

**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL**  
**PROGRAMA DE DOCTORADO “DRET, CIÈNCIA POLITICA I**  
**CRIMINOLOGÍA”**  
**ÀREA DE DERECHO PROCESAL**



**UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**

**TUTELA JUDICIAL DEL MENOR EN SITUACIÓN DE**  
**DESAMPARO**

**Tesis doctoral**

**PRESENTADA POR:**  
**JUAN CARLOS LACUEVA SAIZ**

**DIRIGIDA POR:**  
**PROF. DR. JOSÉ BONET NAVARRO**  
**CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL**  
**DE LA UNIVERSITAT DE VALÈNCIA**  
**(ESTUDI GENERAL)**

**Valencia, 2018**



## SUMARIO:

	<u>Página</u>
ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN.....	19
<b>CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y NORMATIVA SOBRE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE ABANDONO, RIESGO Y DESAMPARO EN ESPAÑA HASTA LA SOCIEDAD ACTUAL.....</b>	<b>27</b>
<b>I. Los primeros procesos judiciales .....</b>	<b>27</b>
1. La protección del menor ante los Tribunales Tutelares .....	27
A) Antecedentes históricos .....	27
B) La evolución preventiva de la infancia durante los (S.S. XVII-XIX).....	32
2. El preludio de la protección de la infancia (1903 – 1910) .....	39
A) La búsqueda de soluciones por parte del Estado español a los menores abandonados.....	39
B) Ley de protección de la infancia de 1904 .....	40
C) Reglamento sobre la puericultura de 1910 .....	45
<b>II. Los Tribunales Tutelares de los niños .....</b>	<b>47</b>
1. El primer Tribunal de menores como precedente del Derecho Comparado .....	47
A) El preámbulo de la jurisdicción contemporánea.....	47
B) La influencia americana en los Tribunales de niños en Europa.....	50
2. El Tribunal de los niños en España.....	55
A) El desarrollo del enjuiciamiento de los menores .....	55
B) La Ley de Bases 2 de agosto de 1918.....	57
C) Las características más importantes de la norma .....	58
a) Competencia .....	58
b) Organización y atribuciones.....	60
c) Funciones .....	61
<b>III. Primera reforma de los Tribunales Tutelares de Menores (1925 – 1929)</b> .....	<b>62</b>
<b>IV. Segunda reforma de los Tribunales Tutelares de Menores (1929 - 1936)....</b>	<b>65</b>
1. Decreto Ley 3 de febrero de 1929.....	66
2. La reforma legislativa en la II república española .....	70
<b>V. La intervención del Estado Español, a principios del S.XX, como parte decisiva en la reinserción de los menores en la vida social.....</b>	<b>73</b>
1. La protección del menor en la contienda civil española (1936 - 1939) .....	73
A) Las primeras medidas de protección a los infantes huérfanos de la guerra a través de la normativa .....	73
a) Orden 30 de diciembre de 1936 .....	75
b) Orden 1 de abril de 1937.....	75
c) Orden 27 de abril de 1939.....	76
<b>VI. Compilación legislativa que dividió al pueblo español en dos bandos.....</b>	<b>77</b>
1. Orden 30 de marzo de 1940 .....	77
2. Decreto 23 de noviembre de 1940 .....	78
3. Ley 17 de octubre de 1941 .....	80

	<u>Página</u>
4. Ley 4 de diciembre de 1941 .....	81
<b>VII. Tercera reforma del Tribunal Tutelar de Menores (1941 - 1948).....</b>	<b>82</b>
1. La organización de los órganos judiciales después de la posguerra .....	82
2. El Decreto 11 de junio de 1948.....	83
A) Facultades reformadoras.....	84
B) Facultades protectoras .....	84
C) El enjuiciamiento de los menores .....	85
D) Composición, procedimiento y tramitación de los menores por los órganos judiciales. .....	86
<b>CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA.....</b>	<b>89</b>
<b>I. El desarrollo normativa de la situación de abandono.....</b>	<b>89</b>
1. Consideraciones generales .....	89
2. La reciente institución de la adopción. Ley 24 de abril de 1958.....	91
A) Adopción plena .....	91
B) Adopción menos plena .....	92
C) Aspectos generales .....	93
3. La reforma legislativa sobre la adopción. Ley 4 de julio de 1970 .....	94
A) Consideraciones generales .....	94
B) La tramitación de la adopción ante la autoridad judicial .....	95
C) Adopción plena.....	97
D) Adopción simple .....	98
4. Segunda reforma de la adopción en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial. Ley 13 de mayo de 1981 .....	99
5. Tercera reforma legislativa de la adopción. Ley 11 de noviembre de 1987 .....	101
A) El concepto de la norma .....	101
B) La intervención de la Administración Pública en los menores en situación de abandono, el acogimiento y la adopción .....	104
C) El nuevo texto del artículo 174 del Código Civil .....	106
D) Los problemas procesales y jurisdiccionales que supuso la situación de abandono conforme a la Ley de adopción .....	107
6. Los Juzgados de Menores, los órganos jurisdiccionales competentes para solucionar los problemas .....	109
<b>CAPÍTULO III. ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR ...</b>	<b>113</b>
<b>I. Las normas internacionales y nacionales que cambiaron la concepción de la relación con el menor .....</b>	<b>113</b>
1. Las normas internacionales .....	113
A) La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño de 1924 .....	113
B) Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959 .....	115
C) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989.....	116
2. Normas estatales .....	118
A) Los menores en la Constitución Española de 1978 .....	118
B) La Institución del desamparo en la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996.....	120

	<u>Página</u>
C) Modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Ley 28 de julio de 2015.....	124
3. La situación jurídica del menor conforme se establece en las Comunidades Autónomas.....	126
A) Introducción .....	126
B) Los Estatutos de Autonomía y su gestión en el desarrollo de normas en materia de menores .....	127
C) Las Instituciones u Órganos competentes para designar el riesgo y desamparo conforme se establece en los Estatutos de Autonomías .....	128
D) El órgano competente a través de la cesión de competencias o colaborando con otras Instituciones Públicas.....	131
E) Las Institución sociales los organismos competente en situaciones de desarraigo social según lo establecido en los Estatutos de Autonomía.....	133
F) Las normas autonómicas reguladoras de los principios de protección de la infancia .....	135
a) Consideraciones Generales .....	135
b) Las normas autonómicas.....	136
<b>CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN INFANTIL, ADOLESCENTE Y MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS ANTE LAS ENTIDADES PÚBLICAS .....</b>	<b>145</b>
<b>I. Los menores como sujetos pasivos de las situaciones de abandono y su problemática intervención por parte de la Administración pública .....</b>	<b>145</b>
1. Los principios rectores de la actuación de los poderes públicos.....	145
2. Situación de riesgo.....	146
A) El concepto normativo.....	146
B) El procedimiento .....	148
3. Un problema administrativo pero no procesal .....	151
4. Situación de desamparo .....	153
A). Concepto .....	153
B) La declaración de la situación de desamparo.....	155
5. El desamparo del menor por parte de su familia.....	156
A) La intencionalidad .....	157
B) La esfera personal.....	157
<b>II. Los menores como sujetos activos de la situación de desamparo y su problemática intervención por parte de la Administración pública .....</b>	<b>159</b>
1. Las conductas antisociales .....	159
A). El menor en situación de desamparo social deja de ser un sujeto pasivo para convertirse en el núcleo familiar como un sujeto activo .....	159
a) Adolescentes en situación de desamparo.....	160
b) La Administración Autonómica como instrumento social de integración de los infantes y adolescentes en situación de desamparo.....	163
c) La edad del menor como factor para establecer la situación de abandono .....	168
2. Los menores extranjeros en situación de desamparo dentro del territorio español.....	169
A) Consideraciones generales .....	169
B) Menores extranjeros no acompañados en el territorio español .....	170
a) La determinación de la edad del menor no acompañado como inicio del acogimiento o repatriación a su país de origen por parte de la Administración Pública .....	172

	<u>Página</u>
b) Las competencias sobre el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas.....	176
c) La permanencia del infante extranjero en el territorio español origina la protección jurídica por parte de la Administración Pública .....	178
d) Normativa aplicable a los menores extranjeros en situación de desamparo .....	178
<b>CAPÍTULO V. EL INICIO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.....</b>	<b>185</b>
<b>I. La intervención de las Entidades Públicas.....</b>	<b>185</b>
1. La Institución competente para iniciar un procedimiento de menores como consecuencia de una desatención familiar .....	185
2. Las distintas fases que regulan el procedimiento ordinario administrativo de protección o expediente de desamparo. ....	186
A) Fase de información .....	186
B) Fase instructora del procedimiento .....	187
C) Fase de incoación o contenido obligatorio del expediente .....	188
D) Fase de participación en el procedimiento o trámite de audiencia .....	189
E) Fase de propuesta de resolución .....	190
F) Fase de resolución.....	190
a) Declarando la situación de desamparo .....	190
b) Declarando la ausencia de la declaración de desamparo .....	191
3. Procedimiento de urgencia.....	191
4. Los Recursos .....	192
A) Recurso contra los actos de la Administración Pública.....	192
B) El denominado “recurso extraordinario de revisión” conforme la Ley 1 de octubre de 2015 .....	192
<b>CAPÍTULO VI. ASPECTOS GENERALES EN TODO JUICIO DE PROTECCION DE MENORES .....</b>	<b>195</b>
<b>I. las partes.....</b>	<b>195</b>
1. Conceptos doctrinales de parte .....	195
2. Las parte en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	200
<b>II. La capacidad .....</b>	<b>201</b>
1. Capacidad para ser parte .....	202
2. Capacidad procesal .....	202
3. Tratamiento procesal de la capacidad para ser parte y capacidad procesal .....	203
4. Capacidad de postulación .....	205
5. Tratamiento procesal de la postulación.....	206
<b>III. La legitimación .....</b>	<b>208</b>
1. Aspectos generales de la legitimación de los menores en desamparo .....	208
A) Legitimación activa .....	210
a) Los padres biológicos.....	211
b) Los familiares, tutores, adoptivos y guardadores de hecho .....	212
c) El menor.....	213
B) Legitimación pasiva.....	213
a) La Administración Pública.....	213

	<u>Página</u>
b) Los acogedores preadoptivos .....	214
C) Legitimación directa o propia .....	215
a) Consideraciones generales .....	215
b) La intervención del Ministerio Fiscal en la Entidad Pública y en el proceso de menores .....	215
2. Tratamiento procesal de la legitimación .....	217
<b>IV. El litisconsorcio .....</b>	<b>218</b>
1. Litisconsorcio activo necesario .....	218
2. Litisconsorcio pasivo necesario .....	219
3. Tratamiento procesal del litisconsorcio pasivo necesario .....	222
<b>V. Los Conflictos de la jurisdicción y la competencia en materia de protección de menores .....</b>	<b>223</b>
1. La jurisdicción .....	223
2. La competencia .....	224
A) Genérica .....	224
B) Objetiva .....	226
D) Territorial .....	227
C) Funcional .....	229
2. Tratamiento procesal de la competencia .....	231
A) Apreciación de oficio .....	231
B) Apreciación a instancias de parte .....	232
<b>CAPÍTULO VII. EL PROCESO ESPECIAL DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO .....</b>	<b>235</b>
<b>I. Las impugnaciones ante los Órganos judiciales .....</b>	<b>235</b>
1. Breves reseñas al concepto del proceso .....	235
2. Los elementos esenciales del procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores .....	237
A) La iniciación del proceso judicial .....	237
B) El incumplimiento de la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional por parte de la Entidad Pública .....	239
C) La demanda .....	240
D) Inadmisión de la demanda .....	242
E) Tramitación .....	243
F) Contestación del demandado .....	244
G) Los medios de prueba que causan controversia .....	245
a) Consideraciones generales sobre el concepto de prueba .....	245
b) El principio de aportación de parte .....	246
c) La facultad judicial de acordar prueba de oficio en los procesos especiales no dispositivos .....	247
d) La declaración del menor en el proceso judicial .....	251
e) La prueba pericial y el reconocimiento judicial .....	255
H) La publicidad en el proceso de menores .....	258
3. De la citación a la vista a las conclusiones en el juicio verbal .....	260
A) La citación para la vista .....	260
B) Las limitaciones o restricciones .....	263
C) Celebración y desarrollo .....	264

