miembros del GAL el 8 de febrero de 1984.

7. Los demandantes en la demanda nº 5155/17 son la viuda y los hijos de Justo Elizarán Sarasola, fallecido el 5 de octubre de 1979 tras haber sido presuntamente asesinado por miembros de Acción Nacional Española ("ANE") o Grupos Armados Españoles ("GAE") el 13 de septiembre de 1979.

8. En la demanda nº 5155/17 los autores de asesinato, cuatro ciudadanos franceses, fueron condenados por el Tribunal de lo Penal del Departamento de los Pirineos Atlánticos de Francia el 12 de diciembre de 1980. En la demanda nº 233/17, los autores del asesinato, dos ciudadanos franceses, fueron condenados por un tribunal francés en 1987. En el resto de las demandas, se desconoce la identidad y nacionalidad de los autores.

9. Teniendo en cuenta que los demandantes eran familiares de víctimas de delitos violentos perpetrados por grupos terroristas, estos tenían derecho, en virtud de la legislación española, a ser indemnizados por los asesinatos de sus familiares. De conformidad con la Ley 32/1999 de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas del terrorismo, se concedió una cantidad a tanto alzado de 23.000.000 de las antiguas pesetas (138.232,78 euros) a los familiares de los fallecidos, excepto a los demandantes en la demanda nº 5155/17, que nunca solicitaron dicha indemnización en España. De acuerdo con la Ley 32/1999, el Estado se subrogó en los derechos de crédito de las personas indemnizadas frente a los responsables civiles del atentado terrorista. A dichos efectos, los beneficiarios tenían que ceder al Estado la legitimación para entablar las correspondientes acciones civiles.

10. A la demandante en la demanda nº 73911/16 se le concedió además una pensión vitalicia en virtud del Real Decreto 851/1992, de 10 de junio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo.

11. De acuerdo con la información disponible en la página web de la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación[2] del Gobierno Autónomo Vasco, todos los familiares de los demandantes, excepto los demandantes en la demanda nº 5155/17, son considerados como víctimas de grupos terroristas y, al mismo tiempo, miembros de la organización terrorista ETA. El familiar de los demandantes en la demanda nº 5155/17 fue calificado como miembro de ETA en un documento informativo publicado por la Secretaría General del Gobierno Vasco para la Paz y la Convivencia en

2 http://www.euskadi.eus/web01-apvictim/es/o11aConsultaWar/victima?locale=es (visitado por última vez el 24 de junio de 2019)

diciembre de 2014. Del expediente no se desprende que los demandantes se opusieran a que se reconociera públicamente la pertenencia a ETA de sus familiares fallecidos por las autoridades vascas.

12. El Gobierno alegó que ninguna de las personas aludidas fue detenida en España antes de su fallecimiento, bien por haber escapado o bien por haberse ocultado en Francia, y por tanto no pudieron ser ni enjuiciados ni condenados por su pertenencia a ETA.

B Procedimiento interno

13. En 2012, los demandantes solicitaron al Estado una indemnización adicional por el fallecimiento de sus familiares en virtud de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo[3]. La cantidad reclamada ascendía a 111.767,22 euros, importe establecido como indemnización para el caso de fallecimiento (250.000 euros) menos la cantidad ya percibida por cada familia en virtud de la legislación anterior (véase el apartado 9 *ut supra*). Las solicitudes de esta indemnización adicional se presentaron ante la Dirección General de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior tras la entrada en vigor de la Ley 29/2011

14. En 2013, dicha Dirección General se negó a conceder a los demandantes la indemnización adicional solicitada, fundándose en el artículo 3 bis, apartado 2, de la Ley 29/2011 y del Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1983 sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, que entró en vigor en España el 1 de febrero de 2002 tras ser ratificado (véase "Legislación y práctica nacional pertinente"). Se basó en informes elaborados en 2012 y 2013 por la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Guardia Civil, que indicaban que los familiares de los demandantes habían pertenecido a ETA. Por lo tanto, concluyó que los demandantes no cumplían los requisitos de la legislación vigente, en especial los establecidos en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, que había sido directamente aplicable en el ordenamiento jurídico español desde su ratificación y publicación. La disposición establecía que la indemnización de las víctimas de delitos violentos podía *"reducirse o suprimirse si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos"*.

3 En la demanda nº 233/17, el demandante original era el padre de José María Echaniz Maiztegui. Tras la muerte del demandante en 2014, los demandantes (hermanos de la víctima) se subrogaron en el procedimiento indemnizatorio seguido ante los tribunales internos.

Ministerio de Justicia

15. De conformidad con los informes elaborados por la Dirección General de la Policía incluidos en los expedientes administrativos, se consideraron probados los siguientes hechos respecto de cada una de las personas fallecidas:

- El marido de la demandante en la demanda nº 73911/16, fue miembro de ETA entre 1975 y 1979, responsable de reclutar y entrenar comandos en Francia y arrestado por las autoridades francesas el 23 de enero de 1975 cuando entrenaba a otros miembros.

- El hermano de los demandantes en la demanda nº 233/17 fue miembro de ETA, y responsable de comandos en Vitoria (España).

- El hijo de la demandante en la demanda nº 3086/17 fue un miembro "liberado" de ETA (conocido por la policía, figuraba en la nómina de ETA y trabajaba a tiempo completo para ETA) en el entorno de su líder principal (D.I.A.). En 1981 fue detenido en tres ocasiones en Francia por posesión ilícita de armas de fuego, y en su última condena pasó tres meses en prisión.

- El familiar de los demandantes en la demanda nº 5155/17 había formado parte de un comando de ETA de miembros «liberados» en Guipúzcoa (España) entre 1974 y 1975. En 1979, en Francia, entrenó a miembros de un comando y facilitó información sobre un político y una central nuclear para posibles atentados terroristas.

16. Algunos de los demandantes interpusieron recursos administrativos ante el Ministerio de Interior, que fueron desestimados.

17. odos los demandantes recurrieron posteriormente la resolución del Ministerio de Interior ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

18. La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional desestimó los recursos ratificando las resoluciones adoptadas por el Ministerio de Interior. La parte pertinente de la sentencia dictada el 24 de junio de 2015 en el procedimiento contencioso-administrativo nº 73911/19 dice lo siguiente:

"SEXTO.- La disposición adicional primera de la Ley 29/2011 trata de la "aplicación retroactiva a quienes ya hubieran obtenido ayudas e indemnizaciones", sin mayor concreción, previendo que "quienes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley hubieran percibido como resultado total del importe de las ayudas y del pago, en su caso, de las cuantías por responsabilidad civil fijadas en sentencia firme, una cuantía inferior a la señalada en el anexo I de esta Ley podrán solicitar en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley, el abono de las diferencias que pudieran corresponderles".

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

En el caso de autos, se concedió a la actora una indemnización por el fallecimiento de Don Enrique Gómez Álvarez, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, mediante Resolución del Ministerio del Interior de 4 de septiembre de 2000, que ascendió a 138.232,79 euros.

Por otra parte, el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, n° 116 del Consejo de Europa, aprobado el año 1983, indica en su artículo 8.2, que "Se podrá reducir o suprimir (, „) la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos".

Dicho Convenio Europeo, fue ratificado por España el 20 de octubre de 2001 y entró en vigor 1 de febrero de 2002, tras su publicación en el BOE, el 29 de diciembre de 2001.

Con lo cual a partir de esta fecha de publicación en el BOE, el Convenio Europeo forma parte del ordenamiento interno del Reino de España, y es de aplicación directa, conforme determina el artículo 1.5 del Código Civil.

No obstante lo anterior, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, tras la redacción dada por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, en línea con la regulación contenida en el Convenio Europeo, contempla expresamente la aplicabilidad interna de dicha norma internacional, al recoger en el apartado 2 del artículo 3 bis que "la concesión de las ayudas y prestaciones reconocidas en la presente ley se someterá a los principios que, para ser indemnizadas, se establecen en el Convenio Europeo sobre indemnización a las Víctimas de delitos violentos". Por su parte, la disposición transitoria novena de la Citada Ley 17/2012, de 27 de diciembre, dispone que: "La modificación de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral de las Víctimas del Terrorismo, introducida por la disposición final vigésima séptima, surtirá efectos desde el 23 de septiembre de 2011".

Dicha referencia al Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, debe resultar trascendental a la hora de aplicar la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, que si bien su propósito, como hemos visto, es cubrir la diferencia entre las nuevas prestaciones y las que ya se hayan percibido por la misma causa, no puede perderse de vista lo estipulado en el citado Convenio Europeo, hasta tal punto, que en el caso de autos debe hacer inaplicable la Ley 29/2011. Sin olvidar que lo ya era merced a la aplicación directa del Convenio Europeo ya tras su publicación en el BOE, el 29 de diciembre de 2001.

SÉPTIMO.- En el supuesto que enjuiciamos, existe la singularidad, de que el fallecido era miembro de la banda terrorista ETA. Según consta en los informes emitidos por la Dirección General de la Guardia Civil y la Dirección General de la

Policía en fechas 12 de diciembre de 2012 y 28 de diciembre de 2013, respectivamente (Folios 14 y 10). (...)

Cuestión que la parte actora no niega de forma terminante, sino que simplemente pone en duda su certeza, aunque reconoce que "huyó de España por pasar propaganda y por miedo a que le detuvieran".

(...)

Nótese que la actora en el Hecho 4° de la demanda manifiesta que "de ambos informes (los de la Dirección General de la Guardia Civil y la Dirección General de la Policía, antes citados), queda reflejado que Don Enrique Gómez Álvarez fue asesinado por el Batallón Vasco Español organización terrorista que en su tiempo actuó en Francia y España". Sin embargo, dichos informes también señalan que Enrique Gómez Álvarez era miembro de ETA, pero la recurrente solo toma en consideración de tales informes lo que le beneficia y desconoce o rechaza lo que le perjudica, lo que bajo el punto de vista lógico, e incluso jurídico, es de todo punto rechazable, porque si no existe constancia de su pertenencia a ETA, tampoco la habrá de que la muerte fue causada por una banda terrorista, que es el presupuesto fáctico necesario para el reconocimiento como víctima del terrorismo.

Dicho presupuesto viene determinado por el hecho de que "la víctima o el solicitante no participe en la delincuencia organizada o pertenezca a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos".

Y en el caso enjuiciado, por lo razonado anteriormente, está suficientemente acreditado que la víctima era participe y pertenecía a una organización de esa naturaleza.

Con ello, contrariamente a lo que sostiene la parte actora, de que se precisa una sentencia penal firme, cabe decir que no se está atribuyendo la comisión de delitos ni imputando a las personas responsables del mismo, en contra de las garantías constitucionales, porque la documentación examinada no está siendo utilizada como prueba de cargo para fundamentar una sentencia condenatoria, sino simplemente para determinar el presupuesto fáctico necesario para la concesión de un beneficio o una subvención, cuyo ámbito de aplicación, según se ha visto en la normativa de aplicación, está constreñido a determinados supuestos, y no de ellos es que la participe o pertenezca a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos. Cuestión, que de forma obligada ha de dar respuesta la Sala en los términos ya expuestos.

Así las cosas, es entendible que la indemnización que en su día fue satisfecha a la recurrente, lo fue cuando el Convenio Europeo no era aplicable como derecho interno en España. Por el contrario, producida la solicitud de indemnización bajo su vigencia, su aplicación es inexcusable como derecho positivo aplicable al caso controvertido".

Ministerio de Justicia

19. Las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional en el resto de demandas se basaron en criterios similares.

20. Durante el procedimiento contencioso-administrativo seguido ante la Audiencia Nacional, el Abogado del Estado presentó informes adicionales elaborados por la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Guardia Civil en los que se hacía referencia a pruebas complementarias que probaban la presunta pertenencia a ETA de los familiares fallecidos de los demandantes. Los informes se referían principalmente a las siguientes fuentes: declaraciones hechas por otros presuntos miembros de ETA a la policía en el momento de ser detenidos, en las que afirmaban que los familiares de los demandantes habían sido miembros de ETA y describían su participación en actividades y acciones delictivas, varias publicaciones sobre la historia de ETA (producidas por editoriales supuestamente cercanas a la organización) en las que se mencionaba a los familiares de los demandantes como miembros de la organización, y artículos publicados en prensa

21. En las demandas nº 233/17 y 3086/17, los informes revelaban que los familiares fallecidos de los demandantes habían sido condenados penalmente en Francia. Al parecer, las condenas se referían a la posesión ilícita de armas de fuego (nº 233/17, una condena a tres meses de cárcel en 1985) y a la participación y colaboración con banda armada, por su relación con la ETA (nº 3086/17, dos condenas en 1977 y 1981, respectivamente).

22. Los demandantes recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional invocando la infracción del artículo 24.2 de la Constitución (derecho a la presunción de inocencia), con invocación en algunos casos del artículo 24.1 (derecho a la tutela judicial efectiva). Los demandantes invocaron en sus recursos el artículo 6.2 del Convenio y la jurisprudencia de este Tribunal en relación con dicha disposición (véase, por ejemplo, el asunto Puig Panella v España, nº 1483/02, de 25 de abril de 2006, entre otras sentencias).

23. El Tribunal Constitucional declaró los recursos inadmisibles por inexistencia de una vulneración de los derechos fundamentales invocados o de un derecho fundamental protegido por el recurso de amparo. Los autos se adoptaron el 30 de mayo (demanda nº 73911/16), el 6 de julio (demanda nº 3086/17) y el 18 de julio de 2016 (demandas nº 233/17 y nº 5155/17), respectivamente, y se notificaron a los demandantes el 7 de junio (demanda nº 73911/16), el 11 de julio (demanda nº 3086/17) y el 27 de julio de 2016 (demandas nº 233/17 y nº 5155/17), respectivamente.

Ministerio de Justicia

C Legislación y práctica interna pertinente

24. La disposición pertinente de la Constitución Española dice lo siguiente:

Artículo 24

"2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

25. El Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, firmado el 24 de noviembre en Estrasburgo, fue ratificado por España el 31 de octubre de 2001, y tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2002. Los pasajes del Convenio pertinentes para el presente asunto dicen lo siguiente:

Artículo 2

1. Cuando la indemnización no pueda hacerse enteramente efectiva en otras fuentes, el Estado deberá contribuir a indemnizar:

a) A las personas que hubieran sufrido lesiones graves o daños en su salud como resultado directo de un delito intencional de violencia,

b) a las personas que estuvieran a cargo de la persona fallecida como consecuencia de un delito de esa clase.

2. La indemnización prevista en el apartado precedente se concederá incluso si el autor no puede ser perseguido o castigado.

Artículo 8

1. Se podrá reducir o suprimir la indemnización por causa del comportamiento de la víctima o del solicitante antes, durante o después de la comisión del delito, o en relación con el daño causado.

2. Se podrá reducir o suprimir asimismo la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos.

3. También se podrá reducir o suprimir la indemnización en el caso en que una reparación total o parcial fuera contraria al sentido de la justicia o al orden público.

Ministerio de Justicia

26. Un Comité de expertos gubernamentales, bajo la autoridad del Comité Europeo sobre Problemas de Delincuencia, preparó el Informe Explicativo del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos que fue presentado al Comité de Ministros del Consejo de Europa. Sus apartados pertinentes son los siguientes:

III. Comentario sobre los Artículos del Convenio

Artículo 8

33. Si bien el artículo 7 contiene un criterio objetivo para reducir o suprimir la indemnización, el artículo 8 permite reducir o suprimir la indemnización si la víctima es culpable.

34. a. Comportamiento indebido de la víctima en relación con el delito o con el daño sufrido.

Existen indicios frecuentes de cierto grado de interacción entre el comportamiento de la víctima y el del delincuente. El primer párrafo del artículo 8 se refiere a los casos en que la víctima desencadena el delito, por ejemplo, comportándose de manera excepcionalmente provocativa o agresiva, o causa una violencia peor mediante represalias penales, así como aquellos los casos en los que la víctima, por su comportamiento, contribuye a causar o agravar el daño (por ejemplo, al negarse injustificadamente a recibir tratamiento médico).

La negativa a denunciar el delito a la policía o a cooperar con la administración de justicia también puede ser motivo para reducir o suprimir la indemnización.

35. b. Pertenencia a bandas criminales o a organizaciones que cometen actos de violencia

Cuando la víctima pertenece al mundo de la delincuencia organizada (por ejemplo, tráfico de drogas) o de organizaciones que cometen actos de violencia (por ejemplo, organizaciones terroristas), puede considerarse que pierde la comprensión o solidaridad del conjunto de la sociedad. En consecuencia, se podrá denegar a la víctima la indemnización o suprimirla, aun cuando el delito que causó el daño no estuviera directamente relacionado con las actividades anteriores.

36. c. Indemnizaciones contrarias al sentido de la justicia o al orden público.

Los Estados que introducen sistemas de indemnización suelen querer conservar cierta discrecionalidad a la hora de conceder la indemnización y poder denegarla en determinados casos en los que está claro que un gesto de solidaridad sería contrario a los sentimientos o intereses públicos o a los principios básicos de la legislación del Estado de que se trate. Por lo tanto, a un delincuente conocido que

Ministerio de Justicia

haya sido víctima de un delito de violencia se le puede denegar la indemnización incluso si el delito en cuestión no guarda relación con sus actividades delictivas.

37. Los principios que justifican la retención o supresión de la indemnización son válidos no sólo con respecto a una víctima como tal, sino también en relación con las personas dependientes de dicha víctima que haya fallecido como consecuencia de un delito violento».

27. La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo ("Ley 29/2011") entró en vigor el 23 de septiembre de 2011. El preámbulo de dicha ley declara lo siguiente:

"Con la presente Ley, la sociedad española, a través de sus legítimos representantes en el Congreso de los Diputados y en el Senado, rinde homenaje a las víctimas del terrorismo y expresa su compromiso permanente con todas las personas que lo han sufrido o que lo pudieran sufrir en el futuro, en cualquiera de sus formas. Esta Ley es, por tanto, un signo de reconocimiento y de respeto, pero también de solidaridad debida. El apoyo integral que persigue representa el esfuerzo compartido de reparación que las víctimas y sus familias merecen, inspirado por los principios de memoria, dignidad, justicia y verdad.

En efecto, memoria, dignidad, justicia y verdad, son las ideas fuerza que fundamentan el dispositivo normativo recogido en la presente Ley buscando en última instancia la reparación integral de la víctima. De acuerdo con estos cuatro principios fundamentales, el Estado reitera su compromiso de perseguir la derrota definitiva, incondicional y sin contrapartidas del terrorismo en todas sus manifestaciones".

28. Las disposiciones pertinentes de la Ley 29/2011 dicen lo siguiente:

Artículo 4. Titulares de los derechos y prestaciones

"Se considerará titulares de los derechos y prestaciones regulados en la presente Ley a:

1. Las personas fallecidas o que han sufrido daños físicos y/o psíquicos como consecuencia de la actividad terrorista y que, a los efectos de la Ley, son consideradas como víctimas del terrorismo.

2. Las personas que, en el supuesto de fallecimiento de la víctima al que se refiere el apartado anterior, y en los términos y con el orden de preferencia establecido en el artículo 17 de esta Ley, puedan ser titulares de las ayudas o de los derechos por razón del parentesco, o la convivencia o relación de dependencia con la persona fallecida.

(...)

Ministerio de Justicia

Artículo 17. Resarcimiento por fallecimiento

1. En el caso de fallecimiento se abonarán las cantidades dispuestas en el anexo I[4].

2. Los titulares de este derecho, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, serán, por orden de preferencia, las siguientes personas:

a) El cónyuge de la persona fallecida, si no estuvieren legalmente separados, o la persona que hubiere venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad al menos los dos años inmediatamente anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieren tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida.

b) En caso de inexistencia de los anteriores, serán destinatarios, por orden sucesivo y excluyente, los padres, los nietos, los hermanos y los abuelos de la persona fallecida.

(...)

Disposición adicional primera. Aplicación retroactiva a quienes ya hubieran obtenido ayudas e indemnizaciones

Quienes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley hubieran percibido como resultado total del importe de las ayudas y del pago, en su caso, de las cuantías por responsabilidad civil fijada en sentencia firme, una cuantía inferior a la señalada en el anexo I de esta Ley podrán solicitar en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley, el abono de las diferencias que pudieran corresponderles".

29. La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 añadió el artículo 3 bis a la Ley 29/2011. El apartado pertinente del artículo 3 bis dice lo siguiente:

Artículo 3 bis. Requisitos para el reconocimiento de las ayudas y prestaciones previstas en la Ley

"2. La concesión de las ayudas y prestaciones reconocidas en la presente ley se someterá a los principios que, para ser indemnizadas, se establecen en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos".

30. De conformidad con la disposición transitoria novena de la Ley 17/2012, la modificación de la Ley 29/2011 entró en vigor el 23 de septiembre de 2011.

---

4 Indemnización en caso de fallecimiento: 250.000 euros

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

31. Mediante auto motivado de 27 de febrero de 2017 (dictado en el recurso de amparo nº 5656/2015), el Tribunal Constitucional examinó un recurso de amparo interpuesto por un demandante en un caso parecido al presente, en el cual las autoridades administrativas y judiciales desestimaron una reclamación de indemnización adicional en virtud de la Ley 29/2011 por motivos similares. Declaró inadmisible el recurso por no haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional examinó la jurisprudencia de este Tribunal (véase, entre otros precedentes, Allen v Reino Unido [GS], nº 25424/09, TEDH 2013) y concluyó que no existía vínculo alguno entre los dos tipos de procedimientos en cuestión (el procedimiento de indemnización y los procedimientos penales anteriores) que llevara a aplicar el artículo 6.2 del Convenio. En su opinión, los procedimientos de indemnización posteriores no habían sido "concomitantes necesarios de" ni una "consecuencia directa de" los procedimientos penales anteriores. Sostuvo que en los procedimientos de indemnización los criterios y el lenguaje utilizados por las autoridades administrativas y judiciales habían sido necesarios, limitándose a verificar si la cláusula de exclusión del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre Indemnización de las Víctimas de Delitos Violentos era aplicable al caso concreto, sin que se hubiera atribuido culpabilidad alguna. Un juez emitió un voto particular disidente a la decisión, a la que se sumó otro juez.

32. La pertenencia a una organización delictiva constituye un delito con arreglo al artículo 570 bis del Código Penal español de 1995 actualmente en vigor. Pertenecer a una organización o grupo terrorista constituye un delito con arreglo al artículo 572 de dicho Código

33. n virtud del Código Penal de 1973 (vigente en el momento del fallecimiento de los familiares de los demandantes), el hecho de ser miembro activo de una asociación ilegal cuyo objetivo fuera cometer delitos o promover su comisión, era delito (artículo 174). En virtud de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre. contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas (que entró en vigor el 4 de enero de 1985), la pertenencia a una organización terrorista o a un grupo armado constituía delito.

QUEJA

34. Los demandantes se quejan de que los motivos aducidos por las autoridades nacionales para desestimar sus reclamaciones de indemnización en virtud de la legislación en favor de las víctimas del terrorismo vulneraron el derecho de sus familiares fallecidos a la presunción de inocencia. Subrayaron que el razonamiento utilizado por las autoridades nacionales incluía la constatación de que sus familiares fallecidos eran miembros de una

organización como ETA, lo cual constituía un delito con arreglo a la legislación española. Se fundaron en el artículo 6.2 de la Convención

LEGISLACIÓN

A Acumulación de las demandas

35. Teniendo en cuenta la similitud del objeto de los recursos, el Tribunal considera oportuno examinarlos conjuntamente.

B Presunta vulneración del artículo 6.2 del Convenio

36. Los demandantes se quejaron de que los motivos aducidos por las autoridades nacionales para desestimar sus solicitudes de indemnización en virtud de la legislación en favor de las víctimas del terrorismo vulneraron el derecho de sus familiares fallecidos a la presunción de inocencia. Invocaron el artículo 6.2 del Convenio cuya redacción es la siguiente:

> "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada".

1. Alegaciones de las partes

37. El Gobierno considera que los familiares fallecidos de los demandantes no habían sido objeto de ningún procedimiento penal. Su posible responsabilidad penal se había extinguido con su muerte, por lo que tampoco podían ser objeto de un proceso penal en el futuro. Afirmó que no existía correlación entre los procedimientos administrativos relativos a las indemnizaciones adicionales solicitadas por los demandantes y el derecho de sus familiares a la presunción de inocencia en cualquier proceso penal. En su opinión, lo que estaba en juego en el procedimiento de indemnización era si se habían cumplido los requisitos legales para obtener una indemnización adicional por el fallecimiento de sus familiares, para lo cual era necesario verificar si los familiares fallecidos habían pertenecido a ETA y estaban comprendidos en la excepción prevista en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos o no. Sostiene que, en el marco de dicho procedimiento y a los únicos efectos de aplicar el artículo 8 de dicho Convenio, los informes en los que se fundan las autoridades nacionales recogían todas las pruebas disponibles procedentes de distintas fuentes (declaraciones de otros miembros de ETA, noticias de prensa, publicaciones relacionadas con ETA e información aportada por las

Ministerio de Justicia

autoridades francesas) que demostraban que las personas fallecidas pertenecían a ETA. Sostiene que el procedimiento no requería que se incoase un procedimiento penal que diera lugar a una condena penal contra los familiares de los demandantes. Además, alega que habría sido contrario al sentido de la justicia y a los sentimientos de las víctimas de ETA conceder la indemnización adicional reclamada por los demandantes. En consecuencia, el Gobierno exhortó al Tribunal a concluir que las presentes demandas eran manifiestamente infundadas ya que sobrepasaban el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del artículo 6.2 del Convenio o, subsidiariamente, a declarar que no se había infringido el artículo 6.2.