	<u>Página</u>
D) Tramite de conclusiones .....	266
E) Las diligencias finales.....	269
4. Las resoluciones judiciales que pone fin a la oposición administrativa de los menores en situación de desamparo.....	270
A) La sentencia.....	270
a) La sentencia termina siempre a favor del interés del menor.....	271
b) La sentencia ampara la integración familiar y favorece los intereses de los menores .....	272
c) La sentencia ampara los intereses de los menores no prevaleciendo al retorno familiar .....	273
B) La posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos humanos sobre las distintas vías interpretativas y criterios jurisprudenciales.....	275
a) Tribunal Constitucional.....	275
b) Tribunal de los Derechos Humano.....	276
5. La inscripción del menor en los Registros Civiles.....	278
<b>CAPÍTULO VIII. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE PROTECCION DE LOS MENORES POR INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ORGANO JUDICIAL.....</b>	<b>281</b>
<b>I. Las figuras de la tutela administrativa y la guarda .....</b>	<b>281</b>
1. La tutela .....	281
2. Intervención de la comisión de la tutela del menor.....	283
<b>II. La privacidad de la patria potestad .....</b>	<b>287</b>
<b>III. Emancipación .....</b>	<b>291</b>
1. Consideraciones generales .....	291
2. Clases de emancipación .....	293
A) Extrajudicial .....	293
B) Judicial.....	293
<b>IV. Acogimiento .....</b>	<b>295</b>
1. Consideraciones históricas generales.....	295
2. Clases de acogimiento.....	298
A) Acogimiento familiar urgencia.....	298
B) Acogimiento familiar temporal.....	299
C) Acogimiento familiar permanente .....	299
D) Acogimiento residencial.....	301
3. El proceso constitutivo del acogimiento .....	302
A) Administrativo.....	302
B) Judicial.....	303
<b>V. Guarda de hecho .....</b>	<b>305</b>
<b>VI. Adopción.....</b>	<b>307</b>
1. Marco histórico y conceptual.....	307
2. Adopción nacional .....	307
A) Fase administrativa.....	307
B) Fase Judicial .....	309
3. Adopción internacional.....	310
A) Fase administrativa.....	311

	<u>Página</u>
B) Fase judicial.....	311
<i>CONCLUSIONES</i> .....	313
<i>BIBLIOGRAFÍA</i> .....	323
<i>DISPOSICIONES CITADICAS CRONOLOGICAMENTE</i> .....	341
<i>RESEÑA JURISPRUDENCIAL</i> .....	353



## ABREVIATURAS

AAP	= Autos Audiencias Provinciales
(AAVV)	= Varios Autores
AC	= Actualidad Civil
Adi.	= Adicional
ADN	= Acido desoxirribonucleico
apdo.	= Apartado
AP. (APS)	= Audiencia (s) Provinciales
Art, (art)	= Articulo
ATC	= Auto Tribunal Constitucional
ATS	= Auto Tribunal Supremo
BDA	= Boletín Derechos Autor
BO	= Boletín Oficial
BOA	= Boletín Oficial Aragón
BOC	= Boletín Oficial Cantabria
BOCG	= Boletín Oficial Cortes Generales
BOCM	= Boletín Oficial Comunidad Madrid
BOE	= Boletín Oficial Estado
BOG	= Boletín Oficial Galicia
BOPA	= Boletín Oficial Principado Asturias
BOPV	= Boletín Oficial País Vasco
C.A.C.	= Comunidad Autónoma Canaria
Cap.	= Capitulo
CC (CC)	= Código Civil
CCAA (CCAA)	= Comunidades Autónomas
CDN	= Convención Derechos Niño

CE	= Constitución Española
Cendoj	= Centro de Documentación Judicial
<i>Cfr.</i>	= Véase
<i>CGPJ</i>	= Consejo General Poder Judicial
cit.	= Citada
CNU	= Conferencia Naciones Unidas.
Cód.	= Código
Coop.	= Cooperativa
coord.	= Coordinador
Cp.	= Código Penal
C.S.S.	= Concordato Santa Sede
D.	= Don
D	= Decreto
D	= Data
DA.	= Decreto Andalucía
DARG	= Decreto Aragón
DCV	= Decreto Comunidad Valenciana
DD.	= Declaración Derechos
D.D.	= Disposición Derogatoria
derog.	= derogada
DGAIA	= Dirección General Atención Infancia y Adolescencia
Dir.	= Directiva
(dir.)	= dirección
disp. adic.	= disposición adicional
disp. final	= disposición final
DGRN.	= Dirección General del Registro y Notariado
DL	= Decreto Legislativo
DO	= Diario Oficial

DOG	= Diario Oficial Gallego
DOGV	= Diario Oficial Generalitat Valenciana
DOUE	= Diario Oficial de la Unión Europea
Dpto.	= Departamento
EAA	= Estatuto Autonómico Andalucía
EAAR	= Estatuto Autonómico Aragón
EAAAs	= Estatuto Autonómico Asturias
EAC	= Estatuto Autonómico Cataluña
EACAN	= Estatuto Autonómico Canarias
EACTB	= Estatuto Autonómico Cantabria
EACyL	= Estatuto Autonómico Castilla y León
EACyM	= Estatuto Autonómico Castilla la Mancha
EACM	= Estatuto Autonómico Comunidad Madrid
EACV	= Estatuto Autonómico Comunidad Valenciana
EAEX	= Estatuto Autonómico Comunidad Extremadura
EAFN	= Estatuto Autonómico Foral Navarra
EAIB	= Estatuto Autonómico Islas Baleares
EAPV	= Estatuto Autonómico País Vasco
EARL	= Estatuto Autonómico Rioja
EARM	= Estatuto Autonómico Región Murcia
ed.	= Edita. Edición
EDJ	= Editores Derecho Jurisprudencia
<i>EEUU</i>	= Estados Unidos
EOMF	= Estatuto Orgánico Ministerio Fiscal
ESADE	= Escuela Superior Administración Empresa
etc.	= Etcétera
EUNSA	= Ediciones Universidad de Navarra
Excmo. (a)	= Excelentísimo (a)

Exp.	= Exposición
F	= Final
FGE	= Fiscalía General Estado
FJ.	= Fuero Juzgo
<i>FMI</i>	= Fondo Monetario Internacional
FVDC.	= Fuero Viejo De Castilla
FRE.	= Fuero Real Español
G	= Gaceta de Madrid
GR	= Gaceta de la Republica
GRUME	= Grupo Menores Cuerpo Nacional de Policía
HCCH	= Conferencia de la Haya
id	= Identificación
Ilmo. (a)	= Ilustrísimo (a)
ISBN	= International Standard Book Number
ISSN	= International Standard Serial Number
JUR	= Jurídico
L	= Ley
LAN	= Ley Andaluza
LARG	= Ley Aragonesa
LB	= Ley Bases
LCAN	= Ley Canaria
LCAT	= Ley Catalana
LCyL	= Ley Castilla y León
LCyLM	= Ley Castilla y La Mancha
LCM	= Ley Comunidad Madrid
LCTB	= Ley Cantabria
LCV	= Ley Comunidad Valenciana
LDOIA	= Ley de Infancia y Adolescencia en Cataluña
LECiv/1881	= Ley Enjuiciamiento Civil de 1881

LECiv/2000	= Ley Enjuiciamiento Civil de 2000
LECrim	= Ley Enjuiciamiento Criminal
LEX.	= Ley Extremadura
LFN	= Ley Foral Navarra
LG.	= Ley Gallega
lib.	= Libro
LJV	= Ley Jurisdicción Voluntaria
LIB.	= Ley Balear
LLR.	= Ley La Rioja
LNA.	= Ley Navarra
LO.	= Ley Orgánica
LOCE	= Ley Orgánica de Calidad de la Educación
LODE	= Ley Orgánica Derecho Educación
LOE.	= Ley Orgánica de Educación
LOGSE	= Ley Orgánica General Sistema Educativo
LOMCE	= Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa
LOPJ	= Ley Orgánica Poder Judicial
LOPJM.	= Ley Orgánica Protección Jurídica Menor
LORPM.	= Ley Orgánica Reguladora Responsabilidad Penal Menores
<i>LOTC</i>	= Ley Orgánica Tribunal Constitucional
LPAS.	= Ley Principado Asturias
LPV.	= Ley País Vasco
LRC.	= Ley Registro Civil
LRM.	= Ley Región Murcia
LTTM	= Ley Tribunal Tutelar Menores
<i>M.</i>	= Madrid
MR	= Máster
núm. ( <i>nº</i> )	= Número

Ob	= Obra
Oct.	= Octava
O.N.U.	= Organización Naciones Unidas
ONGs	= Organizaciones no Gubernamentales
Op.	= Ordenanza penitenciaria
Ord.	= Orden
P.	= Partida
p.ej	= Por Ejemplo
párr. ( <i>Pfo.</i> )	= Párrafo
Pg. /s	= Página
PO	= Parte Oficial
ppio.	= Principio
Preám.	= Preámbulo
prim	= Primera
PUBliCan.	= Publicaciones Cantabria
R	= Reglamento
RAE.	= Real Academia Española
RC	= Real Célula
RCL	= Repertorio Civil Legislativo
RCT	= Repertorio Tribunal Constitucional
RCM	= Registro Central Mantenimiento
RD	= Real Decreto
RDL.	= Real Decreto Legislativo
Ref.	= Referencia
RJ	= Resolución Judicial
<i>R.O.</i>	= Real Orden
ROC.	= Real Orden Circular
ROJ	=Repertorio Oficial Jurisprudencia

<i>RRC</i>	= Reglamento Registro Civil
<i>RTC</i>	= Repertorio Tribunal Constitucional
<i>S.</i>	= Sentencia
<i>S.</i>	= Siglo
<i>S.A.</i>	= Sociedad Anónima
<i>S.S.</i>	= Siglos
<i>SAP</i>	= Sentencia Audiencia Provincial
<i>SCA</i>	= Sin Constancia de autor
<i>Sdad.</i>	= Sociedad
<i>S.E.</i>	= Sin indicación de editorial
<i>Secc</i>	= Sección
<i>Seg</i>	= Segunda.
<i>S.L.</i>	= Sociedad Limitada
<i>S.M.</i>	= Su Majestad
<i>Sr (a)</i>	= Señor (a)
<i>SS</i>	= Sentencia Supremo
<i>Ss (ss)</i>	= Siguietes
<i>STC</i>	= Sentencia Tribunal Constitucional
<i>STS</i>	= Sentencia Tribunal Supremo
<i>STSJ</i>	= Sentencia Tribunal Superior Justicia
<i>Supl.</i>	= Suplemento
<i>t.</i>	= Tomo
<i>T.</i>	= Tribunal
<i>TC</i>	= Tribunal Constitucional
<i>Tít. (tít.)</i>	= Título
<i>tra.</i>	= Traduce
<i>TS (T.S.)</i>	= Tribunal Supremo
<i>TSJA</i>	= Tribunal Superior Justicia Andalucía

<i>TSJG</i>	= Tribunal Superior Justicia Gallego
TTM	= Tribunal Tutelar Menores
UNED	= Universidad Nacional de Educación a Distancia
vol	= Volumen

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en investigar la tutela judicial de los menores en situación de desamparo, riesgo y desarraigo social tal y cómo se configura, sobre todo, en el Ordenamiento Jurídico Civil español actual.

Se inicia el estudio con una aproximación a las situaciones de abandono, desde el punto de vista de la tutela judicial, así como las distintas actuaciones de las Administraciones Públicas, tanto en las relaciones morales como en las materiales, dentro del seno familiar.

Para cumplir este objetivo y responder a los interrogantes que se nos presentan, se opta por iniciar con un enfoque *cronológico e histórico* del contenido y alcance de la tutela judicial de los menores en situación de desamparo.