38. Los demandantes objetaron las alegaciones de falta de relación alguna entre el procedimiento indemnizatorio y el procedimiento penal y alegaron que el artículo 6.2 era aplicable a los procedimientos en cuestión. Subrayaron que el hecho de que en la mayoría de los casos en los cuales este Tribunal había aplicado el artículo 6.2 a procedimientos no penales posteriores se refirieran a solicitudes, formuladas por un ex-acusado, de indemnización por detención preventiva u otros perjuicios causados por procedimientos penales anteriores, no significaba que no pudiera también aplicarse a otro tipos de procedimientos. En opinión de los demandantes, dado que la legislación en cuestión excluía del derecho de indemnización a las víctimas de delitos que a su vez fueran miembros de una organización delictiva (y dado que la mera pertenencia ya era un delito en sí mismo), dicha exclusión únicamente debería basarse en una condena penal por esa acusación, y no en meras sospechas formuladas en informes policiales. La demandante en la demanda nº 73911/16 subrayó igualmente que su difunto esposo, a lo largo de su vida, nunca había sido investigado penalmente o sometido a orden de detención alguna en España

2. Valoración del Tribunal

a) Legitimación de los demandantes

39. La primera cuestión que debe abordarse es si los demandantes son "víctimas" de la supuesta violación del artículo 6.2 del Convenio. Este Tribunal hace notar que la demandante en la demanda nº 73911/16 es la viuda del difunto Enrique Gómez Álvarez. Los demandantes en la demanda nº 233/17 son hermanos del difunto José María Echaniz Maiztegui. La demandante en la demanda nº 3086/17 es la madre del difunto Ángel Gurmindo Lizárraga. Los demandantes en la demanda nº 5155/17 son la viuda e hijos del difunto Justo Elizarán Sarasola. Todos los familiares fallecidos de los demandantes fueron declarados presuntos culpables de pertenecer a ETA después su

Ministerio de Justicia

muerte en el procedimiento indemnizatorio subsiguiente incoado por los demandantes con arreglo a la legislación española de protección de las víctimas del terrorismo. Esta declaración fue el motivo presuntamente utilizado por las autoridades nacionales para no conceder la indemnización reclamada por los demandantes en relación con el asesinato de sus familiares. De conformidad con su jurisprudencia consolidada, este Tribunal considera que los demandantes pueden tener un interés moral en que se exonere a sus familiares fallecidos de cualquier declaración de culpabilidad, así como un interés económico en su calidad de demandantes del derecho a una indemnización por el fallecimiento de aquellos con arreglo a la legislación española (véase, mutatis mutandis, Nölkenbockhoff v Alemania, de 25 de agosto de 1987, § 33, serie A, nº 123, Vulakh y otros v Rusia, nº 33468/03, §§ 26-28, de 10 de enero de 2012, y Demjanjuk v. Alemania, nº 24247/15, § 22, de 24 de enero de 2019). En dicho contexto, el Tribunal considera que los demandantes pueden alegar ser "víctimas" de la supuesta vulneración del artículo 6.2 del Convenio.

b) Aplicación del artículo 6.2

40. El Tribunal reitera que, de acuerdo con lo indicado expresamente en el propio artículo, la protección que ofrece el artículo 6.2 se aplica cuando una persona es "acusada de un delito" en el sentido autónomo del artículo 6 (véase Adolf v. Austria, de 26 de marzo de 1982, § 30, serie A, nº 49, y Stirmanov v. Rusia, nº 31816/08, §§ 37-38, de 29 de enero de 2019). Se produce una "acusación penal" en el sentido autónomo de los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 6 desde el momento en que la autoridad competente notifica oficialmente a una persona la imputación de la comisión de un delito, o desde el momento en que su situación se ha visto sustancialmente afectada por las medidas adoptadas por las autoridades como resultado de una sospecha contra ella (véase Deweer v Bélgica, de 27 de febrero de 1980, §§ 42-46, Serie A nº 35; Eckle v. Alemania, de 15 de julio de 1982, § 73, Serie A no. 51; Ismoilov y otros v. Rusia, nº 2947/06, §§ 162-64, de 24 de abril de 2008, en un contexto de extradición; McFarlane v. Irlanda [GS], nº 31333/06, § 143, de 10 de septiembre de 2010; y, más recientemente, Simeonovi v. Bulgaria [GS], nº 21980/04, §§ 110-11, TEDH 2017). En ausencia de "acusación penal", cuando dicho procedimiento penal no existe o ha existido efectivamente, se ha considerado que el artículo 6.2 no era aplicable (véase Zollman v. Reino Unido (decisión), nº 62902/00, TEDH 2003-XII; Blake v Reino Unido (decisión), nº 68890/01, §§ 123 a 24, de 25 de octubre de 2005; Gogitidze y otros v Georgia, nº 62902/00, TEDH 2003-XII; y Sharxhi y otros v Albania, nº 10613/16, § 178, de 11 de enero de 2018). En tales casos se considera que las declaraciones que atribuyen una conducta delictiva u otra conducta

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

punible pueden tener más relevancia a los efectos de la necesaria protección contra la difamación y de tutela judicial efectiva para poder hacer efectivos derechos de naturaleza civil y pueden plantear posibles litigios relacionados con los artículos 8 y 6.1 del Convenio (véanse Zollman, citado anteriormente, e Ismoilov y otros, citado anteriormente, § 160).

41. El artículo 6.2 garantiza el derecho a la "presunción de inocencia hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada". Este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia la existencia de dos aspectos de la protección que brinda la presunción de inocencia: un aspecto procesal en relación con el desarrollo del proceso penal, y un segundo aspecto, que tiene por objeto proteger a aquellas personas que han resultado absueltas de una acusación penal, o cuyo proceso penal ha sido archivado por cualquier otra causa, para evitar que sean tratadas por los funcionarios públicos y demás autoridades como si hubieran sido efectivamente culpables del delito que en su día se les imputó (véase, en términos generales, Allen v. Reino Unido [GS], nº 25424/09, §§ 93-94, TEDH 2013, y G.I.E.M. S.R.L. y otros v. Italia [GS], nº 1828/06 y otros 2, § 314, de 28 de junio de 2018). En virtud del primer aspecto, la presunción de inocencia exige el respeto de requisitos en relación, entre otros aspectos, con la carga de la prueba, con las presunciones legales de hecho y de derecho, con la prerrogativa a no declararse culpable, con el acceso público a las actuaciones antes del juicio y la expresión de opiniones preconcebidas, por parte de los tribunales o de otros funcionarios públicos, respecto a la culpabilidad del acusado (véase Allen, citado anteriormente, § 93, y Lizaso Azconobieta v. España, nº 28834/08, §§ 37 a 39, de 28 de junio de 2011.

42. El segundo aspecto de la protección de la presunción de inocencia entra en juego cuando el proceso penal finaliza con un resultado distinto de una condena (véanse, por ejemplo, Tendam v. España, nº 25720/05, §§ 35-41, 13 de julio de 2010, y Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni v. España, nº 53465/11 y 9634/12, §§ 38-49, 16 de febrero de 2016). En ese caso, la presunción de inocencia ya ha servido, mediante el respeto durante el juicio de las diversos exigencias inherentes a la garantía procesal que ofrece, para evitar que se imponga una condena penal injusta. Sin protección alguna que asegure el respeto de la absolución o de la decisión de archivo en cualquier otro procedimiento, las garantías de un juicio equitativo con arreglo al artículo 6 § 2 podrían ser meramente teóricas e ilusorias (véase Allen, citado anteriormente, § 94). El Tribunal ha observado que "tras el archivo de un proceso penal, la presunción de inocencia requiere que la ausencia de condena penal de una persona se respete en cualquier otro proceso, cualquiera que éste sea" (véase Allen, citado anteriormente, § 102). Lo que también está en juego una vez finalizado el proceso penal es la reputación de

la persona y la forma en que la sociedad la considera. En cierta medida, la protección otorgada en virtud del artículo 6.2 a este respecto puede solaparse con la protección otorgada por el artículo 8 (véase, por ejemplo, Zollman v Reino Unido (decisión), nº 62902/00, TEDH 2003-XII, y Taliadorou y Stylianou v Chipre, nº 39627/05 y 39631/05, §§ 27 y 56-59, de 16 de octubre de 2008).

43. Para que se pueda aplicar el segundo aspecto del artículo 6.2 a los procedimientos posteriores, el Tribunal exige al demandante que demuestre la existencia de una relación entre el procedimiento penal concluido y el posterior procedimiento. Es probable que exista dicha relación, por ejemplo, en el supuesto de que los procedimientos posteriores requieran que se examine el resultado de los procedimientos penales anteriores y, en particular, cuando obliguen al tribunal a analizar la sentencia penal, a revisar o evaluar las pruebas del procedimiento criminal, a analizar la participación del demandante en alguno o en todos los acontecimientos que condujeron a la acusación penal, o hacer comentarios sobre los indicios que subsisten respecto a la posible culpabilidad del demandante (véase Allen, citado anteriormente, § 104)..

44. En el presente asunto, este Tribunal señala que la reclamación de los demandantes se refiere a la desestimación por parte de las autoridades nacionales de sus solicitudes de indemnización adicional por el fallecimiento de sus familiares fundada en que estos habían pertenecido a ETA. En su opinión, dado que sus familiares fallecidos no habían sido sido declarados culpables de dicha acusación con arreglo a la ley, las decisiones de las autoridades nacionales de denegar la indemnización, incluida su motivación y terminología utilizados, serían incompatibles con la presunción de inocencia. A este respecto, este Tribunal considera que lo que entra en juego en el presente asunto es el segundo aspecto del artículo 6.2 del Convenio, cuyo objetivo es impedir que el principio de presunción de inocencia se vea menoscabado tras la finalización de las actuaciones penales pertinentes con un resultado distinto de la condena (como la absolución, la suspensión de las actuaciones penales por prescripción, la muerte del acusado, etc.). En consecuencia, este Tribunal debe examinar si existía un vínculo entre los procedimientos penales previos que pudieran existir contra sus familiares fallecidos en relación con su presunta pertenencia a ETA, y los procedimientos indemnizatorios incoados por los demandantes. En este contexto, el Tribunal examinará si los familiares fallecidos de cada uno de los demandantes fueron “acusados de un delito” a efectos de su reclamación con arreglo al artículo 6.2. No corresponde a este Tribunal, al resolver estas cuestiones que atañen al art 6.2, adoptar una postura sobre el derecho de los demandantes a una indemnización.

Ministerio de Justicia

i Respecto a las demandas 73911/16 y 5155/17

45. El Tribunal observa que los familiares fallecidos de los demandantes en las demandas nº 73911/16 y 5155/17 no parecen haber sido objeto de ninguna instrucción penal formal en España antes de su fallecimiento ocurrido en 1979 (véase, en cambio, Vulakh y otros v Rusia, nº 33468/03, §§ 6-8 y 33, de 10 de enero de 2012). Los informes en los que las autoridades administrativas y judiciales se basaron para desestimar las reclamaciones indemnizatorias no se referían a ningún expediente específico de instrucción penal o enjuiciamiento en su contra, salvo en lo que respecta al mero hecho de que el marido de la demandante en la demanda nº 73911/16 fuera detenido en Francia el 23 de enero de 1975 (véase el párrafo 15 supra). En relación con ello, no se ha afirmado que dicha detención se llevase a cabo en relación con ninguna instrucción penal pendiente en España ni con ninguna petición de extradición de las autoridades españolas. Todas las pruebas citadas en los informes se basaban en publicaciones no oficiales (libros y prensa) y en declaraciones realizadas por otros presuntos miembros de ETA que incriminaban a los familiares de los demandantes (véase el apartado 20 supra). Además, la propia demandante en la demanda nº 73911/16 insistió en que su difunto esposo nunca había sido objeto de acción penal alguna ni de una orden de detención en España. De ello se deduce que no se formuló "acusación penal" alguna contra los familiares de los demandantes por parte de las autoridades españolas a los efectos de la jurisprudencia de este Tribunal (véase el apartado 40 supra).

46. En consecuencia, en opinión de este Tribunal, las decisiones nacionales adoptadas en el procedimiento indemnizatorio en cuestión no podían cuestionar ningún procedimiento penal anterior en el que las personas afectadas hubieran sido "acusadas de un delito" en España a efectos del artículo 6.2 (véase, mutatis mutandis, Blake, citado anteriormente, §124). Por tanto, el artículo 6.2 no era aplicable al procedimiento indemnizatorio en cuestión.

ii. Respecto a la demanda nº 233/17

47. Por lo que respecta a los demandantes en la demanda nº 233/17, este Tribunal señala que los únicos procedimientos penales que parecen haberse incoado contra el hermano fallecido de los demandantes se llevaron a cabo en Francia y se referían a la posesión ilícita de armas de fuego, lo que constituye una acusación distinta de la de pertenencia a banda armada o a organización terrorista (véanse los apartados 32 y 33 supra). En el marco de este procedimiento, el hermano fallecido de los demandantes fue condenado a tres meses de prisión por un tribunal francés (véase el apartado 21 supra).

Ministerio de Justicia

Del expediente no se desprende que estas medidas procesales se hayan adoptado en relación con instrucciones penales pendientes en España en su contra o con peticiones concretas de extradición presentadas por las autoridades españolas en relación con la acusación penal de pertenencia a ETA (véanse, en cambio, *Ismoilov y otros*, anteriormente citados, §§ 162-64, en los que se establece un estrecho vínculo entre los procedimientos penales pendientes en Uzbekistán y los procedimientos de extradición en Rusia en relación con las mismas personas y respecto a idénticas acusaciones penales).

48. Este Tribunal reitera que el derecho a la presunción de inocencia en virtud del artículo 6.2, sólo surge en relación con el delito concreto "imputado" (véase, mutatis mutandis, V. c. Finlandia, nº 40412/98, § 88, de 24 de abril de 2007). En consecuencia, aun suponiendo que el procedimiento penal en Francia contra el hermano fallecido de los demandantes pudiera tenerse en cuenta a efectos de establecer un vínculo con el procedimiento indemnizatorio incoado por los demandantes en España, este Tribunal indica que el hermano fallecido de los demandantes no fue "imputado" en Francia por el mismo delito penal por el que reclamaba la protección de la presunción de inocencia en el marco de este último procedimiento. En consecuencia, el párrafo artículo 6.2 no era aplicable al procedimiento indemnizatorio en cuestión.

iii. Respecto a la demanda nº 3086/17

49. En relación con la demandante en la demanda nº 3086/17, este Tribunal observa que los informes policiales aportados en el marco del procedimiento indemnizatorio ante la Audiencia Nacional se referían a dos condenas penales anteriores en Francia contra el hijo de la demandante por participar y colaborar con una asociación ilegal por su relación con ETA (en 1977 y 1981; véase el apartado 21 supra). Del expediente no se desprende que el presente procedimiento penal se haya incoado en relación con instrucciones penales pendientes en España en su contra o con peticiones específicas de extradición presentadas por las autoridades españolas (véase, en cambio, Ismoilov y otros, anteriormente citado, §§ 162 a 64). No parece que en España se hubiera incoado ningún otro procedimiento penal contra el difunto hijo de la demandante antes de su muerte.

50. Incluso suponiendo que el proceso penal en Francia contra el hijo fallecido de la demandante pueda tenerse en cuenta para establecer un vínculo con el procedimiento indemnizatorio incoado por la demandante en España, este Tribunal reitera que la protección que ofrece la presunción de inocencia cesa una vez que se ha probado debidamente que el acusado es culpable de la infracción imputada (véase *Phillips v Reino Unido*, nº 41087/98,

Ministerio de Justicia

§ 35, TEDH 2001-VII, y *Allen*, citado anteriormente, § 106). Por tanto, teniendo en cuenta que el hijo fallecido de la demandante fue condenado anteriormente en Francia por un cargo equivalente al que la demandante invocaba para proteger la presunción de inocencia (pertenencia a la organización ETA), este Tribunal considera que el artículo 6.2 no podía aplicarse en relación con dicho cargo en el marco del correspondiente procedimiento indemnizatorio.

iv. Conclusión

51. En vista de cuanto antecede, este Tribunal considera que el artículo 6.2 no era aplicable a los procedimientos indemnizatorios incoados en España por los demandantes.

52. En consecuencia, este Tribunal concluye que las demandas son incompatibles ratione materiae con las disposiciones del Convenio, en el sentido del artículo 35 § 3 (a), y por tanto se consideran inadmisibles en aplicación del artículo 35. 4, del Convenio

En base a lo cual este Tribunal,

Declara, por unanimidad, acumular las demandas

Declara, por mayoría, la demanda inadmisible.

Redactada en inglés y notificada por escrito el 18 de julio de 2019.

Fatoş Aracı Secretaria	Vincent A. De Gaetano Presidente

Ministerio de Justicia

ANEXO

Nº	Demanda nº	Interpuesta el	Demandante Fecha de nacimiento Lugar de residencia	Representado/a por
1	73911/16	29/11/2016	María Cristina LARRAÑAGA ARANDO 30/07/1954 Ascain	María José GURRUCHAGA BASURTO
2	233/17	23/12/2016	Mikel ECHANIZ MAIZTEGUI 05/03/1959 Urretxu Xabier ETXANIZ MAIZTEGI 28/09/1956 Urretxu	Iñigo IRUIN SANZ
3	3086/17	20/12/2016	Ignacia LIZÁRRAGA ALDABURU 31/07/1920 Olazagutia	Iñigo IRUIN SANZ
4	5155/17	26/12/2016	María Belén AGUILAR PÉREZ 05/10/1955 San Sebastián Ugaitz ELIZARÁN AGUILAR 10/08/1976 Bilbao Aitor ELIZARÁN AGUILAR 30/06/1979 San Sebastián	Iñigo IRUIN SANZ

Ministerio de Justicia

TRADUCCIÓN REALIZADA POR EL EQUIPO DE TRADUCCIÓN DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS

Los idiomas oficiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son el inglés y el francés, en los que se publican las sentencias,decisiones y cualquier otra documentación

Ministerio de Justicia

SECCIÓN TERCERA

ASUNTO HADDAD v. ESPAÑA

(Demanda nº 16572/17)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

18 de junio de 2019

Esta Sentencia será definitiva de acuerdo con lo estipulado en el artículo 44. 2 del Convenio. Puede someterse a revisión editorial.

En el asunto Haddad v. España,

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera), reunido en Sala compuesta por:

Vincent A. De Gaetano, *Presidente,*

Georgios A. Serghids,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Alena Poláčková,

María Elósegui,

Gilberto Felici,

Erik Wennerström, *jueces,*

y Stephen Phillips, *Secretario de Sección,*

Tras deliberar a puerta cerrada el 28 de mayo de 2019

Dicta la siguiente sentencia, adoptada en esa fecha:

PROCEDIMIENTO

1. El asunto se inició mediante demanda (nº 16572/17) contra el Reino de España, presentada por un ciudadano sirio, el Sr. Wael Haddad ("el demandante") el 22 de febrero de 2017 ante este Tribunal con arreglo al artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ("el Convenio").

2. El demandante estuvo representado por L.M. Chamorro Coronado, letrado en ejercicio en Madrid. El Gobierno español ("el Gobierno") estuvo representado por su agente A. Brezmes Martínez de Villareal, abogado del Estado en la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia.

3. Este asunto se refiere a la ubicación en una familia de acogida de la hija menor del demandante, de conformidad con el Artículo 8 del Convenio.

4. El 31 de agosto de 2017 la demanda fue comunicada al Gobierno.

ANTECEDENTES DE HECHO

I. CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

5. El demandante nació en 1976 y reside en Madrid

A. Origen del asunto y procedimiento penal contra el demandante

6. En enero de 2012, el demandante y su esposa, de nacionalidad española, abandonaron Siria a causa del conflicto armado para dirigirse a España acompañados de sus tres hijos menores de edad.

7. Un mes después de su llegada a España, la esposa del demandante presentó una denuncia penal en su contra por violencia de género. El 2 de febrero de 2012, el Juzgado nº 1 de Coslada (Madrid), responsable de combatir la violencia contra la mujer ("Juzgado nº 1 de Coslada"), dictó una orden de protección provisional en favor de la esposa del demandante, válida durante el proceso penal, que contenía, entre otras, una medida penal por la que se prohibía a su marido acercarse o comunicarse con ella y sus tres hijos, mediante un brazalete de radiofrecuencia, así como una medida civil por la que se suspendían provisionalmente la patria potestad y los derechos de visita del demandante. La esposa de este, que había sido alojada en un centro de acogida con carácter de urgencia, lo abandonó junto a sus hijos y regresó con su marido en dos ocasiones, a pesar de la orden de expulsión dictada contra este último. El demandante fue arrestado y detenido en dos ocasiones por incumplimiento de dicha orden de alejamiento antes de ser puesto en

Ministerio de Justicia

libertad definitivamente. Los informes de 20 de abril y 21 de mayo de 2012 elaborados por los centros de acogida con carácter de urgencia de Móstoles y Alcalá de Henares señalan graves deficiencias emocionales, educativas y de comportamiento en las actitudes de los niños hacia su madre. El 8 de junio de 2012, la esposa del demandante presentó una nueva denuncia por violencia.

B. La declaración de desamparo de los menores y el procedimiento de ubicación de la hija de la demandante en una familia de acogida en régimen pre-adoptivo

8. El 15 de junio de 2012, los tres menores, de nueve y seis años y un año y medio de edad, fueron declarados en situación legal de desamparo por la Comunidad de Madrid, que asumió la tutela por el procedimiento de urgencia. Los niños fueron ubicados en centros de acogida. Esta decisión se adoptó a petición de la esposa del demandante, que había declarado que ya no podía ocuparse de sus hijos debido a una grave situación de conflicto familiar y a su falta de recursos. La esposa del demandante informó a la Comunidad de Madrid de su intención de trasladarse a Murcia para alejarse del demandante y vivir con su hermano, y solicitó que la Comunidad de Madrid se hiciera cargo de los tres menores. También expresó su intención de iniciar una terapia.

9. El 28 de junio de 2012, los niños fueron recibidos en centros de acogida en Murcia. El demandante no fue informado de que sus hijos habían sido declarados en situación de desamparo y ubicados en centros de acogida ni de ninguna delas decisiones adoptadas con respecto a sus hijos por los servicios de protección de menores de Madrid o Murcia.

10. El 28 de julio de 2012, la Dirección de Asuntos Sociales de la Región de Murcia asumió la tutela de los tres menores. Los dos hijos del demandante fueron internados en la Residencia de Protección de Menores Santo Ángel y su hija en el centro de acogida Cardenal Bellugay, autorizándose las visitas de su madre.

11. El 14 de febrero de 2013, el Presidente de la Asociación Musulmana de España ("la Asociación") envió una carta en nombre del demandante al Servicio de Protección de Menores de Murcia ("el Servicio de Protección de Menores") en la que afirmaba que el interesado, tras haber roto todos los vínculos con su esposa, no disponía de información sobre sus tres hijos. En dicha carta, la asociación solicitaba ser informada de la situación de los menores e indicaba que el demandante, al estar legalmente privado del derecho a comunicarse con sus hijos, solicitaba que un miembro de la asociación pudiera reunirse con ellos. El 7 de marzo de 2013, el Servicio de Protección de Menores respondió a la asociación que no estaba prevista la devolución de los niños a su familia biológica y que no era deseable que terceros visitaran a los niños.

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

12. El 19 de marzo de 2013, el Juzgado nº 1 de Coslada remitió al Servicio de Protección de Menores de Murcia una citación recibida con retraso en la sede del juzgado, lo que imposibilitó que el Juzgado nº 1 se pusiera en contacto con el demandante a tiempo para que éste pudiera asistir a una audiencia en Murcia el 21 de marzo de 2013.

13. El 6 de abril de 2013 se convocó al demandante a la vista para ratificar la tutela de sus hijos mediante un edicto en el Boletín Oficial de Murcia. Los días 8 y 16 de abril de 2013, un miembro del Servicio de Protección de Menores de Murcia se puso en contacto telefónico con el demandante. Durante la primera conversación telefónica, se informó al demandante de la importancia de la vista para la tutela. Ante la falta de respuesta y no haberse presentado a la vista, durante la segunda conversación telefónica con el mismo responsable del servicio de protección de menores, el demandante indicó que no asistiría a la vista y que recurriría, en caso necesario, contra la decisión que se adoptara sobre la ratificación de la tutela. El 24 de abril de 2013, el Gobierno de la Región de Murcia ("el Gobierno Regional") confió la tutela de los niños al Servicio de Protección de Menores. El 14 de mayo de 2013 se notificó esta resolución al demandante en su domicilio y, posteriormente, debido a que se encontraba ausente, fue depositada en la oficina de correos el 21 de mayo de 2013, donde no acudió a recogerla.

14. En un Informe de Orientación de fecha 20 de junio de 2013, la Dirección General de Política Social de la Región de Murcia observó que los menores habían sido objeto de maltrato físico y emocional grave por parte del demandante, así como de la orden de alejamiento y de la prohibición total de comunicación con ellos dictada por el Juez nº 1 de Coslada. También señaló, entre otras cosas, la personalidad vulnerable, altamente influenciable y frágil de la madre, su falta de función protectora hacia sus hijos, su inestabilidad emocional y limitada inteligencia, de su falta de estabilidad financiera, de domicilio permanente y de actividad laboral, así como de su infancia bajo tutela legal. En el informe se recomendaba que se suspendieran las visitas de la madre a su hija menor de edad y que se realizara una única visita bimensual de una hora con sus dos hijos, en un lugar que determinaría el centro de acogida.

15. La esposa del demandante declaró a los servicios sociales del centro de acogida *Cardenal Beluga,* durante una llamada telefónica, que con el dinero que el demandante le envió, había alquilado un apartamento para que se quedara con su hija.

16. En un informe psicosocial muy detallado de 19 de julio de 2013, la Dirección General de Asuntos Sociales de la Región de Murcia propuso el acogimiento preadoptivo provisional de la hija del demandante, sin visitas por parte de su familia biológica. En el informe se reproducen esencialmente las

conclusiones del informe anterior y se destaca la falta de capacidad parental y falta de madurez de la madre de los niños.

C. La ubicación de la hija del demandante en una familia de acogida y la absolución del demandante en un proceso penal por violencia de género iniciado en su contra.

17. El 20 de septiembre de 2013, el Servicio Regional de Protección de Menores decidió ubicar temporalmente a la hija del demandante en una familia de acogida en régimen pre-adoptivo.

El 24 de septiembre de 2013, la hija del demandante fue entregada a su familia de acogida.