Previamente se efectuará una breve referencia a la evolución de la legislación sobre los menores en situación de abandono, teniendo en cuenta que el desamparo no es un fenómeno nuevo o reciente, sino que viene produciéndose desde los comienzos de la humanidad.

Los infantes no se consideraban personas en la época de la Grecia clásica, ni en el Derecho romano. En las sociedades antiguas no les reconocían derechos. La minoría de edad era un concepto de inferioridad según el cual, los niños y niñas estaban supeditados a la voluntad de los padres, tutores o responsables de los mismos, dando lugar, en muchas ocasiones, a episodios de violencia.

Este comportamiento se extiende a los comienzos del S. XVIII hasta mediados del S. XX. El abandono de los hijos e hijas era una práctica muy difundida y moralmente aceptada por las sociedades del momento, que incluso se veía con cierta normalidad la creación de los Hospicios, establecimientos de Expósitos y casas de Misericordia para la recogida de menores abandonados que buscaban en estas instituciones una protección al maltrato, renuncia o desamparo sufrido por sus progenitores. Existían casos en los que los menores, por distintas causas, se encontraban sin familia o la misma no podía mantenerlos eran confinados en estas casas de beneficencia.

Las Administraciones Públicas estaban más preocupadas por el creciente progreso del país que de por circunstancias sanitarias, higiénicas o educativas de los menores. Por ello debemos ser conscientes de que la historia de la infancia en España se encuentra salpicada de continuos episodios de agresiones y de graves abusos sobre los menores perpetrados por los adultos. Un claro ejemplo lo encontramos en la Revolución Industrial del S. XIX, donde hubo una explotación creciente, en el mundo laboral, de las mujeres, los niños y las niñas, en unas condiciones de trabajo realmente sobrecogedoras y donde los menores eran

excluidos de sus Derechos y Libertades. Sin embargo, la modernización industrial no solamente supuso un avance tecnológico, sino también la regularización de las condiciones profesionales de los trabajadores, al prohibir el trabajo a menores de cierta edad en España. Este progreso supuso una mejora para las condiciones laborales de los infantes y adolescentes, aunque seguía existiendo mano de obra barata, no especializada, en unas circunstancias realmente drásticas. La prohibición también se extendió a aquellos lugares insalubres, peligrosos y poco higiénicos en los talleres. Los niños y niñas, hasta este momento, estaban equiparados, en las fábricas, a lisiados, enfermos o mujeres.

Estas circunstancias de la población infantil durante la Revolución Industrial han sido arrastradas hasta nuestra sociedad, teniendo en cuenta que, aunque se han realizado grandes progresos, hoy en día todavía existen en el mundo millones de niños y niñas en situación de abandono. Las consecuencias de estas situaciones son diversas: pobreza, maltrato, violencia, absentismo escolar, etc.

Tras esta referencia, se estudian las circunstancias de los menores en situación de abandono por parte de los poderes públicos. Del mismo modo que los adultos, respecto a la infancia, empiezan a estar dispuestos al reconocimiento del menor como persona integrada en la población que está en continuo aprendizaje y que adquiere, a través del tiempo, de forma progresiva, capacidad de decisión propia.

La historia de los menores desamparados se ha hecho, generalmente, desde la perspectiva de la necesidad de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad por parte de los poderes públicos y órganos judiciales. La intervención por parte de las instituciones estatales nos ha llevado a analizar, en el capítulo primero, la progresión de los tribunales respecto de la problemática de los infantes, partiendo de la creación del primer órgano judicial que veló por los Derechos de los menores, viniendo a paliar los problemas de sumisión y humillación a los que se encontraban sometidos, principalmente, en el seno familiar.

Sin embargo, la cronología de las circunstancias de los menores abandonados nos ha permitido continuar estudiando las distintas Leyes monárquicas, consecuencia de que los soberanos españoles llegaron a ser conscientes de la problemática de los menores más necesitados que precisaban ser protegidos mediante la aprobación de diversas normas infantiles y protectoras. Con ello, se contribuyó, de forma necesaria, a la creación de nuevos tribunales que permitiesen una mayor dedicación de vigilancia en la salud física y moral de los infantes y adolescentes.

Estas Leyes monárquicas fueron la base para que los Poderes Públicos españoles impulsaran la creación de los Tribunales Tutelares de los Niños,

aprobando por primera vez en España la intervención de una nueva figura institucional pública: el juez. Este órgano judicial va a realizar un estudio más individualizado de los infantes, dirigiendo su intervención a la reeducación de las conductas y personalidades de los menores infractores, antes que imponer sanciones por los hechos delictivos cometidos. No obstante, tal y como veremos en capítulos posteriores, la aprobación de nuevas normas estatales en defensa de los intereses de los niños y niñas, favorecerá las distintas reformas de los Tribunales Tutelares de Menores, influenciados, en buena parte, por las corrientes europeas, contribuyendo de forma decisiva en la forma de intervenir de los jueces a la hora de permitir sustraer al menor del Código Penal, al atribuirle condenas más civilistas y sociales.

Este especial interés de los poderes públicos por la protección de la infancia desvalida ha permitido analizar, la intervención del Estado español como parte decisiva en la reinserción de los menores en la vida social. La urgencia de la protección de los infantes desatendidos se hace más patente en el S. XX, como resultado de la guerra civil. La contienda del momento unida a un abandono progresivo de las zonas rurales en busca de unas mejores condiciones laborales y a unas jornadas de trabajo intensas, permitieron, en la mayoría de los casos, que los menores se encontrasen sin escolarizar, deambulando por las ciudades y dedicándose a la delincuencia.

Una vez terminado el conflicto bélico, la sociedad española pudiente, que apoyaba el progreso de la industrialización que estaba sufriendo el país, le exigió al gobierno de la nación que solucionase el problema de los infantes que pululaban por las calles, pues daban una imagen degradante. Esta presión social que sufrió el Estado pedía, como objetivo principal, solucionar el vagabundeo y pillaje de los menores.

Las exigencias del pueblo español aceleraron a los tribunales para que comenzaran a dictar sentencias en el ámbito de los menores desatendidos, debido a que la población reclamaba de los órganos judiciales medidas más contundentes contra los infantes y adolescentes delincuentes. Así y todo, ha de destacarse que estas sentencias no llegaban a aplicarse. Fue en este momento de presión social cuando se desea solucionar los problemas de los infantes, emitiéndose por primera vez en Ginebra, en 1924, una Declaración de los Derechos del niño, en la que se prevé una nueva reforma de los Tribunales Tutelares de Menores y permitiendo, con el texto normativo internacional, ampliar la tarea de formación a los jueces españoles.

Las consecuencias de la contienda civil española marcaron, en gran medida, la historia posterior de los menores abandonados en España y la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores, debido a las dramáticas y duraderas

circunstancias vividas por aquellos niños y niñas. Por lo tanto, será objeto de atención el abandono en que se encontraban los menores debido al resultado del conflicto armado, así como también el de aquellos otros huérfanos que, perteneciendo al bando republicano, tuvieron que ser dados en adopción a las familias del otro bando para suplir con ello las pérdidas de los seres queridos como desenlace de la guerra. Asimismo, nos fijaremos en la evolución del régimen franquista manifestado en las legislaciones que afectaron, de forma decisiva, la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores en las distintas facultades protectoras y reformadoras de los menores en situación de orfandad y abandono.

Para dar una respuesta concreta al problema de los menores huérfanos o abandonados como consecuencia de la guerra civil española, en el capítulo segundo nos centraremos en la figura de la adopción, tratando de trazar un breve recorrido por las distintas regulaciones de esta institución desde sus comienzos, en la etapa del gobierno franquista, profundizando en las reformas que ha ido sufriendo hasta la Ley de adopción de 1987.

La aprobación de la Constitución española de 1978 no solamente permitió atender a los menores en situación de abandono, sino que modificó la llamada impropriamente jurisdicción especial de menores, sobre todo lo concerniente al ámbito familiar. Un claro ejemplo lo encontramos en la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, que autorizó la creación de los Juzgados de Menores, atendidos por jueces de carrera, con sede en la capital de provincia, y fijó, como competencia de los mismos, el ejercicio de las funciones que se establecían para los menores que hubieran incurrido en conductas tipificadas como delitos o faltas. Además, en este mismo capítulo también estudiaremos las distintas transformaciones que han ido sufriendo los Tribunales Tutelares, examinando los motivos que han llevado a que estos órganos judiciales sean del ámbito penal y desaparezcan de la jurisdicción los de carácter civil.

En el capítulo tercero se atiende a los sacrificios realizados para auxiliar a la infancia más desvalida a través de documentos que los hombres y las mujeres han ido dejando a lo largo de la historia, empezando a ver a los niños y niñas como ciudadanos de una comunidad. Así, el esfuerzo realizado por este grupo social, formado en gran medida por juristas, médicos, psicólogos, entre otros, podría haber resultado en vano si claramente no se hubieran plasmado esas ideas proteccionistas de los infantes en unos textos legales. Por lo tanto, merece hacerse un recorrido sobre las normas más sobresalientes en materia de tutela de menores que se han ido aprobando hasta nuestros tiempos.

El interés proteccionista social de dotar al menor de un adecuado marco jurídico de auxilio tiene sus inicios en el ámbito concreto de los abandonados y delincuentes juveniles a comienzos del S.XX en Estados Unidos. A continuación,

se extendió con posterioridad por Europa una preocupación por el papel que el menor podría desempeñar en la colectividad humana y la exigencia de un mayor protagonismo del mismo.

Esta corriente europea de salvaguardar los Derechos de los menores ha llevado a un importante proceso de renovación del ordenamiento jurídico español en esta materia. Los textos normativos internacionales permitieron adecuar, con posterioridad, las Leyes nacionales y autonómicas actuales. De esta forma, los Poderes Públicos pudieron tener un papel más activo en la vida de los niños y niñas abandonados. Pero debemos incidir en que la situación de aquella Administración Pública del S. XIX se desentendía realmente de los problemas que presentaban los infantes y adolescentes.

El estudio de la tutela judicial de los menores en situación de desamparo comienza con la intervención de la Entidad Pública. En el capítulo cuarto, se expondrá la actuación de las distintas instituciones administrativas en relación a las circunstancias que rodean al menor abandonado, como sujeto pasivo que se encuentra desprotegido en su núcleo familiar.

Esta intervención por parte de los Poderes Públicos españoles, auxiliando a los infantes desprotegidos a comienzos del S. XX, no satisfacía los problemas de los menores, que eran puramente de carácter asistencial. La participación, por parte del órgano público, en la búsqueda de la protección de la infancia era nula. Asimismo, los Poderes Públicos, ante la falta de operatividad por parte de las instituciones administrativas ante las circunstancias de abandono de los menores, optaron por cambiar las formas de actuación, condenando a los adolescentes penalmente por aquellas acciones delictivas, mientras que las nuevas condiciones de desprotección de riesgo o desamparo de los niños y niñas son asumidas, desde un principio, por Entidades Públicas.

El problema de los menores en situación de desamparo y riesgo no solo va a afectar a los nacidos dentro del territorio nacional, sino también a aquellos infantes inmigrantes. Por eso, una parte del estudio de este capítulo se dedica a los menores extranjeros no acompañados como sujetos activos que, al no poder ser expulsados a su país de origen, quedan acogidos en España.

La Administración estatal, ante la situación de los extranjeros, busca una solución a este problema, pero la falta de documentos acreditativos o la dificultad para declarar la edad del menor, va a dar como único desenlace la repatriación. Estas nuevas circunstancias determinan que los Poderes Públicos intervengan, teniendo como objeto la reagrupación de los infantes y adolescentes con su familia de origen. Sin embargo, en muchos casos, esto no se produce, puesto que el fin de los menores es conseguir un puesto de trabajo para ayudar económicamente a su familia.