18. El 8 de octubre de 2013, el Presidente de la Comisión Regional para la Protección de Menores presentó una propuesta formal de acogimiento preadoptivo provisional sin visitas de los padres biológicos de la menor a la pareja seleccionada.

19. El 27 de septiembre de 2013, el Juez de Instrucción nº 5 de Alcalá de Henares absolvió al demandante de todos los cargos que se le imputaban en el proceso contra él y anuló las medidas penales y civiles adoptadas por el Juez Nº 1 de Coslada de 2 de febrero de 2012. El juez de lo penal 5 tuvo en cuenta en su sentencia la falta de precisión en las explicaciones de la esposa del demandante sobre los hechos que se le imputaban, el testimonio igualmente impreciso de meros testigos de referencia (la directora de la escuela de los hijos del demandante y sus tutores, el técnico de apoyo de estudios, el secretario del centro escolar) que no recordaban bien los hechos o que repetían los comentarios de los hijos o sus impresiones, así como los informes psicológicos y médicos, que habían demostrado "lesiones psicológicas compatibles con malos tratos, inadaptación social, agresiones físicas, sexuales y psicológicas", insuficientes también para refutar la presunción de inocencia del demandante, habida cuenta del carácter genérico de los hechos imputados en los distintos informes, la falta de explicación del proceso técnico seguido para llegar a las conclusiones expuestas y el testimonio impreciso de los peritos en la vista. La sentencia absolutoria fue firme el 8 de noviembre de 2013.

20. El 19 de noviembre de 2013, el demandante, asistido por un abogado, se puso en contacto por escrito con el Servicio de Protección de Menores y se presentó a una entrevista. Comunicó la sentencia absolutoria e indicó que estaba trabajando, que tenía unos ingresos estables y que residía en Madrid. Solicitó autorización para visitar a sus hijos.

21. En un informe de orientación de fecha 28 de febrero de 2014, el Servicio de Protección de Menores señaló la falta de contacto entre el demandante y

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

sus hijos entre el 28 de junio de 2012, fecha de su internamiento en centros de acogida, y el 19 de noviembre de 2013, fecha del primer contacto del demandante con el Servicio de Protección de Menores descrito anteriormente. En este informe, el Servicio de Protección de Menores proponía no autorizar al demandante visitar a su hija y rechazar temporalmente las visitas a sus otros dos hijos, "hasta que los menores hayan alcanzado un estado emocional y psicológico más estable". Observó que la menor "se había adaptado perfectamente durante el procedimiento de acogida pre-adoptiva" y que los otros dos niños seguían mostrando "miedo y falta de confianza hacia la figura paterna" y se encontraban en tratamiento psicológico y farmacológico. Las conclusiones de dicho informe fueron confirmadas el 31 de marzo de 2014 por una resolución de la Dirección General de Asuntos Sociales de la Región de Murcia, que puso fin al procedimiento administrativo. Dicha resolución se remitió al fiscal encargado de la protección de los menores. El 22 de abril de 2014 se le notificó al demandante.

22. El 28 de mayo de 2014, el demandante se opuso al acogimiento familiar de su hija.

23. En un informe de seguimiento de fecha 18 de diciembre de 2014, el Servicio de Protección de Menores describió los vínculos emocionales establecidos entre la menor y su familia de acogida y su adaptación a su nuevo entorno social y familiar.

24. El 2 de febrero de 2015, la psicóloga y la trabajadora social del Centro de Atención Social de la Infancia II de Madrid emitieron un informe sobre el demandante, en el que señalaban que no existía ninguna relación entre el padre y su hija y que el interesado estaba centrando su solicitud para recuperar a sus hijos en los dos mayores. Según este informe, el demandante comprendía las consecuencias que la separación había tenido para sus hijos e indicaba que podía conciliar su vida privada y laboral para satisfacer las necesidades de los niños.

25. A petición de la Dirección General de Asuntos Sociales, el Juez de Primera Instancia nº 3 de Murcia autorizó, el 11 de febrero de 2015, la constitución del acogimiento de la hija de la demandante en régimen pre-adoptivo de conformidad con el artículo 173.1 del Código Civil. El auto se motivó de la siguiente manera:

> "Concurren en el presente case los requisitos que la Ley exige para la constitución del acogimiento, en cuanto ha prestado el consentimiento la Entidad Publica que tiene encomendada la protección de menores, así como del de los acogedores, y aunque los padres biológicos no le han prestado, su consentimiento debe ser suplido por la resolución judicial, ya que en la situación en que se encuentra la menor, su acogimiento en una familia en cuya vida común participe, y que se ocupe

de velar per ellos, cuidarlos, alimentarlos y educarlos, ha de ser muy beneficioso para su desarrollo físico, intelectual y moral, para su formación integral»

26. El 13 de marzo de 2015, el demandante recurrió el auto de 11 de febrero de 2015 autorizando el acogimiento de su hija con carácter pre-adoptivo. Su esposa hizo lo mismo. En particular, el demandante alegó que dicho auto no indicaba las razones que impedían a su padre tener la custodia de la menor, a pesar de haber sido absuelto de todos los cargos que se le imputaban. Indicó que la situación de desamparo de sus hijos se debía al comportamiento de su esposa, a las particularidades de su personalidad y a la guerra en Siria, de la que habían podido escapar al abandonar el país. Se consideraba víctima de la incapacidad de la madre de su hija para cuidarla, mientras que su propia capacidad para cuidarla no era, en su opinión, examinada en absoluto, ni por las autoridades administrativas ni por los órganos judiciales.

27. En su escrito de oposición al recurso del demandante contra el auto de 11 de febrero de 2015 del Juez de Primera Instancia nº 3, el abogado de la Comunidad Autónoma señaló que el demandante no había mostrado interés alguno por sus hijos tras su internamiento en los centros de acogida de Murcia el 28 de junio de 2012. También observó que el demandante tampoco había impugnado la decisión administrativa por la que se ratificaba el acogimiento de los niños.

28. El 7 de abril de 2016, la Audiencia Provincial de Murcia desestimó los recursos del demandante y de su esposa y confirmó el auto impugnado, indicando lo siguiente

"Según la decisión impugnada, tal medida [en acogimiento de la niña en régimen pre-adoptivo] garantiza el interés superior de la menor y contribuye efectivamente a su desarrollo integral.

(...)

Debe tenerse en cuenta la valoración de la Administración sobre la falta de interés del referido Sr. Haddad, Por un lado porque tras solicitar información sobre la situación de los menores (se trataba de tres hermanos) y serle remitida la misma en el mes de febrero de 2013 no realiza actividad alguna en tal sentido. Por otra parte, no intervino en el procedimiento, a excepción de un escrito presentado el 19 de noviembre de 2013, cuando fue informado en numerosas ocasiones de la ratificación de la tutela de sus hijos por la entidad pública en el mes de abril de 2013 (...).

No fue hasta el 28 de mayo de 2014, tras varias citaciones infructuosas, cuando intervino en el procedimiento de impugnación de la decisión de ubicar su hija en una familia de acogida.

Ministerio de Justicia

(...) Consta a tenor del informe de orientación de 28 de febrero de 2014 que la menor ha permanecido internada en el centro de protección durante un año y tres meses, carece de toda referencia de vínculo paterno(...) dicho informe pone de manifiesto que Anna tiene cubiertas sus necesidades en dicho entorno y que ese acogimiento le resulta beneficioso para su desarrollo personal y se añade que lo más conveniente para ella es su adopción por el matrimonio acogedor", " hemos de valorar las consecuencias negativas que podrían derivarse del cese del acogimiento. En concreto se hace mención a que ello equivaldría a una agresión a la menor en todas las áreas de su desarrollo físico, intelectual y moral suponiendo un grave riesgo para su salud mental, influyendo en el desarrollo de su personalidad y en la capacidad para establecer relaciones interpersonales a lo largo de la vida.

(...)

Cabe añadir, per otro lado, que carece de toda la relevancia en este caso el documento presentado per el recurrente Sr. Haddad en esta fase de apelación por el que el Servicio de Protección de Menores hace constar el cese de la tutela de dos hermanos de Anna, llamados Luai de 13 años y Adam de 10 años per retorno con su padre. Y ello porque no constan los motives determinantes de dicho cese y así mismo porque la actual situación de la menor Anna de 4 años de edad en el marco del presente procedimiento de acogimiento pre-adoptivo, su integración en el mismo y las negativas y perjudiciales consecuencias que se derivaban del cese de dicho acogimiento, como técnicamente se ha acreditado, no aconsejarían la adopción de otra medida al respecto (....)".

29. El 26 de febrero de 2016, el Gobierno regional puso fin a la tutela los dos hijos del demandante por el Servicio de Protección de Menores y autorizó su restitución al padre, con quien viven desde esa fecha.

30. El 13 de junio de 2016, el demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional exponiendo, en una sección específica, las razones por las que consideraba que este recurso era de especial trascendencia constitucional. Invocó los artículos 24 (derecho a un juicio justo) y 39 de la Constitución, así como el artículo 8 del Convenio, y sostuvo que las resoluciones judiciales habían impedido la reunificación familiar entre él y su hija debido a graves errores contenidos en los diversos informes de la Administración que sirven de base para el razonamiento de los tribunales nacionales. Mediante sentencia notificada el 19 de octubre de 2016, el Tribunal Constitucional declaró la inadmisibilidad del recurso de amparo porque el interesado no había satisfecho la trascendencia constitucional del recurso.

Ministerio de Justicia

II. DERECHO INTERNO RELEVANTE

31. Las disposiciones relevantes de la Constitución para el presente asunto son las siguientes:

Artículo 24

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

(...)

Artículo 39

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos

32. El artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece que:

"En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia".

33. Las disposiciones pertinentes del Código Civil en este caso son las siguientes:

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

Artículo 172

1. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate 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 (...). [A los progenitores y tutores] siempre que sea posible, en el momento de la notificación se les informará de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada.

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.

La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (...)

2. Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario.

La entrega de la guarda se hará constar por escrito dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

3. La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial (...)

4. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

(...)

7. Durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare el desamparo, los padres que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el número 1 de este artículo, están legitimados para solicitar que cese la suspensión y quede revocada la declaración de desamparo del menor, si por cambio de las circunstancias que la motivaron entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

Igualmente están legitimados durante el mismo plazo para oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor.

Pasado dicho plazo decaerá su derecho de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. (...).

8. La entidad pública, de oficio, o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá en todo momento revocar la declaración de desamparo y decidir la vuelta del menor con su familia si no se encuentra integrado de forma estable en otra familia o si entiende que es lo más adecuado en interés del menor. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal".

Artículo 173

1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. (...)

3. Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior.

No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial.

(...)

Artículo 173 *bis*

El acogimiento familiar, podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad:

1.º Acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable.

2.º Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor.

3.º Acogimiento familiar pre-adoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción, y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.

La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar pre-adoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción,

Ministerio de Justicia

que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia. Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año.

Artículo 222

Estarán sujetos a tutela:

(...)

4.° Los menores que se hallen en situación de desamparo.

34. El artículo 35 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, establece lo siguiente.

Artículo 35

"1. Se puede aplicar la medida de acogida como paso previo para la adopción:

a) Si el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga, o si por cualesquiera motivos los padres o los tutores están sometidos a una causa de privación de la patria potestad y se prevé que esta situación pueda ser permanente.

b) Si los padres o tutores están imposibilitados para ejercer su potestad y se prevé que esta situación pueda ser permanente.

c) Si los padres o tutores lo solicitan al organismo competente y hacen abandono de los derechos y los deberes inherentes a su condición.

d) Si el menor no tiene familia.

e) Si lo determina la autoridad judicial.

2. En los casos determinados en el apartado 1 se suspenderán las visitas y las relaciones con la familia biológica, a fin de conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si conviene al interés del menor".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. SOBRE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO

35. El demandante acusa al Servicio de protección del menor no haber adoptado medida alguna para facilitar el restablecimiento del contacto con su hija tras su absolución y el levantamiento de las medidas provisionales de alejamiento y no comunicación. Invoca el artículo 8 del Convenio, que dice lo siguiente:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Ministerio de Justicia

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

A. Sobre la admisibilidad

36. El Gobierno alega la falta de agotamiento de los recursos internos. Alega, en primer lugar, que el demandante no interpuso un recurso de nulidad ante la Audiencia Provincial antes de interponer su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por otro lado, señala que el recurso de amparo fue declarado inadmisible por el Tribunal Constitucional porque el demandante no cumplió con la obligación de demostrar que su recurso era de especial trascendencia constitucional, de conformidad con el requisito establecido en el artículo 49.1, de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (LOTC) modificada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo 2007.