En la actualidad, esta eventualidad en la que se encuentran los menores extranjeros, también debemos considerarla como una situación de desamparo o de riesgo, ya que la defensa de los Derechos y Libertades del infante obliga, tanto a las Entidades Públicas como a los tribunales, a considerar que sea de carácter preferente y esté por encima de cualquier otro interés, incluso de los padres biológicos o familiares.

En el capítulo quinto, estudiaremos la intervención de las Entidades Públicas y el comienzo de la Tutela Judicial, ocupándonos de las distintas fases de iniciación del proceso administrativo. La reforma del (art. 174 CC), donde se suprime la figura del órgano judicial para establecer el desamparo, ha dado lugar a una discrepancia jurídica entre los distintos estudiosos sobre la determinación de la institución que es competente para atribuirse la declaración de la situación del infante. Así, por una parte, se concluye que estamos ante un procedimiento más administrativo que judicial, donde la intervención del juez competente para estos casos es prácticamente nula; y por otra, se defiende que el procedimiento debe de ser administrativo, pero con resolución por parte del órgano judicial.

Esta pugna quedó resuelta con la aprobación de una norma que regulaba las actuaciones de los menores, como fue la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, “*de Protección Jurídica del Menor*”. En la misma se estable que los conceptos indeterminados existentes hasta entonces en las distintas normas de adopción sobre el riesgo y desamparo quedaban concretados en los textos normativos autonómicos.

Sin embargo, una nueva modificación de la Ley sobre la infancia y adolescencia de 2015, vino a dar respuesta, casi veinte años después, a la obsoleta situación de la protección de los menores, reformando la existencia del (art. 172 CC), dejando claro que la Administración Pública establecerá la situación del desamparo, siendo esta vigilada para que sea cumplida por el órgano judicial competente, sobre todo en los asuntos concernientes a la oposición de los padres biológicos o familiares.

Este nuevo mandato normativo, unido a una definición concreta de las circunstancias del abandono, han llevado consigo realizar un estudio minucioso del procedimiento de los menores, partiendo del órgano judicial encargado del proceso de desamparo. En el capítulo sexto analizaremos las cuestiones competenciales de los órganos judiciales, así como las distintas actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio fiscal, tanto dentro como fuera del proceso de menores.

No obstante, parece necesario, antes de iniciar el análisis del proceso judicial, verificar todos los aspectos generales procesales en un juicio de menores y demostrar si efectivamente el órgano competente es el Juzgado de Primera

Instancia o, por lo contrario, pudiera ser el Juzgado de Menores. Partiendo de que el infante, a la hora de reclamar sus Derechos, debe dirigirse a este último órgano judicial y no a otro que puedan designar los Poderes Públicos.

Los antecedentes históricos y legislativos nos han aportado que, desde el punto de vista legal, los problemas de los menores en situación de desamparo pueden ser resueltos ante el Juez de Menores. Aunque los motivos de económica procesal, saturación de expedientes y falta de instalaciones, unida a una situación de crisis, desaconsejen que todos los problemas de los infantes sean resueltos en un mismo juzgado.

En este mismo capítulo estudiaremos la legitimación. El menor que está obligado directamente a ser escuchado por el tribunal, antes de que el órgano jurisdiccional tenga que tomar una determinación en defensa de sus intereses, porque es parte del procedimiento y como tal intervendrá en el juicio. Y todos aquellos sujetos e instituciones que, por su relación afectiva con el infante, puedan ser parte interesada en el proceso de desamparo. Asimismo, la Administración Pública será parte legítima pasiva, puesto que defiende los intereses del menor para llegar al citado fin, utilizando para ello los órganos sociales como una de las principales herramientas que la Constitución Española le reconoce. Además, habrá una comisión tutelada que efectuará un estudio previo al proceso judicial, el cual se remitirá al tribunal que trate de los asuntos de los menores en desamparo, que será el Juzgado de Primera Instancia.

El estudio sobre el desamparo del menor que realiza la Administración Pública, en ocasiones, es motivo de controversia bien por los errores que se cometen se deben a la hora de determinar el tipo de abandono, o bien por los informes inapropiados de la Entidad Regional encargados de emitirlos. La intervención del Ministerio Fiscal, con legitimación directa, viene a paliar las posibles deficiencias que, durante el proceso de la situación del menor, puedan existir.

En el capítulo séptimo, analizaremos el proceso judicial y las diferentes fases de los menores que se encuentren en situación de desamparo. Como regla general, todo el sistema de protección de los niños y niñas desde la Administración Pública hasta los tribunales, se basa en el principio del interés del menor. La norma que se impone es la obligación de todos los Poderes Públicos y, en especial, de los órganos que ejercen la jurisdicción en el orden civil, para considerar y tratar la situación de desamparo de los infantes como un problema que se debe resolver ante los tribunales.

Una parte de la jurisprudencia aboga por el regreso del menor a la unidad familiar; otra parte del sector jurisprudencial dicta que lo que debe primar es el interés del menor. Sin embargo, hay que pensar que una vuelta al seno familiar

llevaría aparejado un error de carácter judicial los padres biológicos permitiesen que sus hijos e hijas volvieran a estar en situación de desamparo. En fin, la doctrina jurisprudencial no ofrece soluciones de carácter general a los problemas de desamparo de los menores, que dependerán de la valoración del caso concreto.

En resumen, la actuación judicial tendrá como objetivo final la intervención, de forma activa, para aplicar los mecanismos de acogida y adopción en el caso de que los padres no cumplan los programas de reinserción del menor en el núcleo familiar. En la actualidad, la Institución Pública permite dar respuestas a las necesidades que se plantean.

Por fin, en el último capítulo de este trabajo observaremos las distintas alternativas con las que cuenta la Entidad Pública y los órganos judiciales para resolver las consecuencias derivadas de la intervención administrativa. Los Poderes Públicos han creado distintas figuras que investigaremos: la tutela que ayudará para salvar las circunstancias de desamparo del menor; la pérdida de la patria potestad como consecuencia del incumplimiento de los deberes y obligaciones de aquellos que deben asistir a los niños y niñas; la emancipación como una solución para los adolescentes que quieren independizarse ante las condiciones vividas de abandono; el acogimiento como una institución en alza, en sus distintas modalidades, que busca la integración de los menores en la sociedad a través de la familia y no ante las instituciones públicas; y la adopción, para ofrecer una solución al problema de los menores en situación de desamparo, como consecuencia de las circunstancias sociales y familiares vividas por los infantes.

En el trabajo que se presenta se ha consultado, de manera relevante, las distintas aportaciones doctrinales, así como las diferentes aportaciones de las instituciones públicas y privadas que han contribuido, de forma sobresaliente, a la presente tesis. Se ha analizado la jurisprudencia, tanto internacional como nacional, sobre la situación de desamparo de los menores en el proceso de la tutela judicial. Además, se ha profundizado en los distintos textos normativos que han permitido, en cada uno de los capítulos, entender mejor las circunstancias de los menores en desamparo. Y todo ello, con el objetivo de poder contribuir en el avance del estudio de esta tan sensible materia fruto del estudio y la investigación realizada durante varios años.

# CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN CONCEPTUAL Y NORMATIVA SOBRE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE ABANDONO, RIESGO Y DESAMPARO EN ESPAÑA HASTA LA SOCIEDAD ACTUAL

## I. LOS PRIMEROS PROCESOS JUDICIALES

### 1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE LOS TRIBUNALES TUTELARES

#### A) *Antecedentes históricos*

La despreocupación por la infancia abandonada se ha constatado desde la Antigüedad. Las sociedades antiguas no se caracterizaron por la protección de la infancia. En Grecia, los adolescentes eran encarcelados, básicamente, por haber cometido cualquier robo o falta; los correccionales eran prisiones que hacían las funciones de custodiar y castigar aquellas actitudes de vagabundeo o delincuencia de los menores. En cambio, aplicando la doctrina de Platón, se consideraba que los jóvenes debían gozar de ciertos privilegios y prerrogativas en la aplicación de las penas, frente a los adultos, excepto en aquellos delitos de sangre.<sup>1</sup>

En cambio, en la sociedad romana, se consideraba a los menores como seres débiles que estaban sometidos a la voluntad del “*pater familias*”. Si el padre reconocía al infante nacido, este era acogido y se iniciaba un proceso de educación y cuidado especial, arropado por todos sus familiares, especialmente por las mujeres. Por el contrario, si el progenitor consideraba que tenía demasiados hijos e hijas o que no poseía suficientes medios económicos para su sustento o educación criarlos, podían abandonarlos a su suerte o venderlos como esclavos, al igual que se vende el ganado, ya que era el dueño absoluto de estas personas. En estos casos, los recién nacidos reconocidos eran acogidos por personas sin escrúpulos con la finalidad de explotarlos en casas de prostitución o mendicidad, llegando incluso a someterlos a situaciones de violencia física, pues la vida de estas personas no valía nada.<sup>2</sup>

A los menores no se les reconocía derecho alguno puesto que eran seres inferiores. Se basaban para ello en la falta de fuerza para realizar ciertas labores; los equiparaban a los enfermos y lisiados, que eran la casta más baja de la sociedad

---

<sup>1</sup> BLANCO ESCANDÓN, C., *Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/pdf>.

<sup>2</sup> GUILLÉN CABAÑERO, J., *Urb Roma. Vida y costumbres de los romanos .IV. Constitución y desarrollo de la sociedad*, ed. Sígueme, Salamanca, 2000, pgs. 123-126.

de la época. Los menores, por supuesto, carecían de propiedades y hasta de libertad.<sup>3</sup>

A pesar de la falta de legislación y el abandono por parte del progenitor, Roma no abandonó la labor educativa y protectora de los infantes. Una de las primeras noticias que tenemos sobre la protección social de los niños y niñas se remonta hasta el gobierno del emperador Trajano, al que se le atribuye la creación del primer asilo, para expósitos en el Monte Celio en la ciudad de Roma, llamados “*niños alimentarios*”. Esta institución de menores se nutría de los préstamos estatales y daba sustento y cobijo a aquellos menores que, por sus circunstancias personales, carecían de familia o recursos para poder sobrevivir.<sup>4</sup>

La situación de los niños y niñas fue cambiando a lo largo del tiempo, desde la caída del Imperio Romano (S.III) hasta que existieron las primeras medidas legislativas a favor de los menores, que se plasmaron en el “*Liber iudiciorum*” o “*Lex Visigothorum*” (S.VII), obra de Chindasvinto (642-643) y Recesvinto (653-672). Este conjunto de normas, formadas por doce libros, se asemeja al código de Justiniano; son Leyes a las que habían de someterse los Visigodos, así como los hispano-romanos, a partir de su traducción en el S.XIII, tomando el nombre de “*Fuero Juzgo*” que tuvo, desde entonces, fuerza obligatoria de Ley.<sup>5</sup>

Estas normas funcionaron, con carácter general, durante toda la época de la Reconquista. En su Libro IV, “*De origine naturali*”, contenía prescripciones encaminadas a prestar una atención favorable a los menores a efectos de la tutela, estableciéndose la mayoría de edad a partir de los catorce años cumplidos. Así mismo, el texto imponía sanciones a los padres por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones al abandonar a sus hijos e hijas o no recuperarlos de aquellas personas que los hubieran criado.<sup>6</sup>

*“Si algún omne tomar el ninno o la ninna echada é los padres le conocieran después: Si los padres son omnes libres, den un siervo por el filo ó el precio. E si non quisieren facer, el juez de la tierra los debe facer redimir el filo que echaron; e los padres deven ser echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que puedan remedir,*

---

<sup>3</sup> RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores*, ed. Montecorvo S.A. Madrid, 1980, pg. 23.

<sup>4</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA., *La obra de protección de menores*, ed. Departamento de Publicaciones y Documentación del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1984, pg. 23.

<sup>5</sup> MARZAL RODRÍGUEZ. P., *Lecciones de Historia del Derecho*, S.E., imprime Artes Gráficas Soler S.L. Valencia, 2000, pg. 90.

<sup>6</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA., *Fuero juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, SCA. S.E. Madrid, 1815, pg. 75.

*aquel que lo echó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el juez lo debe acusar é penar*". (FJ. Ley I, tít. IV, Lib. IV).

Al respecto de lo citado, cabe señalar que, tanto el Derecho Romano como las Leyes visigodas medievales, permitieron avanzar en la protección de la infancia sobre la responsabilidad de los padres biológicos con sus hijos e hijas, siendo castigados aquellos progenitores que actuaban con crueldad. Estas penas, que iban desde el destierro a la muerte, siempre se aplicaban cuando el menor fallecía como consecuencia de los malos tratos.<sup>7</sup>

En la Edad Media y en las zonas castellanas, aparecieron de las primeras disposiciones protectoras de la Infancia en la figura del monarca Alfonso X "*El Sabio*", en los tratados del "*Fuero Viejo de Castilla*" y "*Fuero Real Español*". Estas dos normas locales constituyeron la resistencia contra el antiguo Derecho Visigodo, por el que los menores de ocho años eran confinados en albergues para pobres y a las niñas se les buscaba marido para que no terminaran en la perdición.<sup>8</sup>

*"Ningund niño, que sea ferido, non debe ser conjurado fasta siete años, más debe ser conjurada la madre, o el ama, que lo cría, e vale el apreciamiento; e de siete años arriba deve ser cojurado el niño, e la niña qualquiera que sea ferido, e vale el apreciamiento."*(FVC. Lib. II, tít. I, L. VIII).

*"Todo ome que ovier de guardar huérfanos e sus bienes, deve seer de xx al menos, e debe seer cuerdo e de buen testimonio e care el padre, tenga los fijos e a sus bienes, quier case quier non, e guarde a ellos e sus bienes, así como manda la ley"*. (FRE. Lib. III, L. I tít. VII).<sup>9</sup>

Asimismo, Alfonso X "*El Sabio*", en el S.XIV, estableció un cuerpo normativo denominado "*Las Partidas*". Este conjunto de Leyes fue redactado por la corona de Castilla, con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica dentro del reino. De estas destacamos la número cuatro, que se caracterizó por constituir un mecanismo de vigilancia de los menores huérfanos. El texto hacía referencia a la forma de criar, por parte de los progenitores, a sus hijos e hijas. El monarca lo manifestaba desde el amor que se debe tener con ellos, dándoles lo que fuera necesario, según la riqueza y el poder que tuviera la familia. Este mandato

---

<sup>7</sup> MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo. XV*, S.E. Imprime Ecesa Universidad de Sevilla, 1976, pg. 215.

<sup>8</sup> JORDÁN DE ASO Y DEL RÍO I Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *Fuero viejo de Castilla*, S.E. imprime D. Alejandro Gómez Fuentenebró, Madrid, 1847, pg. 57.

<sup>9</sup> ALFONSO X EL SABIO, A., *El fuero Real, las leyes de los adelantados mayores, las nuevas y el ordenamiento de las Tafuterias; y por apéndice las leyes del estilo*, S.E. imprenta Real Madrid, 1836, pg. 82.

real constituyó una continuidad protectora a los menores respecto al “*Fuero viejo de Castilla*” y “*Fuero Real Español*”.<sup>10</sup>

*“Claras razones y manifiestas son por las que los padres y las madres están obligadas a criar sus hijos: la una es movimiento natural por el que se mueven todas las cosas del mundo a criar y a guardar lo que nace de ellas; la otra es por razón del amor que tienen con ellos naturalmente; la tercera es porque todos los derechos temporales y espirituales se acuerdan en ellos. Y la manera en que deben criar los padres a sus hijos y darles lo que les fuere menester, aunque no quieran, es esta: que les deben dar que coman y que beban, y que vistan y que calcen y lugar donde moren y todas las otras cosas que les fueren menester, sin las cuales los hombres no pueden vivir, y esto debe cada uno hacer según la riqueza y el poder que hubiere, considerando siempre la persona de aquel que lo debe recibir, y en qué manera lo deben esto hacer”.* (P. IV. L. II, tít. XIX).

La existencia de unas normas como “*las Partidas*”, permitieron que, en el S.XIV, se creara en España el primer tribunal que tendría la consideración de Institución Judicial destinada a juzgar a los menores. Se trata del precedente más remoto de nuestros organismos judiciales en la materia que nos ocupa. Este tribunal se constituyó en la ciudad de Valencia el día 6 de marzo de 1337, figura fomentada por el monarca Pedro IV “*El Ceremoniós*”, también llamado “*el del Punyalet*”. Mediante un Decreto, se instauró esta institución que combinaba los elementos educativos, formativos y tutelares que debían corresponder al padre de familia. El rey pretendía que los menores marginados fueran apartados de su mala vida mediante el trabajo. Así, los desviaban de los peligros de la delincuencia y la pillería buscándoles una ocupación y, cuando estaban en condiciones de trabajar, los colocaban en un taller cuyo maestro, además de enseñarles, respondía de las faltas que pudieran cometer.<sup>11</sup>

*“Hemos resuelto que a los dichos huérfanos ya los afligidos por la indigencia, se les asigne por vos el justicia en los civil curadores idóneos que tengan especial cuidado de ellos para que no rehúyan las faenas que les sean propias fiados en el hábito de mendigar, y no los consuma miserablemente la infancia y la desidia. Y al efecto, sean unos destinados unos a trabajo mecánicos, otros a las artes provechosas y decorosas, algunos al servicio de señores, según la voluntad y aptitud de cada uno; y si un criado se insolentara con ligereza u obstinación contra un señor no queriendo someterse al castigo se hace digno de imponerle mayor pena, a fin de que sufra el látigo los que no se han dejado ablandar con las suavidad”.*<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> ALFONSO X EL SABIO, A., *Las siete partidas*, [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com). pg. 91.

<sup>11</sup> MONTERO PEDRERA, A. M., *Las escuelas de reforma en España y la reeducación de menores: una mirada retrospectiva en sus orígenes*, vol.2, ed. Universidad de Sevilla, 2009, pg. 246.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ GARCÍA, A., *Los Menores en un Estado de Derecho*, ed. Dykinson S.L. Madrid, 2009, pg. 22.

La figura del Padre de Huérfanos o “*Pare d’Òrfens*”, que era como se le conocía en la época, era una institución medieval de carácter benéfico. Su finalidad, además de proporcionar protección y amparo a los menores vagabundos, ociosos, huérfanos, desvalidos, problemáticos o delincuentes que pululaban por las calles era aplicarles medidas educativas. Actuaban en la esfera judicial sancionando a los menores que no cumplían con las tareas impuestas y estuvieran bajo su tutela, cometían algún delito, siendo castigados como juez de lo criminal.<sup>13</sup>

Asimismo, era el comisionado de dirigir la tramitación de las quejas sobre situaciones de amenaza o vulneración de los niños, niñas y adolescentes en sus Derechos. Para protegerlos de las posibles agresiones, también podían ser ingresados en una casa común de beneficencia, a fin de que recibieran la instrucción necesaria para aprender un oficio. En 1407, el monarca Martín “*El Humano*” dotó a este organismo de plena potestad en la intervención con menores en materia delictiva, quedando establecido el primer juzgado o Tribunal de Huérfanos. Era una época de existencia de Leyes represivas que castigaban a los jóvenes delincuentes en su máximo grado, con azotes, mutilaciones y galeras donde la criminalidad debía de ser castigada, ya que se consideraba como una verdadera plaga social.<sup>14</sup>

Este organismo, que en un principio funcionaba en Valencia, se extendió poco a poco a otras poblaciones como Castellón (1386), Zaragoza (1475), Tudela (1527), Pamplona (1592), entre otras ciudades. Con los Decretos de Nueva Planta (1707) se suprimieron inicialmente de los Padres de Huérfanos como institución judicial pero, debido a los efectos negativos que eso supuso, el mismo rey Felipe V recomendará su restablecimiento. De cualquier manera, su final llegó en 1793, año en que esta figura fue suprimida definitivamente por el monarca Carlos IV en la misma ciudad que se había originado.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> CID FÉRNANDEZ, X. M., *Historia de los derechos de la infancia*, <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>.

<sup>14</sup> TOMÁS ROCA, T. C., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de menores en España* S.E. imprime J. Domenech, Madrid, 1968, pg. 15.

<sup>15</sup> PALACIO LIS, I., y CÁNDIDO, RUIZ, R., *Educación Comparada e historia de la educación para una historia de la educación en España*, S.E. imprime Martín impresores S.L., Valencia, 1996, pg. 127. “*En el caso concreto de Valencia conocemos cómo la R.O. de 18 de julio de 1799, disponía el traslado de los niños expósitos del Hospital General a la Casa de la Misericordia desde la edad de siete años, para que aprendan un oficio. Ya anteriormente se había establecido a través de un documento fechado el 11 de diciembre de 1793, dirigido al Capitán General del Reino de Valencia y firmado por el Duque de la Roca, la supresión definitiva del empleo de padre, o Curador de Huérfanos de la ciudad disponiendo que “este encargo y toda su autoridad” se confiriese al Director de la Real Casa de la Misericordia; así como también “que todos los huérfanos de ambos sexos, que actualmente se hallaren al cargo y cuidado del Padre Curador de Huérfanos se pasen a dicha real Casa de Misericordia”.*”

La existencia de una institución independiente del Padre de Huérfanos facilitó el acogimiento de los menores desatendidos, como fue la Cofradía de San Vicente Ferrer de Valencia, del S.XV. Esta institución protegía a los “*menores perdidos*”, a los niños y niñas desamparados que no se insertaban en las estructuras sociales, bien por ser vagabundos, negarse a trabajar o escaparse de casa de su maestro.<sup>16</sup>

Este organismo, de carácter social, se encargaba de dar cobijo a los infantes que tenían ausencia de tutela paternal o social, menores que deambulaban por la ciudad, que en la mayoría de los casos eran menores delincuentes abandonados a su suerte. Con ello, se evitaban, como ocurría en otros reinos de España, los abusos de los castigos corporales hasta que llegara una reglamentación legal que regulara la situación de los menores en situación de desamparo. Este organismo albergó gran cantidad de estas personas, y, debido a la gran demanda que existía, la orden se quedó pequeña en la época renacentista (S.S. XV-XVI). Los pequeños huérfanos tuvieron que ser atendidos por humanistas que, de forma desinteresada, colaboraron en la reinserción de los menores, como fue el caso de Luis Vives.<sup>17</sup>

Es necesario seguir investigando a través de las instituciones y organismos judiciales, que intervinieron para obtener como objetivo principal la tutela de los menores en situación de desamparo, para precisar con exactitud cuál fue el significado de la protección de la infancia en situación de abandono en este periodo.

#### *B) La evolución preventiva de la infancia durante los (S.S. XVII-XIX)*

A lo largo de la historia, existen gran cantidad de iniciativas personales, sin ningún apoyo institucional, que en muchos casos tenían más de preocupación por no ofrecer una imagen social denigrante que de una auténtica inquietud por el problema. Un claro ejemplo lo encontramos en Castilla en el S.XVII. “*El Padre General de Menores*”, que era una institución muy parecida al Padre de Huérfanos, aunque su cometido consistía en velar por los menores y bienes cuando estos quedaban desamparados. Era un órgano de carácter civil que proponía salvar de la miseria y corrupción a los niños y niñas abandonados.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> INSTITUCIONES AUXILIARES DEL TRIBUNAL PARA NIÑOS DE VALENCIA *Colonia de San Vicente. Escuela de Reforma para menores necesitados de corrección y Tutela Social*, SCA, S.E. imprime Tipografía Moderna, Universidad de Valencia, 1925, pg. 25.

<sup>17</sup> TROPÉ, H., *La formación de los niños huérfanos en Valencia (Siglos XV al XVII)*, S.E. imprime Guada impresores, Valencia, 2007, pg. 61-62.

<sup>18</sup> PALACIO LIS, I., y CÁNDIDO RUIZ, R. *Educación Comparada e historia de la educación para una historia de la educación en España*, cit., pg. 28.