37. El demandante alega que el recurso de anulación no era pertinente, que era también la opinión del Tribunal Constitucional, que no rechazó su recurso de amparo por este motivo. Añade que la decisión de inadmisibilidad de dicho recurso de amparo respecto a no haber demostrado la trascendencia constitucional de sus quejas fue declarada erróneamente, como también había sido el caso, en su opinión, en el asunto *R.M.S. c. España* (nº 28775/12, de 18 de junio de 2013), que fue objeto de la constatación de una vulneración del artículo 8 del Convenio por parte de este Tribunal

38. Respecto a la primera parte de la objeción planteada por el Gobierno, el Tribunal considera que el demandante ha ofrecido a los tribunales nacionales y, como último recurso, al Tribunal Constitucional la oportunidad de remediar la supuesta vulneración. En cuanto al argumento del Gobierno basado en la falta de agotamiento de los recursos internos debido a la inexistencia de un recurso de nulidad, señala que el Tribunal Constitucional no ha declarado inadmisible el recurso de amparo por ese motivo y que en ningún momento lo ha mencionado como requisito a la presentación previa de dicho recurso. Este Tribunal recuerda que corresponde principalmente a las autoridades nacionales y, en particular, a los órganos jurisdiccionales competentes interpretar el Derecho interno (*Brualla Gómez de la Torre v. España*, de 19 de diciembre de 1997, § 31, *Recopilación de sentencias y decisiones* 1997-VIII) y, en particular, las cuestiones de procedimiento, y que no sustituirá su propia interpretación de la ley por la de aquellos en ausencia de arbitrariedad. Por lo tanto, no puede exigir al demandante que agote un recurso que el propio Tribunal Constitucional no consideró exigible en el presente asunto.

Ministerio de Justicia

39. Respecto a la segunda parte de la objeción planteada por el Gobierno, este considera que no se han agotado debidamente los recursos internos en la medida en que el recurso de amparo fue declarado inadmisible por el Tribunal Constitucional por no haber cumplido el demandante con la obligación de demostrar que su recurso era de especial trascendencia constitucional, de conformidad con el requisito establecido en el artículo 49.1 de la LOTC, modificado por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo de 2007.

40. En este sentido, como ya lo hizo en A*rribas Antón v. España* (nº 16563/11, de 20 de enero de 2015), este Tribunal desea señalar que el hecho de que el Tribunal Constitucional declarara inadmisible un recurso de amparo carecer de la trascendencia constitucional especial requerida o, en su caso, que el demandante no haya demostrado la existencia de dicha trascendencia, no le impide pronunciarse sobre la admisibilidad y el fondo de la demanda (*ibídem*, § 51, con referencia a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a raíz de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la inadmisibilidad de los recursos de amparo con arreglo a este criterio, *Del Río Prada v. España* [GS] no. 42750/09, § 22, TEDH 2013, *Varela Geis v. España*, no. 61005/09, de 5 de marzo de 2013, *Manzanas Martín v. España*, no. 17966/10, § 14, de 3 de abril de 2012, y *R.M.S. v. España*, citado anteriormente, § 45; véase, más recientemente, *Rodríguez Ravelo v. España*, no. 48074/10, § 24, de 12 de enero de 2016 y, por último, *Saber y Boughassal v. España*, nos. 76550/13 y 45938/14, § 30, de 18 de diciembre de 2018). Este Tribunal señala que, en el presente caso, el demandante expuso, en un apartado concreto, los motivos por los que el recurso de amparo tenía especial trascendencia constitucional para él. Afirmó que dicho recurso cumplía el requisito de especial trascendencia constitucional en la medida en que se basaba en la jurisprudencia de los "órganos responsables de interpretar los tratados y acuerdos internacionales a que se refiere el artículo 10.2 de la Constitución Española". Se refirió a la sentencia *R.M.S. c. España*, antes citada, y a las disposiciones de la Constitución Española que consideraba pertinentes, así como al artículo 8 del Convenio, y argumentó que las decisiones judiciales habían impedido la reagrupación familiar entre él y su hija debido a graves errores contenidos en los informes preparados por los diversos órganos administrativos que servían de base para la motivación de los tribunales nacionales.

41. En consecuencia, no puede aceptarse la objeción del Gobierno

42. Observando que la demanda no es manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35 § 3 a) del Convenio, y que no encuentra ningún otro motivo de inadmisibilidad, el Tribunal la declara admisible.

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

B. Sobre el fondo

1. Alegaciones de las partes

a) El Gobierno

43. El Gobierno reconoce que el derecho del demandante al respeto de la vida privada y familiar ha sido objeto de injerencia por parte de las autoridades. Sin embargo, considera que esta injerencia está justificada por una exigencia primordial relativa al interés superior de la menor y constituye un uso adecuado del margen de discrecionalidad del que disponen las autoridades nacionales. Afirma que, en el presente asunto, la hija del demandante tenía interés en que se consolidara su situación de acogida tras 15 meses de internamiento en un centro de acogida. También afirma que el Tribunal no es un tribunal de cuarta instancia y que debe respetar el margen de discrecionalidad otorgado a los Estados Miembros para regular las relaciones entre padres e hijos.

44. El Gobierno indica que la decisión de la Administración local de utilizar el procedimiento de acogimiento pre-adoptivo se adoptó en estricto cumplimiento de la legislación sobre protección de menores, que estaba debidamente justificado y que fue verificado por las autoridades judiciales españolas de conformidad con la ley. Añade que esta decisión no se adoptó de forma arbitraria, sino que se basa en la falta de interés del demandante hacia su hija. El Gobierno sostiene que, si bien el demandante fue objeto de una orden de alejamiento hasta septiembre de 2013, no tuvo contacto con sus hijos entre 2012 y 2015 y no viajó personalmente a Murcia, sino que actuó por carta a través de una asociación (véase el párrafo 11 supra). Afirma que la situación del demandante es, por tanto, diferente del caso *R.M.S. c. España* (antes citado, apartado 76), en el que el Tribunal consideró que se había vulnerado el artículo 8 del Convenio al considerar que un menor había sido abandonado a pesar de que la demandante había "visitado el Centro de acogida de Granada al menos 17 veces, a pesar de que dicho Centro se encontraba relativamente lejos de su domicilio, y (....) que ni siquiera se le había informado de que su hija ya no estaba allí". Además, el Gobierno considera que, en el presente caso, esta resolución fue precedida de un riguroso análisis basado en informes elaborados por el Servicio de Protección de Menores de Murcia. Hizo referencia al Informe de Orientación de 20 de junio de 2013, al informe psicosocial de 19 de julio de 2013, al Informe de Orientación de 28 de febrero de 2014 y al informe de 2 de febrero de 2015 (apartados 14 y siguientes).

45. El Gobierno considera que las decisiones adoptadas en el presente asunto por las autoridades no fueron desproporcionadas porque también habrían salvaguardado los intereses de los padres biológicos al garantizarles una

protección procesal suficiente y hacerlos partícipes del proceso de toma de decisiones (W. c. el Reino Unido, de 8 de julio de 1987, § 63, serie A, nº 121). Considera que las autoridades han respetado en todo momento el interés superior de la menor, la situación de su familia cercana y amplia y los principios de proporcionalidad y necesidad. Toma nota de los esfuerzos de los Servicios Sociales de Murcia por ponerse en contacto con el demandante (párrafos 12 y 13 *supra*) y del hecho de que los órganos judiciales han respetado los derechos de la defensa al dar a los padres de la menor la oportunidad de expresar su punto de vista y, en su caso, su oposición a través de los procedimientos y recursos disponibles.

46. El Gobierno señala que el interés de cada menor debe evaluarse de forma individual. En consecuencia, considera que el hecho de que el demandante hubiera recuperado la custodia de sus dos hijos no modificó la decisión de los órganos judiciales, ya que su hija no habría estado en una situación comparable a la de sus hermanos debido a su edad y a sus circunstancias personales. Refiriéndose a la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 7 de abril de 2016, considera en efecto que la reinserción de la menor en su familia biológica ya no era posible a riesgo de causarle más daño que beneficio. Añade que la numerosa familia de la niña no ha demostrado a los servicios sociales que pueden cuidar de ella.

47. Por último, el Gobierno observa que los derechos enunciados en el artículo 8 del Convenio se aplican tanto a la familia biológica como a la familia de acogida, lo que ha creado vínculos emocionales con la menor que el Tribunal debe tener en cuenta.

a) El demandante

48. El demandante considera que, si bien la acogida puede haber sido la mejor solución para consolidar la situación familiar de su hija en el pasado, esta medida dejó de ser la mejor solución cuando recuperó la custodia de los dos hijos mayores con la autorización del órgano responsable de su protección. Considera que justificar el acogimiento de su hija por la "falta de interés" que supuestamente demostró carece de sentido, ya que se le ha privado de la patria potestad sobre sus hijos y de los derechos y deberes relacionados con ellos. Afirma que esta medida, que condujo a la declaración del abandono de sus hijos, resultó ser innecesaria, ya que fue absuelto de los cargos penales de maltrato contra su esposa. Añade que, tan pronto como pudo volver a estar en contacto con sus hijos mayores, se le prohibió dicho régimen de visitas con su hija. Además, alega que, como extranjero que no habla correctamente el español, le resultaba difícil tener conocimiento de la convocatoria publicada en el Boletín Provincial de la Región de Murcia (apartado 13 supra), y que ello no debería haberse interpretado como una falta de interés por su parte

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

49. El demandante considera que fue discriminado por su condición de extranjero por parte de los servicios de protección de menores y tribunales españoles. Señala que residía en Madrid y que no hablaba bien español en ese momento. Rechaza el argumento del Gobierno de que las autoridades respetaron el principio de legalidad y sus derechos procesales, ya que, en su opinión, basaron su decisión en argumentos infundados e informes presentados mientras era objeto de un proceso penal y que no pudo defender su capacidad paterna.

50. El demandante critica el razonamiento expuesto por la Audiencia Provincial de Murcia en la medida en que considera insignificante que sólo haya recuperado la custodia de sus hijos y no la de su hija "porque sería contraproducente para ella", mientras que la restitución de los dos hijos demuestra, en su opinión, su interés en ellos y su capacidad para cuidarlos. Considera que la resolución de la Audiencia Provincial de Murcia, reiterada por el Gobierno en sus observaciones, le atribuye erróneamente el maltrato de sus hijos y le transfiere la incapacidad de la madre de sus hijos respecto a estos.

2. Apreciación del Tribunal

a) Principios generales relativos a las obligaciones positivas del Estado demandado en virtud del artículo 8 del Convenio.

51. El Tribunal recuerda que, para un progenitor y su hijo, permanecer unidos representa un elemento fundamental de la vida familiar (*Buscemi c. Italia*, nº 29569/95, § 53, TEDH 1999-VI, *Saleck Bardi c. España*, nº 66167/09, §§ 49 y 50, de 24 de mayo de 2011, y R.*M.S. c. España*, citado anteriormente, § 68) y que las medidas internas que les impiden hacerlo constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (*K. y T. c. Finlandia* [GS], nº 25702/94, nº 151, TEDH 2001-VII, y *Barnea y Caldararu c. Italia*, nº 37931/15, § 63, de 22 de junio de 2017).

52. Como este Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones, el principal objetivo del artículo 8 del Convenio es proteger a la persona contra la injerencia arbitraria de las autoridades; sin embargo, no se limita a exigir al Estado que se abstenga de tal injerencia. De hecho, si las decisiones adoptadas por los responsables que dan lugar a la ubicar a un menor en un centro de acogida se analizan como una injerencia en el derecho de un progenitor a que se respete su vida familiar (*W. v. Reino Unido*, citado anteriormente, § 59), las obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar pueden implicar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida familiar incluso en las relaciones entre personas (*X e Y c. los Países Bajos*, de 26 de marzo de 1985, § 23, Serie A nº 91, y *Mincheva c. Bulgaria*, nº 21558/03, § 81, de 2 de septiembre de 2010). En

cualquier caso, se debe encontrar el equilibrio adecuado entre los intereses concurrentes —los del niño, los de ambos padres y los de orden público— (*Maumousseau y Washington c. Francia*, nº 39388/05, § 62, de 6 de diciembre de 2007), pero concediendo una importancia decisiva al interés superior del menor (véase, en este sentido, *Gnahoré c. Francia*, nº 40031/98, § 59, TEDH 2000IX-), que, en función de su naturaleza y gravedad, puede prevalecer sobre el de los padres (*Sahin c. Alemania* [GS], nº 30943/96, § 66, CEDH 2003-VIII). Del mismo modo, en ambos casos, el Estado disfruta de un cierto margen de discrecionalidad (*Saleck Bardi*, citado anteriormente, § 50, y *K.A.B. v. España*, citado anteriormente, § 95)

53. El Tribunal reafirma el principio consolidado en su jurisprudencia de que el objetivo del Convenio es proteger derechos concretos y efectivos (*K. y T. v. Finlandia* [GS], citado anteriormente, § 154). Recuerda que su tarea no consiste en suplantar a las autoridades nacionales, sino en examinar con arreglo Convenio las decisiones adoptadas por esas autoridades en el ejercicio de su poder discrecional

54. Como el Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, la desintegración familiar constituye efectivamente una medida muy grave que debe basarse en consideraciones basadas en los intereses del menor y tener suficiente entidad (*Scozzari y Giunta v. Italia* [GS], nº 39221/98 y 41963/98, § 148, TEDH 2000-VIII). A este respecto, y en relación con la obligación del Estado de adoptar medidas positivas, este Tribunal ha declarado en repetidas ocasiones que el artículo 8 implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reunirse con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas (véase, por ejemplo, *Eriksson c. Suecia*, de 22 de junio de 1989, § 71, serie A, nº 156, y *Olsson c. Suecia* (nº 2), de 27 de noviembre de 1992, § 90, serie A, nº 250). En tales casos, la adecuación de una medida se juzga por la rapidez en aplicarla, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre el niño y el progenitor que no vive con él (*Maumousseau y Washington*, citados anteriormente, § 83; *S.H. c. Italia*, nº 52557/14, § 42, de 13 de octubre de 2015). La decisión de tutelar un niño debe considerarse en principio una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitan, y cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reunir al padre biológico y al menor (*K. y T. v. Finlandia*, citado anteriormente, § 178). Cuando ha transcurrido un período de tiempo considerable desde que se ubicó al menor por primera vez en un centro de acogida, el interés del menor en que su situación familiar no vuelva a cambiar de hecho puede ser mayor que el interés de los padres en reunir a su familia. Por lo tanto, este Tribunal reconoce que las autoridades tienen un considerable margen de discrecionalidad a la hora de evaluar la necesidad de responsabilizarse de un menor, pero a la vez es necesario un control más

Ministerio de Justicia

riguroso tanto de las restricciones adicionales como de las impuestas por las autoridades a los derechos y visitas de los padres, así como de las salvaguardas que garanticen la protección efectiva de los derechos de los padres y de los menores al respeto de su vida familiar (*K. y T. v. Finlandia* [GS], antes citado, § 155). La obligación positiva de adoptar medidas para facilitar la reagrupación familiar lo antes posible se impone a las autoridades competentes desde el comienzo del período de tutela y con una fuerza creciente, pero siempre compensado con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor. Además, las obligaciones positivas no se limitan a garantizar que el menor pueda reunirse o tener contacto con su progenitor, sino que también incluyen todas las medidas preparatorias para lograr dicho resultado (véase, *mutatis mutandis*, *Kosmopoulou c. Grecia*, nº 60457/00, § 45, de 5 de febrero de 2004, y *Amanalachioai c. Rumania*, nº 4023/04, § 95, de 26 de mayo de 2009.