“En los supuestos en que el menor desamparado careciera de un tutor o por malicia de este, existían normas que otorgaban el privilegio de defensa procesal por las autoridades del municipio o del concejo. Así los alcaldes, jurados, justicias o jueces tienen la “voz” de los huérfanos en los Fueros de Pontevedra, Alcalá, Brihuega, Fuentes, Salamanca y Ledesma. En los dos últimos Fueros se establece una pena de dos maravedís para los alcaldes que se desentendían de esa defensa”.<sup>19</sup>

Sin embargo, hasta los inicios del S.XVIII aquel pensamiento de la época medieval de la protección de la infancia a través de los albergues, no comenzó a dar sus frutos. Bajo el mandato de Felipe V, se creó la idea de que los hospicios, que eran centros de recogida y asilo de los niños y niñas o casas de misericordia, podían paliar los problemas de los menores vagabundos, dándoles un futuro como artesanos. Pero la gran cantidad de jóvenes abandonados en las calles, así como la falta de establecimientos debido a la aglomeración y el hacinamiento, que era la tónica general, no solucionaron los ideales de la defensa de los intereses de los menores. Como única consecuencia, se logró que se atenuara la penalidad a los infantes entre los quince y los dieciséis años.<sup>20</sup>

Mención especial merece el hospicio creado en Sevilla, en 1724. Nace como uno de estos organismos de asilo y beneficencia a cargo del hermano Toribio Velasco, un asturiano que había profesado en la Orden Tercera de San Francisco en la clase de seculares,<sup>21</sup> y que llegó a Sevilla para dedicarse a la venta de libros piadosos. Viendo la triste suerte de los niños y niñas abandonados, pensó en un medio para apartarlos de este tipo de vida, y por eso creó un hospicio, una institución que se ocupara de los menores desamparados en las calles y de la regeneración de jóvenes infractores, prescindiendo de cualquier tipo de castigo y sustentada en una ideología correctiva y protectora. Una vez en el hospicio, los menores eran sometidos al régimen interno, sin intervención alguna de juez o autoridad que mediase en el aislamiento y tratamiento de los niños y de las niñas.<sup>22</sup>

Carlos III introduce, en 1788, un importante avance social en la protección de los menores, vinculando los hospicios con algún hospital no solamente para cuidado sanitario de los menores, sino iniciando una colaboración con la iglesia. La influencia del cristianismo supuso la posibilidad de establecer nuevos centros

---

<sup>19</sup> MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo. XV*, cit., pgs. 57-58.

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “Los centros de internamiento en la nueva regulación de la responsabilidad penal de los menores,” *revista jurídica de la Comunidad de Madrid* núm.9, ed. Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, 2001, pg. 153.

<sup>21</sup> PÉREZ HÉRNANDEZ, M., “Toribio Sanz de Velasco (1756-1825)”, *revista de estudios* núms. 27-28, ed. Universidad de Salamanca, 1991, pg. 117.

<sup>22</sup> MONTERO PEDRERA, A. M<sup>a</sup>. *Las escuelas de reforma en España y la reeducación de menores: una mirada retrospectiva en sus orígenes*, cit., pg. 123.

de beneficencia de carácter secular, marcando un antes y un después en la forma de atender y cuidar a los menores más necesitados. Esto implica que los albergues, hospitales y hospicios empiecen a estar controlados por la jurisdicción eclesiástica, en concreto quedan bajo la supervisión del obispo.<sup>23</sup>

Mediante la Ley “*de prohijamiento y adopción de expósitos*”, Carlos III ordena a los rectores o administradores de las Casas de Expósitos entre otras cuestiones, la creación de escuelas de carácter religioso donde todos los infantes se aplicaran en leer, escribir, contar y gramática, con el fin de instruirles en algún oficio.<sup>24</sup> A las niñas se les instruirá en la doctrina cristiana y en las labores domésticas. Esta institución deberá existir en los hospicios,<sup>25</sup> en todas ellas deberá haber dormitorios sin comunicación para ambos sexos, siendo separados los hospicianos por sus edades, para preservar a los niños y niñas de los adultos.<sup>26</sup>

El objetivo principal que se buscaba con estos establecimientos de expósitos era que los niños y niñas abandonados fueran instruidos en una profesión, al igual que otros jóvenes con familia, evitando de esta manera la proliferación de

---

<sup>23</sup> MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, L. M., *Fundación educativa de los hospitales y hospicios en España hasta la primera mitad del siglo XIX. La cuna de expósitos en las Palmas de Gran Canaria: de la respuesta socioeducativa a la lucha por la supervivencia*, vol.9, Centro Universitario Villanueva, ed. Universidad Complutense Madrid, 2009, pg. 226.

<sup>24</sup> MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, ed. Bosch S.A., Barcelona, 1991, pg. 65. “*El prohijamiento. Este instituto, pensado para dar protección a los menores expósitos aparece aunque de forma implícita en nuestro Derecho histórico, en el real Orden de 2 de junio de 1788. Esta disposición exhorta a los Rectores Administradores de las casas de niños expósitos, a que esmeren su cuidado en conocer a las personas que extraen de dichos establecimientos a los menores. ”Cuidando con particular atención que a los niños se les dé la debida educación y enseñanza para que sean vasallos útiles y que no se entreguen si no es con las seguridades y formalidades necesarias, a personas que los mantengan, y enseñen oficios y destinos convenientes a ellos mismos y al público”*.”

<sup>25</sup> MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, L. M., *Fundación educativa de los hospitales y hospicios en España hasta la primera mitad del siglo XIX. La cuna de expósitos en las Palmas de Gran Canaria: de la respuesta socioeducativa a la lucha por la supervivencia*, cit., pg. 225, “*la palabra “hospicio” significa de forma, literal, “un lugar donde refugiarse”. Los hospicios, generalmente estaban vinculados a algún hospital. Con la llegada de Carlos III al trono se establecen nuevos establecimientos de carácter secular. “Un hospicio debe ser la escuela de los expósitos y de los mendigos.” “Los hospicios las escuelas caritativas de los desvalidos y de aquellos que de otro modo no podrían aprender con perfección las artes”*.”

<sup>26</sup> PALACIO LIS, I., y CÁNDIDO RUIZ, R., *Educación Comparada...*, cit., pgs. 129-140, “*ley sobre construcciones y disposiciones de los hospicios. Real Resolución 21 de julio 1780. Ley sobre instrucción y aplicación de los hospicios los ejercicios, oficios y artes útiles al Estado. Real resolución 21 de julio 1780. Ley instrucción y destino de las niñas en los hospicios desde la más temprana edad. Real resolución 21 julio de 1780. Ley cuidado de los rectores de las casas expósitos en la educación de estos, para que sean vasallos útiles. Real Orden 2 de junio 1788”*.”

mendigos en las ciudades. En 1796, el monarca Carlos IV, después de la Guerra de Independencia española (1808-1814), intentará borrar la ilegitimidad que sobre los menores pesaba, colaborando de forma más estrecha con la Iglesia, diseñando un Reglamento para el establecimiento de las casas de expósitos, crianzas y educación.<sup>27</sup>

Esta norma previno el infanticidio, muy frecuente en las madres con hijos e hijas ilegítimos, facilitándoles, entre otras cuestiones, su entrega anónima a la Institución. Las condiciones de los menores en estas órdenes de corte eclesiástico no eran las más adecuadas para la mejor vida de los infantes. El control de la iglesia, en esta época, sobre la vida de los niños y niñas supuso un retroceso en la formación de los menores en relación con su antecesor, al cercenar las aspiraciones de los jóvenes, no permitiendo que los llamados expósitos accediesen a puestos de responsabilidad dentro de la sociedad y menos a estamentos religiosos.<sup>28</sup>

La Guerra de la Independencia española supuso un empobrecimiento económico en el mantenimiento de estos establecimientos por parte de la iglesia y de la monarquía que llevó consigo aparejada la destrucción de muchas casas de beneficencia. El monarca Fernando VII, ante esta situación, decide dar un giro importante en la política proteccionista de sus antecesores, decretado por las Cortes el 8 de junio, el monarca sancionó y mandó promulgar, el 9 de junio, el primer Código penal español de 1822.

Los tribunales, que hasta este momento habían intervenido en la salvaguarda del menor, se encontraron con una norma, por primera vez, que castigaba las conductas delictivas. En los supuestos en que se declare haber obrado sin discernimiento y malicia, el menor quedaba exento de responsabilidad penal al igual que los niños y niñas de siete años cumplidos, (art. 23 Cp). Estos infantes

---

<sup>27</sup> BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, B., “La crianza y educación de los expósitos en España entre la ilustración y el romanticismo (1790-1835)” Historia de la educación, ed. revista interuniversitaria, núm.10, Universidad Complutense Madrid, 1991, pg. 42, “Real Célula fechada en 11 de diciembre de 1796 por la que se creaban casas de expósitos en cada cabeza diocesana con carácter de matriz o principal de las que dependían otras secundarias, dentro de ese mismo territorio eclesiástico, y todo ello era para evitar el alto número de mortandad de niños en los largos traslados que antes se realizaba”.

<sup>28</sup> UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID., *Novísima Recopilación de las Leyes de España libro VII Título XXXVII RC 11 de diciembre 1796*, SCA. ed. Facultad de Geografía Historia, Madrid, 1805, pg. 414, “a fin de evitar los muchos infanticidios, que se experimentan por el temor de ser descubiertas y perseguidas de personas que llevan á exponer alguna criatura, por cuyo medio las arrojasen y matan, sufriendo después el último suplicio, como se ha verificado; las justicias de los pueblos, en caso de encontrar de día o de noche en campo o poblado a cualquiera persona que llevase alguna criatura, diciendo que la va a ponerla en la casa de expósitos, ó persona conductora lo pidiere, le acompañara hasta que se verifique la entrega”.

eran entregados a aquellas personas que asumían su responsabilidad, que en la mayoría de los casos eran los encargados de los establecimientos de beneficencia a los que pertenecían, responsables, cuyas funciones consistían en hacerse cargo de la educación de los menores, enmendándolos o protegiéndolos, (art. 24 Cp).<sup>29</sup>

Si, por lo contrario, la autoridad judicial declara haber obrado discernimiento y malicia en determinados delitos, sentenciará con la reclusión. Sin embargo, para otros delitos cometidos por los menores, el juez puede imponer que se cumpla la condena en determinados lugares de corrección, (art. 64 y 65 Cp).

Por consiguiente, la intervención de los tribunales en los asuntos de discernimiento, unido a las casas de corrección, que eran prácticamente inexistentes en la mayoría del Estado español, supuso el hacinamiento en las cárceles de adultos con menores con más de siete años de edad. Esta situación obligó al Secretario de Estado de Fomento, Javier Burgos, a redactar una ordenanza de presidios (14 de abril de 1834) durante la regencia de María Cristina de Borbón (1833-1840), que permitiera dividir la juventud delincuente de los criminales adultos.<sup>30</sup>

Asimismo, el Estado liberal permitió una relación entre libertad y Derecho que hasta entonces no existía en ninguna monarquía, hasta la llegada al trono de Isabel II (1833-1904). La gestión de las instituciones benéficas de la iglesia llega a su fin. Igualmente se deteriora por la falta de recursos económicos por parte del alto clero, la nobleza y burguesía, dando continuidad a La Ley de beneficencia de 20 junio de 1849<sup>31</sup> que fusionó los distintos establecimientos de hospicios, casas

---

<sup>29</sup> BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, B., “La crianza y educación de los expósitos en España entre la ilustración y el romanticismo (1790-1835)”, cit., pg. 43.

<sup>30</sup> Según el artículo 123 Op/1834, “*para la corrección de los desgraciados jóvenes a quienes la orfandad, el abandono de los padres o la influencia de malas compañías lanzo a la carrera de los crímenes antes de que la experiencia les haya revelado los males que causan a la sociedad y a sí mismos, mando que todos los presidiarios menores de dieciocho años que hayan en cada presidios vivan reunidos en una cuadra ó departamento con total separación de los mayores de edad*”.