55. Corresponde a este Tribunal apreciar si las autoridades españolas han incumplido las obligaciones positivas que les incumben en virtud del artículo 8 del Convenio (*Hokkanen v. Finlandia*, de 23 de septiembre de 1994, § 55, serie A, nº 299-A, *Mikulić v. Croacia*, nº 53176/99, § 59, TEDH 2002-I, *P., C. y S. c. Reino Unido*, nº 56547/00, § 122, TEDH 2002-VI, *Evans c. Reino Unido*[GS], nº 6339/05, § 76, TEDH 2007-IV, y *K.A.B. c. España*, citado anteriormente, § 98).

56. Corresponde a cada Estado contratante establecer un marco jurídico adecuado y suficiente para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio, y corresponde a este Tribunal examinar si, en la aplicación e interpretación de las disposiciones jurídicas aplicables, las autoridades nacionales han respetado las garantías del artículo 8 del Convenio, teniendo en cuenta en concreto el interés superior del menor (véase, *mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk c. Suiza* [GS], nº 41615/07, § 141, TEDH 2010, y *Barnea y Caldararu v. Italia*, citado anteriormente, § 65; *K.A.B. v. España*, citado anteriormente, § 115; *R.M.S. v. España*, citado anteriormente, § 72).

b) Aplicación al presente asunto de los principios mencionados con anterioridad

57. Este Tribunal señala que el 15 de junio de 2012 los tres hijos del demandante, incluida su hija menor, de un año y medio de edad, fueron internados en un centro de acogida en Madrid, a petición de su madre, y declarados en la situación legal de desamparo. Tras el traslado de la madre, los niños fueron ubicados en centros de acogida en Murcia. No se informó de ello al demandante (apartados 8 y 9 supra).

Ministerio de Justicia

58. En un caso como éste, el juez se enfrenta a intereses que a menudo son difíciles de conciliar, a saber, los del menor y los de sus padres biológicos, y en particular, en el presente asunto, los del padre biológico y los de la familia de acogida. En la búsqueda de un equilibrio entre dichos intereses, el interés superior del menor debe prevalecer (*Moretti y Benedetti v. Italia*, nº 16318/07, § 67, de 27 de abril de 2010).

59. En el presente asunto, el Tribunal observa que las autoridades administrativas justificaron sus decisiones concluyendo que era necesario proporcionar una acogida pre-adoptiva a la hija del demandante haciendo referencia al grave maltrato físico y emocional que el demandante supuestamente infligió a sus hijos, a la inestabilidad emocional y la limitada inteligencia de su madre (apartados 14 y 21 supra), así como la falta de contacto entre el demandante y sus hijos entre el 28 de junio de 2012, fecha del acogimiento, y el 19 de noviembre de 2013, fecha del primer contacto del demandante con el servicio de protección de menores (apartado 21 supra) y la ausencia de vínculos entre el demandante y su hija (apartado 24 supra). Este Tribunal señala que en ningún momento del presente procedimiento administrativo se ha tenido en cuenta la absolución del demandante que tuvo lugar el 27 de septiembre de 2013, de todos los cargos formulados contra él y la anulación de las medidas de alejamiento adoptadas inicialmente contra él, que en el ínterin le impedían mantener el contacto con sus hijos (apartado 20 supra).

60. Este Tribunal señala que la sentencia de 11 de febrero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Murcia (apartado 25 supra), confirmando la decisión de la Dirección General de Asuntos Sociales relativa al acogimiento pre-adoptivo de la hija del demandante, continúa sin tener en cuenta la nueva situación penal del demandante desde el 27 de septiembre de 2013, fecha de su absolución. Señala que el juez de primera instancia de Murcia no se pronunció sobre la capacidad educativa y psicosocial del demandante para recuperar la custodia de su hija menor. La decisión se limitó a tener en cuenta los argumentos ya desarrollados en los informes elaborados por la Administración.

61. El Tribunal observa que la cuestión de si el proceso de toma de decisiones ha protegido suficientemente los intereses de un progenitor depende de las circunstancias específicas de cada caso (*W. c. Reino Unido*, de 8 de julio de 1987, § 64, serie A, nº 121; *Elsholz c. Alemania* [GS], nº 25735/94, § 52, TEDH 2000-VIII). Para ello, debe examinar si los tribunales nacionales han llevado a cabo un examen exhaustivo de toda la situación familiar y de toda una serie de elementos sobre todo de tipo fáctico, emocional, psicológico, material y clínico, y si han realizado una evaluación equilibrada y razonable de los intereses correspondientes (véase, *mutatis mutandis, Neulinger y Shuruk*

Ministerio de Justicia

v. Suiza [GS], nº 41615/07, § 139, TEDH 2010). A este respecto, el Tribunal señala que, durante el procedimiento ante el juez de primera instancia y la Audiencia Provincial, el demandante tuvo la oportunidad de presentar alegaciones a favor de su causa en un procedimiento judicial en el que estuvo representado por un abogado al menos desde el 19 de noviembre de 2013 (apartado 20 supra). Por lo tanto, el Tribunal no constata ningún incumplimiento formal por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales a este respecto, sino más bien cierta inercia a la hora de tener en cuenta las conclusiones de los informes elaborados por los distintos órganos administrativos a lo largo de todo el examen del asunto.

62. El Tribunal recuerda que, en los casos relativos a la vida familiar, la ruptura del contacto con un niño muy pequeño puede conducir a un deterioro creciente de la relación con su progenitor (véanse, entre otros, los asuntos *Pini y otros v. Rumanía*, nos. 78028/01 y 78030/01, § 175, TEDH 2004V- (extractos), y *K.A.B. c. España*, citados anteriormente, § 103). Este es el caso en el presente asunto. Los informes de 28 de febrero y 18 de diciembre de 2014 (apartados 21 y 23 supra) demostraron que la hija de la demandante estaba bien integrada en su familia de acogida desde el 24 de septiembre de 2013 (apartado 17 supra). El transcurso del tiempo ha tenido el efecto de convertir en definitiva una situación que se suponía temporal, teniendo en cuenta la corta edad de la niña cuando se estableció la situación legal de desamparo y se le situó bajo tutela (véase el párrafo 8 supra).

63. Este Tribunal recuerda que no le corresponde suplantar su apreciación por la de las autoridades nacionales competentes en cuanto a las medidas que deberían haberse adoptado, ya que éstas están, en principio, mejor dispuestas para llevar a cabo dicha apreciación. Si bien reconoce que en el presente asunto los tribunales nacionales se han comportado de buena fe para preservar el bienestar de la menor, este Tribunal considera que se han producido graves carencias en la diligencia de los procedimientos llevados a cabo por las autoridades responsables de la tutela, la acogida y la posible adopción de la menor (*K.A.B. c. España*, citado anteriormente, § 104) y, en concreto, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias que rodean el procedimiento penal incoado contra el demandante y su absolución definitiva por los delitos que justificaron el alejamiento provisional de sus hijos.

64. A este respecto, y como ya se ha mencionado en el párrafo 54 supra, el Tribunal recuerda que el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reunirlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas. Sin embargo, la obligación de las autoridades nacionales de adoptar medidas a tal efecto no es absoluta, ya que la reagrupación de un progenitor con sus hijos no puede tener lugar inmediatamente y requiere una serie de preparativos. La naturaleza y el

Ministerio de Justicia

alcance de los mismos dependen de las circunstancias de cada caso, pero la comprensión y la cooperación de todos los interesados es siempre un factor importante. Si bien las autoridades nacionales deben hacer todo lo posible por facilitar esa colaboración, la obligación de recurrir a la coacción a este respecto ha de ser limitada: tendrán en cuenta los intereses y los derechos y libertades de esas mismas personas, sobre todo el interés superior del menor y los derechos reconocidos en el artículo 8 del Convenio. En tales casos, la idoneidad de una medida se juzga por la rapidez de su aplicación (*Maumousseau y Washington*, § 83, de 6 de diciembre de 2007, y *Mincheva,* § 86, anteriormente citados).

65. Por tanto, lo decisivo en el presente asunto es si las autoridades nacionales han adoptado todas las medidas necesarias y apropiadas que cabría razonablemente esperar para facilitar la devolución de la hija del demandante lo antes posible, a petición de éste, a fin de que puedan llevar una vida familiar normal, con los hermanos de la menor, antes de ubicarla en una familia adoptiva.

66. En las circunstancias del presente asunto, es ciertamente comprensible que los tres hijos del demandante estuvieran bajo la supervisión de la Administración, ya que fue su propia madre la que lo solicitó. Sin embargo, esta decisión debería haber ido acompañada en el menor plazo posible de las medidas más apropiadas para evaluar en profundidad la situación de los menores y sus relaciones con sus padres, en su caso con el padre y la madre por separado, respetando al mismo tiempo el marco jurídico vigente. Al parecer, los menores fueron separados de su padre en contra de su voluntad, al ser objeto de un proceso penal por violencia de género a raíz de una denuncia presentada por su madre. Aunque del expediente se desprende que no permaneció en prisión, no puede olvidarse que el demandante no pudo acercarse a sus hijos y que, por lo tanto, permaneció alejado y sin contacto alguno con ellos durante todo el proceso penal. Esta situación era especialmente grave dada la edad de su hija, que sólo tenía un año y medio cuando fue puesta bajo tutela en Madrid. Este Tribunal no está convencido de los motivos que la Administración y los tribunales nacionales consideraron suficientes para justificar la ubicación de la menor en régimen pre-adoptivo. Observa que en ningún momento del procedimiento administrativo se tuvo en cuenta la corta edad de la hija del demandante en el momento de la separación de este y de su esposa, la relación emocional previa existente entre la menor y sus padres, el tiempo transcurrido desde su separación, así como las consecuencias que ello tuvo para los tres y para la relación de la menor con sus hermanos

67. No obstante, es importante tener en cuenta la referencia que se hace en el Informe de Orientación de 20 de junio de 2013 al maltrato físico de los hijos

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

del demandante, que impugna, y al desequilibrio psicológico de la esposa del demandante (*Bertrand c. Francia* (decisión), nº 57376/00, de 19 de febrero de 2002, y *Couillard Maugery c. Francia*, nº 64796/01, § 261, de 1 de julio de 2004). Sin embargo, la hipótesis del maltrato físico no ha quedado probado y sólo se incluye en el informe mencionado (párrafo 14 supra), ya que el Gobierno no ha proporcionado más información al respecto. Parece referirse al contenido de la denuncia de violencia de género presentada por la esposa del demandante, de la que posteriormente fue absuelto. En cuanto al desequilibrio psicológico de la esposa del demandante, no es suficiente para demostrar una influencia negativa por parte del demandante, sino todo lo contrario, sobre todo después de su absolución. Prueba de ello es que al interesado se le ha concedido la custodia de sus dos hijos y que persiste en su deseo de recuperar también la custodia de su hija menor. Los tribunales no han encontrado ningún déficit afectivo (véase, a contrario, *Kutzner v. Alemania,* nº 46544/99, § 68, TEDH 2002-I), cuestión que no abordaron en el demandante, ni ningún estado de salud preocupante de los menores. Si bien es cierto que en algunos casos declarados inadmisibles por el Tribunal, el acogimiento de los niños puede haberse debido a las deplorables condiciones de vida o privaciones materiales, nunca ha sido éste el único motivo en el que los tribunales nacionales han basado su decisión, en la medida en que se han añadido otros factores como el estado psicológico de los padres o su discapacidad emocional, educativa y pedagógica (*Rampogna y Murgia c. Italia* (diciembre), nº 40753/98, de 11 de mayo de 1999, *M.G. y M.T.A. v. Italia* (diciembre), nº 17421/02, de 28 de junio de 2005, y Wallová y Walla v. República Checa, nº 23848/04, §§ 72-74, de 26 de octubre de 2006). No ha sido este el caso, al menos por lo que respecta al demandante en el presente asunto. Sus habilidades educativas y emocionales en relación con su hija menor tampoco han sido rebatidas formalmente, y sus dos hijos también menores viven con el demandante de nuevo. La tutela de la hija del demandante se ordenó a petición de su madre debido a las particulares dificultades por las que estaba pasando en el momento de los hechos, sin tener en cuenta las peticiones del demandante.

68. Este Tribunal considera que las autoridades administrativas españolas deberían haber tenido en cuenta otras medidas menos radicales que el acogimiento pre-adoptivo de la hija menor del demandante y, en cualquier caso, deberían haber tenido en cuenta las peticiones del padre de la menor desde el momento en que se aclaró su situación penal. El Tribunal considera que la función de las autoridades de protección social consiste precisamente en ayudar a las personas con dificultades, a orientarlas en sus esfuerzos y a asesorarlas, en este caso concreto a la madre de los niños, quien se vio obligada a abandonar voluntariamente a sus hijos debido a su grave situación familiar. Observa asimismo que tanto el Juez de Primera Instancia nº 3 de

Murcia, en su sentencia de 11 de febrero de 2015, como la Audiencia Provincial, en su sentencia de 7 de abril de 2016, se negaron a tener en cuenta las alegaciones que el demandante pretendía argumentar para oponerse al acogimiento de su hija en régimen pre-adoptivo (véase el apartado 26 supra), limitándose a ratificar las decisiones adoptadas por la Administración sobre la base de las alegaciones presentadas y reproducidas mecánicamente a lo largo de todo el procedimiento posterior por esta. Este Tribunal considera que las autoridades administrativas se han limitado efectivamente a reproducir de forma sucesiva sus resoluciones sin adoptar nuevas conclusiones ni evaluar, sobre la base de pruebas tangibles, la evolución de las circunstancias, lo que demuestra claramente la intención de la Administración en acoger a la menor en régimen pre-adoptivo.

69. El Tribunal recuerda la jurisprudencia citada en el párrafo 54 supra, según la cual el artículo 8 del Convenio implica el derecho de un progenitor a disponer de medidas para reagruparlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar tales medidas. Observa que, a pesar de la oposición del demandante al acogimiento en régimen pre-adoptivo de su hija (véanse los apartados 22 y 26 supra), esta opción se eligió únicamente por la falta de contacto entre la menor y su padre durante varios años, a pesar de que las visitas se habían suspendido por decisión del juez nº 1 de Coslada, ante quien se interpuso una denuncia por violencia de género. Por tanto, las autoridades competentes son responsables de la interrupción del contacto entre el demandante y su hija, al menos desde la absolución del demandante, incumpliendo su obligación positiva de tomar medidas que permitieran al demandante beneficiarse de un contacto regular con la menor (*Pontes v. Portugal*, nº 19554/09, § 92, de 10 de abril de 2012). El Tribunal considera que la tutela de un menor debe ser considerada en condiciones nornales como una medida temporal, que debe suspenderse tan pronto como la situación lo permita y que cualquier acto de ejecución debe ser coherente con un objetivo último: reagrupar al padre biológico y al menor (*Johansen v. Noruega*, de 7 de agosto de 1996, § 78, *Compendio* 1996-III

70. El Tribunal considera que el examen de la vulnerabilidad de la esposa del demandante en el momento del acogimiento de su hija en un Centro podría haber desempeñado un papel importante para entender la situación en la que se encontraban la niña y su madre. Del mismo modo, la absolución definitiva del demandante y el levantamiento de la prohibición de todo contacto con sus hijos, que explicaba con precisión la ausencia que se le reprocha a este respecto, no parece haber suscitado el interés del juez. En su sentencia de 11 de febrero de 2015 se limitó a tener en cuenta el acuerdo adoptado por el órgano responsable de proteger a los menores y por la familia de acogida de la menor, a pesar de la ausencia de consentimiento de los

Ministerio de Justicia

padres biológicos. Los servicios de protección de menores, los tribunales nacionales y el Gobierno se basaron principalmente en los informes elaborados por los distintos órganos administrativos que intervinieron en todo el proceso y, por consiguiente, también durante el período en que el demandante no pudo demostrar su idoneidad para ser padre, ya que se vio privado de la patria potestad y fue objeto de un proceso penal. Sin embargo, esta actitud de la Administración no ha cambiado tras la absolución definitiva del demandante.

71. Este Tribunal observa además que el Informe de Orientación del Departamento de Protección de Menores de 28 de febrero de 2014 concluyó que no se debía permitir que el demandante visitara a su hija, ya que habían transcurrido casi dos años desde su acogimiento, tiempo durante el cual nunca se habían reunido. Según este informe, la menor "se había adaptado perfectamente durante el procedimiento de régimen pre-adoptivo" (apartado 21 supra). Es interesante observar que, aunque el informe señala que los otros dos niños todavía mostraban "miedo y falta de confianza hacia el padre", al demandante se le concedió rápidamente la custodia de sus hijos, que no habían sido objeto de un procedimiento pre-adoptivo.

72. Este Tribunal considera que el procedimiento debería haber estado rodeado de las garantías adecuadas para proteger los derechos del demandante y tener en cuenta sus intereses. De esta manera, el tiempo transcurrido como consecuencia de la inercia de la Administración así como de los tribunales nacionales, que no calificaron de poco razonables los motivos aducidos por la Administración para seguir privando a un padre de su hija basándose únicamente en la ausencia de contacto, que por otro lado tenía prohibido por ley, contribuyó decisivamente a que no existiera posibilidad alguna de reunificación familiar entre el demandante y su hija

73. A la vista de cuanto antecede y a pesar del margen de discrecionalidad del Estado demandado a este respecto, el Tribunal concluye que las autoridades españolas no han realizado los esfuerzos adecuados y suficientes para garantizar el respeto al derecho del demandante a vivir con su hija junto a sus hermanos, ignorando de esta manera su derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio

74. En consecuencia, se ha producido una vulneración del artículo 8 del Convenio.

II. SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

75. El artículo 41 del Convenio dispone que:

"Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta

Ministerio de Justicia

reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

Daños

76. El demandante solicita la restitución/el retorno de su hija.

77. El Gobierno no se pronunció sobre la demanda de satisfacción equitativa del demandante.

78. El Tribunal considera, en las circunstancias particulares del presente asunto, que no le corresponde actuar en relación con dicha pretensión. Recuerda que el Estado demandado sigue siendo libre, en principio, bajo la supervisión del Comité de Ministros, de elegir los medios para cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 46.1 del Convenio, siempre que sean compatibles con el fallo de la sentencia de este Tribunal [*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Suiza* (nº 2)[GS], nº 32772/02, § 88, de 30 de junio de 2009, *Ferré Gisbert v. España*, nº 39590/05, § 46, de 13 de octubre de 2009, y *Bondavalli v. Italia*, nº 35532/12, § 91, de 17 de noviembre de 2015). En cualquier caso, el Tribunal se remite a los requisitos de celeridad mencionados en el párrafo 72 supra.

79. No obstante, habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto y de la necesidad urgente de poner fin a la vulneración del derecho del demandante al respeto de su vida familiar, el Tribunal invita a las autoridades nacionales a reconsiderar en el plazo más breve posible la situación del demandante y de su hija menor a la vista de la presente sentencia, así como la posibilidad de establecer cualquier tipo de contacto entre ellos, teniendo en cuenta la situación actual de la menor y su interés superior, y adoptar cualquier otra medida que resulte apropiada en el interés superior de la menor *(Soares de Melo c. Portugal*, nº 72850/14, § 130, de 16 de febrero de 2016; *Bondavalli*, anteriormente mencionado, § 83; *Ageyevy v. Rusia*, nº 7075/10, § 244, de 18 de abril de 2013).

80. Considera que la forma más apropiada de reparación por la vulneración del artículo 8 del Convenio en un asunto como este, en el que el proceso de toma de decisiones llevado a cabo por la Administración y los tribunales nacionales puede conducir a la adopción de la hija del demandante por su familia de acogida, es garantizar que el demandante se encuentre, en la medida de lo posible, en idéntica situación a la que se encontraría en caso de que dicho artículo no hubiera sido ignorado (*Atutxa Mendiola y otros v. España*, nº 41427/14, § 51, de 13 de junio de 2017, y *Otegi Mondragón c. España*, nº 4184/15 y otros 4, §§ 74 y 75, de 6 de noviembre de 2018). Señala que el Derecho interno prevé la posibilidad de revisar las resoluciones firmes declaradas contrarias a los derechos reconocidos en el Convenio por una sentencia del Tribunal, *"siempre que no perjudiquen a los derechos adquiridos*

Ministerio de Justicia

por terceros de buena fe", de conformidad con los artículos 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EN BASE A ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;

2. *Indica* que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio;

3.*Considera* deseable, habida cuenta de las circunstancias particulares del presente asunto y de la urgente necesidad de poner fin a la vulneración del derecho del demandante al respeto de su vida familiar, que las autoridades nacionales revisen, a la mayor brevedad posible, la situación del demandante y de su hija menor a la vista de la presente sentencia, y adopten las medidas adecuadas en interés superior del menor.

4. *Toma nota* de la posibilidad de revisar las sentencias firmes de conformidad con los arts. 510 y 511 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Redactado en francés, y notificado por escrito el 18 de junio de 2019, en cumplimiento de los artículos 77 §§ 2 y 3 del Reglamento del Tribunal.

Stephen Phillips — Secretario

Vincent A. De Gaetano — Presidente

Ministerio de Justicia

Ministerio de Justicia

NORMAS DE EDICIÓN

La publicación de trabajos en el Boletín del Ministerio de Justicia se ajustará a las siguientes instrucciones:

Los trabajos que se remitan para su publicación en la «sección doctrinal» del Boletín del Ministerio de Justicia deben ser inéditos y no estarán pendientes de publicación en ningún otro medio.

Tendrán una extensión mínima de 20 páginas y máxima de 60 páginas (en el caso de los comentarios de sentencias la extensión mínima será 10 páginas y la máxima 30 páginas). Deberán remitirse en formato Microsoft Word o RTF, el tipo de letra será Times New Roman 12 para el texto principal y, en su caso, Times New Roman 10 para notas al pie de página. Las notas al pie tendrán interlineado simple.

Los estudios doctrinales deberán ir acompañados de un resumen o abstract de máximo ocho líneas en castellano e inglés, de cuatro o cinco palabras clave o keywords en castellano e inglés, y de un sumario.

El sistema de citas bibliográficas en notas a pie de página se realizará del siguiente modo:

— Para los artículos: DOMINGO DOMINGO, A., «La interpretación del Derecho por el Tribunal Supremo», ADC, 2008, fascículo IV, p. 36.

— Para las monografías: DOMINGO DOMINGO, A., La interpretación del Derecho por el Tribunal Supremo, Madrid, 2008, p. 36.

— Para los capítulos de obras colectivas: DOMINGO DOMINGO, A., «La interpretación del Derecho por el Tribunal Supremo», Estudios Judiciales, vol. II, (directores J. Marco Marco), Madrid, 2008, p. 36.

Además de las notas a pie de página se deberá incluir al final del trabajo un listado de la bibliografía utilizada.

Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

Los trabajos deberán remitirse por correo electrónico a la siguiente dirección: recepestudiosbmj@mjusticia.es. Los trabajos que se remitan no podrán recoger

ningún dato sobre la identidad del autor. Igualmente, de manera separada, el autor remitirá en fichero electrónico el título del trabajo y los siguientes datos: dirección, NIF, teléfono, correo electrónico, profesión, y, en su caso, nombre de la institución o entidad donde preste servicios profesionales.

Todos los trabajos que se remitan al Boletín del Ministerio de Justicia serán evaluados, de forma anónima, por expertos independientes y externos al Consejo de redacción. El informe de los evaluadores será motivado y recomendará la aceptación, la revisión o el rechazo del trabajo.

La decisión final sobre la publicación de los trabajos corresponde al Consejo de redacción del Boletín del Ministerio de Justicia, una vez vistos los informes de los evaluadores.

Una vez emitidos los informes por los evaluadores, los autores de los trabajos recibirán una comunicación por correo electrónico, que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del trabajo.

A los autores cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará por correo electrónico el contrato de cesión de derechos de explotación. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido al Ministerio de Justicia. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

El autor cede los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de su trabajo para su publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia y para su inclusión en las bases de datos en las que la revista está indizada, así como para su reutilización, salvo indicación expresa en contra.

El autor responderá de cualesquiera reclamaciones judiciales o extrajudiciales de terceros derivadas de la autoría de la obra cuya edición cede al Ministerio de Justicia.

Para cualquier consulta puede ponerse en contacto con nosotros en infobmj@mjusticia.es

Ministerio de Justicia