<sup>31</sup> FLORES VARELA, C., *Sobre la sede y el archivo de la Junta Provincial de Beneficencia de Toledo* *Anales toledanos* vol. XXXVII Toledo.1999. <http://eprints.ucm.es/8381/1/BENEFIC.pdf>. pg. 233. “*Las Juntas Provinciales de Beneficencia fueron creadas por el art.5 de la Ley de Beneficencia, de 20 de junio 1849, que encomendaba al Gobierno la dirección de todos los establecimientos de beneficencia, los cuales pasan a tener carácter público, excepto los costeados por fondos propios. Esta función directiva se encomienda a una Junta General de Beneficencia, cuyas funciones en el ámbito provincial ejercerá la correspondiente Junta Provincial, ubicada en cada capital de provincia. Esta Ley será desarrolla por el Reglamento de 14 de mayo 1852 que encargará a las Juntas Provinciales el gobierno de los establecimientos provinciales de beneficencia (art.38)*”.

de expósitos y misericordia, con la intención de centralizar y hacer más eficaz la asistencia a los menores.<sup>32</sup> Se pasó de un régimen de encerramiento administrado por la curía, a un centro de acogimiento gestionado por organismos públicos, pero con características de modelos anteriores basados en la moralidad y el control.<sup>33</sup>

La crisis del gobierno de la Unión Liberal del general Leopoldo O'Donnell, de Isabel II, no puede continuar con la labor regulada de las circunstancias personales de los menores abandonados. La Revolución de 1868 pone fin a la Monarquía, instaurándose el gobierno de la Primera República (1873-1874). El presidente del Poder Ejecutivo, Nicolás Salmerón Alonso, para evitar la explotación laboral de los por parte de los adultos, propone regular las condiciones de trabajo laborales a las que están sometidos los infantes mediante La Ley de 24 de julio de 1873, "*Ley Benot*" que excluía a los niños y niñas menores de diez años del trabajo en fábricas, talleres, fundiciones o minas, fijando las horas de trabajo en las mismas.<sup>34</sup> Esta norma puede considerarse como la primera que regularía los lugares de trabajo de los menores y los requisitos laborales.<sup>35</sup>

El 29 de diciembre 1874, el general Arsenio Martínez Campos se pronunció, en Sagunto, a favor de la Restauración en el trono de la monarquía borbónica, en la persona de Don Alfonso XII (1874 1885). A la muerte del monarca, María Cristina de Habsburgo-Lorena (1885-1902), asumió la tutela en la figura del soberano. La norma de 1873 de la Primera República, como precursora de la regulación laboral de los menores, permitió a la Regenta la aprobación y promulgación de la Ley, el 26 de julio de 1878.<sup>36</sup> Esta norma regulaba los trabajos

---

<sup>32</sup> Conforme se estableció en el artículo 1 L/1948, "*los establecimientos de Beneficencia son públicos. Se exceptúan únicamente, y se consideran como particulares, si cumplieren el objetivo de su fundación, los que costeen exclusivamente con fondos propios, donados o legados por particulares, cuya dirección o administración esté confinada á corporaciones autorizadas por el Gobierno para este efecto, ó á patronos designados por su fundador*".

<sup>33</sup> SANCHIDRIÁN BLANCO, C., y MARTÍN ZÚÑIGA, F., "Protección y reeducación de la infancia abandonada la casa de la misericordia de Málaga (1832-1936)", *revista de pedagogía* vol.61 núm.4, ed. Universidad de Málaga, 2009, pg.123.

<sup>34</sup> Dispone los artículos 1 y ss., L/1873, que "*los niños y las niñas menores de 10 años no serán admitidos al trabajo en ninguna fábrica, taller, fundición o mina.*" (Art.2). "*No excederán de cinco horas cada día, en cualquier estación del año, el trabajo de los niños menores de 18 ni el de las niñas menores de 14*" (Art.3). "*Tampoco excederá de ocho horas el trabajo de los jóvenes de 13 a 18 años, ni de los jóvenes 14 a 17.*" (Art.4). "*No trabajarán de noche los jóvenes menores de 15 años, ni las jóvenes menores de 17 años en los establecimientos en que se empleen motores hidráulicos o de vapor*".

<sup>35</sup> PEDROSA ALQUÉZAR, I., "Apuntes sobre la evolución prevención de riesgos laborales", *revista de relaciones laborales* núm.8, ed. Universidad Carlos III Madrid, 2000, pg. 138.

<sup>36</sup> Conforme al artículo 1º.5 L/1878, "*los que induzcan a un menor de dieciséis años a abandonar el domicilio de sus ascendientes, tutores, curadores o maestros para seguir a los individuos*

peligrosos de los menores en las actividades que se referían a los profesionales del circo. Su objetivo era la prohibición de estas actividades a los menores de dieciséis años. Dentro de su texto, se incluía la prohibición de dedicar a los infantes a la mendicidad o de entregarlos a otras personas para su explotación como mendigos. Estableciendo penas de prisión.<sup>37</sup>

Posteriormente, un nuevo texto normativo, aprobado por la reina Doña María Cristina de Austria, fijaría la prohibición del trabajo a personas de cierta edad.<sup>38</sup> La norma mejora el contenido de las anteriores Leyes laborales al extender la prohibición también a los lugares insalubres y peligrosos; también exigía higiene en los talleres, separación de sexos en las fábricas e instrucción infantil.<sup>39</sup>

Durante el S.XIX, no hubo una intervención directa del Gobierno en torno a los menores abandonados. El problema se resolvió con la aprobación de normas sin fundamento en su contenido, que de forma generalizada se aplicó al sistema de hospicios, casas de expósitos y Misericordia. Estas instituciones, por sí solas, no podían resolver los problemas de los menores. El aumento de la mortandad infantil, debido a las enfermedades crónicas y graves, dio origen a que las situaciones familiares se desmembraran. Los niños y niñas que se encontraban en la calle, abandonados, se perdían la seguridad de un hogar y el encontrarse en una buena familia. Este importante cúmulo de circunstancias hizo necesario un cambio político en la protección infantil desamparada.

---

*de los profesionales indicadas en el número segundo (acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores, toreros, directores de circo u otras analogías, empleen en representantes de esa especie niños o niñas menores de dieciséis años que no sean hijos o descendientes suyos ó los que se dediquen habitualmente á la vagancia ó mendicidad”.*

<sup>37</sup> ESPUNY TOMÁS, M. J., “Mendicidad infantil: Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903”, revista *IUSlabor* núm.4, ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 2005 pg. 2. “*Se trataba más que una Ley laboral en el sentido estricto, en una norma para castigar los abusos de la patria potestad sobre los menores y de la posición patronal de explotación de trabajo de menores. una doble actividad laboral calificada de peligrosa y que estaba directamente relacionada, por una parte, con la tipología propia de los espectáculos públicos de aquel momento y por la otra con la mendicidad o con la vagancia”.*

<sup>38</sup> Según el artículo 1 L/1900, “*los menores de ambos sexos que no hayan cumplido diez años, no sean admitidos en ninguna clase de trabajo”.*

<sup>39</sup> CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, imprime H. Studer, Ginebra, 1965, SCA, ed. Universidad de Valencia, 1978, pg. 36. “*Tuvieron que pasar 65 años para que las condiciones de salubridad, peligrosidad e higiene en los puestos de trabajo y sobre todo la edad mínima para trabajar para los menores fuera reconocida internacionalmente. En la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra 1965. En el proyecto relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas en su art.2 establecía que: “Las personas menores de una edad mínima determinada no deberán ser empleadas ni trabajar en la parte subterránea de las minas. La edad mínima no será en ningún caso inferior a 16 años”.*

## 2. EL PRELUDIO DE LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA (1903 – 1910)

### A) *La búsqueda de soluciones por parte del Estado español a los menores abandonados*

España vivió un momento confuso bajo los efectos de la pérdida de las colonias en 1898. El conflicto bélico en el que se encontraba inmerso el monarca Alfonso XIII, (1886-1941), hace presagiar un retraso en las reformas del S.XIX sobre la protección de la infancia. Sin embargo, el soberano sancionó una Ley acerca de la vagancia y mendicidad, en 1903. Esta norma va a suponer un avance importante en la defensa de los adolescentes de dieciséis años, debido a que, en su texto, se buscaba castigar aquellas conductas violentas y desatendidas efectuadas por los progenitores a sus hijos e hijas. Los tribunales, al dictar estas penas a los padres, los equiparaban a los adultos que utilizaban a los menores para mendigar.

El incumplimiento de los deberes y obligaciones de los padres biológicos con sus hijos e hijas ya no era solamente una cuestión de los tribunales, esto es, del poder judicial sino que la Administración española, el poder ejecutivo se planteó la posibilidad de intervenir en el desempeño de la patria potestad. La Ley de 1903 preveía, para estos casos de desinterés por parte de los responsables de los menores, la guarda por una Entidad Pública o privada.<sup>40</sup> De esta manera, los equiparaban a aquellos menores abandonados, huérfanos, que eran confinados en asilos de beneficencia o entregados en asociaciones e instituciones particulares dedicados a la protección de la infancia.<sup>41</sup>

Las presiones llevadas a cabo por las Asociaciones en Defensa de los infantes y adolescentes no solamente obligaron a la Administración española a intervenir en las circunstancias de menores maltratados, marginados, vagabundos, abandonados, delincuentes o simplemente menores que vivían en su familia en estado de miseria, sino que obligó a los poderes públicos a acelerar las reformas sociales en los asuntos de la infancia. La clase social privilegiada española, de principios del S.XX, percibía que para solucionar la imagen del país, el gobierno tenía que afrontar unos cambios importantes en las situaciones de desprotección de los niños y niñas.

---

<sup>40</sup> Estableciéndose en los casos de mendicidad el artículo 2 L/1900, “*los padres tutores o guardadores que maltratasen a sus hijos ó pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar ó por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, o entreguen a otras personas para mendigar*”.

<sup>41</sup> SANTOS SACRISTAN, M., “Una aproximación a la Ley de Mendicidad de 1903” *revista de la inquisición* (Intolerancia y Recursos Humanos), núm16, ed. Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2012, pg. 235.

Por consiguiente, la opresión social a la que estaba sometido el Gobierno obligó al Estado a intervenir de forma rápida y directa, creando una Institución, el Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad. Este organismo asumía todas las funciones en el campo del control del pillaje, delincuencia y vagabundeo callejero de los menores,<sup>42</sup> constituido por el Ministerio de la Gobernación y siendo presidido por el Ministro; creando, además, las Juntas Provinciales, presididas por el Gobernador Civil; y Juntas Locales, que serían dirigidas por los Alcaldes.<sup>43</sup>

Sin embargo, aunque el Gobierno ya había aprobado un organismo que vigilaba y controlaba el vagabundeo en las calles, no había una norma que regulase las circunstancias de mendicidad de los menores. En España, hasta 1904 no se aprobó una Ley a nivel estatal que abordara los problemas de los menores marginados y abandonados. En esta época importante de nuestra historia en ultramar, y presionado por la sociedad española, es cuando el monarca Alfonso XIII, en la ciudad de San Sebastián, el 13 de agosto de 1904, firmaba La Ley de Protección de la Infancia.<sup>44</sup>

#### *B) Ley de protección de la infancia de 1904*

Esta norma fue pionera en el amparo a los menores, siendo fundamental para solucionar los problemas de los niños y niñas de la calle o abandonados que se perdían la experiencia de la infancia, y por otra parte, ofrecer un buen hogar junto a una familia a través de las casas de acogimiento. Los motivos que llevaron a la búsqueda de una nueva Ley que solucionara los problemas de los infantes fueron varios; la intervención de las monarquías no solucionaban los problemas de los

---

<sup>42</sup> SANTOS SÁCRISTAN, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)* <http://www.um.es/ixcongresoaehe/pdfB3/Los%20inicios%20de%20la%20proteccion%20infancia.pdf>, pg. 5.

<sup>43</sup> HERNÁNDEZ DÍAZ, J. y M<sup>a</sup>. VEGA GIL, L., (AAVV). “Protección a la infancia y educación en Castilla y León (1900-1903),” *revista de pedagogía* núm.10, ed. Universidad de Salamanca, 1998, pg. 246. “*En relación a la mendicidad y la vagancia el cometido principal de las Juntas se orienta a facilitar y sostener plazas en asilos al objeto de prevenir la mendicidad y vagancia. Por una parte, las de huérfanos o desamparados que en total en España se computan 58, de las cuales 12 están en las provincias de Castilla y León (Ávila:2; León:1; Palencia:1; Salamanca:1; Segovia:2; Soria:2; Valladolid:2; y Zamora:1). En cuanto a escuelas de sordomudos en España existen 8, de las cuales una radica en Burgos y otra en Salamanca. Escuelas de ciegos España existen 11*”.

<sup>44</sup> PO Presidencia del Consejo de Ministros 1904. Ministro de la Gobernación (G. de Madrid 17 núm. 230 de agosto).

menores abandonados; los establecimientos benéficos no daban el resultado deseado; y las legislaciones eran pobres en contenido para proteger a la infancia.<sup>45</sup>

El médico, pediatra y escritor nacido del pueblo, D. Manuel Tolosa Latour, estudioso de la Educación Física y Moral de los niños y niñas se propuso evitar la mendicidad.<sup>46</sup> Fue sin duda, uno de los artífices más relevantes en la búsqueda de soluciones a los infantes que vivían, en esos momentos, en la sociedad española. Defendió, en las Cortes Generales, la primera Ley española de protección de la infancia que culminó con su aprobación, el 12 de agosto, de 1904, dedicada a la protección de la salud de los menores de diez años.<sup>47</sup> El texto señalaba que existe una parte de la infancia y adolescencia de la sociedad del momento que estaba desatendida y necesitados de algún tipo de ayuda para que pudiesen subsistir. Esta nueva Ley de la Infancia se basaba, fundamentalmente, en sus ideas higienistas y protectoras respecto de la norma francesa, el 19 mayo de 1874.<sup>48</sup>

“*La Ley Tolosa Latour*”, como se le conocía coloquialmente, contenía un total de catorce artículos; el texto normativo estaba relacionado, entre otros

---

<sup>45</sup> HUGO, V., *Le Travail des Enfants dans les mines de charbon periode de 1850-1900*. “*Pour être admis à travailler les enfants de moins de 12 ans, devaient justifier de la fréquentation d’une école publique ou privée*” [http://histobully.canalblog.com/docs/Le\\_Travail\\_des\\_Enfants\\_dans\\_les\\_Mines\\_de\\_Charbon.pdf](http://histobully.canalblog.com/docs/Le_Travail_des_Enfants_dans_les_Mines_de_Charbon.pdf).

<sup>46</sup> PALACIO LIS, I., y CÁNDIDO RUIZ, R., *Educación Comparada...* cit., pg. 61. “*Doctor Manuel Tolosa Latour. Nacido en Madrid el 8 de agosto de 1856 y murió asimismo en la capital de España el 12 de junio de 1919. En la facultad de medicina de San Carlos inicio y corono brillantemente la carrera. Profesor auxiliar de la Facultad de Medicina, catedrático supernumerario de Pediatría de la misma Facultad, y académico de número de la Real de Medicina; miembro de la Academia de Ciencias de Paris, consejero de Sanidad, director del primer Consultorio de niños de pecho de Madrid e inspector médico escolar; director del Asilo del Sagrado Corazón, y fundador en 1883 de las revistas La Madre y el Niño y el Hospital de Niños, además, los archivos de Ginecología y Enfermedades de la Infancia. Pero una de las grandes obras de Tolosa Latour es el Sanatorio Marítimo de Chipiona el primero de su género en España, a fin de proporcionar a los niños enfermos determinados tratamientos curativos*”.

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ PÉREZ, J. F., “Manuel Tolosa Latour (1875-1919) y Elisa Mendoza Tenorio (1856-1929): Precursores de la protección a la infancia en España,” *revista electrónica de historia* núm. 5, ed. José Luis González Huerta, Madrid, 2014, pg. 359. “*La Ley de Protección a la infancia organizaba su estructura en tres niveles de acción. En el primero y como institución de ámbito estatal, se constituía el Consejo Superior de Protección a la Infancia, cuya presidencia recaía en el ministro de la Gobernación y del cual fue designado como secretario general Manuel Tolosa. En niveles inferiores se constituía las Juntas provinciales y la locales que estarían presididas por el Gobernador civil y el Alcalde respectivo de cada provincia o municipio*”.

<sup>48</sup> SANTOS SACRISTÁN, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)*, cit., pg. 7.

aspectos, con el mundo laboral de los menores, teniendo como precedentes, las normas sobre la protección del niño y de la niña del S.XIX.<sup>49</sup> Esta norma regulaba los trabajos peligrosos, suprimiendo el empleo de los menores en las minas de carbón, y mantuvo la prohibición del turno nocturno a los infantes, haciéndose obligatorio que pasara al menos dos horas de su jornada laboral en la escuela.<sup>50</sup>

La nueva norma también reguló las ilegalidades que se cometían en las inspecciones médicas, que, aunque en un principio se controlaban a los lactantes, con posterioridad se fijó a todos los menores de diez años, teniendo en cuenta que las anteriores disposiciones normativas monárquicas omitían las revisiones médicas a los menores, (art. 10 L/1904).

La vigilancia de las condiciones laborales, unida a las inspecciones sanitarias de los menores, tenía como principal objetivo, o casi único, evitar la mortandad infantil, que era bastante elevada en la época. El texto normativo, de 1904, no solo trataba la urgente necesidad de atender a los huérfanos y abandonados y regular la explotación laboral infantil, sino que también tenía en cuenta los conceptos fundamentales, los aspectos físicos y morales de los menores y por lo tanto, la atención de todo aquello que de forma directa o indirectamente hiciera referencia a la vida infantil.

El insigne pediatra madrileño realizó trabajos de investigación basados en los motivos que habían originado que los niños y niñas vivieran en la calle vagabundeando o mendigando,<sup>51</sup> llegó a la conclusión de que, si existiera un control más adecuado por parte de los organismos competentes estatales para determinar las situaciones de abandono de los menores, los casos de desamparo descenderían. Por lo tanto, una de las primeras medidas que adoptó para mejorar la situación de los infantes, fue que se estableciera una vigilancia y custodia, por

---

<sup>49</sup> Dispone el artículo 6.8 L/1904, *“con el trabajo de los niños en espectáculos públicos, industrias, venta ambulante, mendicidad profesional, etc. elevando al Gobierno de S.M. las menorías con datos estadísticos y gráficos, respecto a todos los particulares donde se señalen los resultados obtenidos por la Ley”*.

<sup>50</sup> GUALLART TORRES, J., y GOICOECHEA, LOPEZ, T., *El Derecho Penal de los Menores. Los Tribunales para niños* S.E. imprime tipografía La Academia Zaragoza, 1925, pg. 59. *“Pero la limitación de la edad no es suficiente medida preventiva, si los menores ingresan en la fábrica, de antemano preparada, en que, careciendo de locales aislados donde poder realizar su trabajo, sus sentimientos se pervierten, con la presencia de escenas un poco vivas, matizadas de palabras mal sonantes. Es que la corrupción que entonces el menor no tiene en la calle, puede sufrirla en la aglomeración del taller, si sus compañeros adultos, con quienes las convivencias son obligadas, en nada recatan sus palabras ni sus acciones”*.

<sup>51</sup> Conforme el artículo 6.6 L/1904, *“indagando el origen y genero de vida de los niños vagabundos o mendigos menores de 10 años por las calles o estén en poder de gentes indignas, evitando su explotación, y mejorando su suerte”*.

parte del Gobierno español, para que, de esta forma, se evitara el monopolio propio de otras épocas en las que los menores abandonados se hallaban gestionados por el clero.

Tolosa Latour estaba obsesionado con que las Instituciones Estatales debían ser los pilares principales donde se sustentase todo su trabajo de protección a los menores, basándose, fundamentalmente, en valerse de las precursoras sociedades benéficas o particulares, que debían ser dirigidas por un organismo superior, el Estado,<sup>52</sup> este debería efectuar las oportunas denuncias de aquellos actos delictivos que fuesen cometidos por los progenitores; dichos actos, consistían, entre otros, en entregar a los recién nacidos a lactancia ajena, realizar actos de mercadería o prostitución, llevarlos a trabajar a talleres, entregarlos en adopción en escuelas o asilos, o buscar el internamiento en instituciones protectoras.<sup>53</sup>

El Estado, para cumplir el objetivo de vigilar y custodiar de forma más directa las circunstancias de los menores abandonados, regula por la norma, 1904, que, en cuanto a su organización, crea el Consejo Superior de Protección a la Infancia (1904-1908) en el Ministerio de la Gobernación. Además, El texto normativo permitirá la creación de niveles inferiores que dependerán del Consejo y auxiliarían a esta Institución en la vigilancia de los infantes y adolescentes, llevándose a cabo unas Juntas Provinciales presididas por los Gobernadores Civiles de las provincias, como máximo órgano responsable de las distintas divisiones de los organismos públicos y unas Juntas Locales presididas por el alcalde, en su respectivo municipio (art. 3 L/1904).

Como higienista, ginecólogo y terapeuta, diremos que uno de los trabajos de investigación que llevó a cabo Tolosa Latour, además de buscar soluciones a los problemas de los menores en situación de abandono, fue intentar completar un vacío legal existente en lo referente a la protección de los lactantes y recién nacidos. De este modo, impulsó, en la norma de protección a la infancia, de 1904, un avance importante que era evitar la alta mortandad de los menores recién nacidos, garantizando la asistencia a las mujeres embarazadas, así se aseguró que el índice de fallecidos entre los menores descendiera.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> En estos casos, según el artículo 7 L/19004, “*los individuos del Consejo y de las Juntas provinciales y locales, así como los inspectores que las representan, serán auxiliados, al ejercer actos de protección*”.

<sup>53</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil español* ed. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2004, pg. 105.

<sup>54</sup> MURUA CARTÓN, H., y DÁVILA BALSERA, P., “La protección de la infancia en Bizkaia el largo camino hacia una educación inclusiva”, ed. *revista pro infancia*, (coors.: Berruezo Albéniz, Conejero López), 2009, pg. 160. “*D. Manuel Tolosa Latour responsabiliza de cuantos ocurren en torno a la infancia a las madres de las que dice:” la mayoría de las infecciones futuras, si no todas, proceden de dolencias o enfermedades de la madre durante*

El autor de la Ley dejó plasmado en el texto que, una vez realizadas todas las investigaciones necesarias sobre la existencia de parientes que pudieran ejercer la tutoría sobre el menor abandonado, lactante o recién nacido, si no existiera ninguna persona que se hiciera cargo de los mismos, se pondría en conocimiento del Ministerio Fiscal. Igualmente, se declararía la orfandad y promovería la designación legal de tutoría del niño o la niña, estableciendo cuáles serían los requisitos de aquellas personas que pretendieran acogerlos en su seno familiar.<sup>55</sup>

Transcurridos casi cuatro años de la aprobación de la Ley de Protección de la infancia, de 1904, se aprobó su Reglamento el 24 de enero de 1908. Este Reglamento constaba de cincuenta y siete artículos. Estas dos normas sirvieron para sensibilizar a la sociedad española, sobre la situación de los menores vagabundos, mendigos o delincuentes. Además amplió la esfera de protección del Consejo Superior de Protección a la Infancia en cinco secciones, y permitió una mayor especialización sobre la vigilancia del infante, que hasta ahora no había existido, destacándose entre ellas la de puericultura y primera infancia, (art. 10 RD/1908).

Las distintas atribuciones que competían al Consejo Superior y a los distintos organismos locales, consistían en cumplir la obligación con todos aquellos asuntos que iban a afectar a la mendicidad de menores, sobre todo lo referente a la explotación de la mendicidad por parte de sus progenitores, que se había convertido en una verdadera lacra social.<sup>56</sup> Otros cometidos que ostentaba esta

---

*la gestación, bien de descuidos evitables en los primeros meses de su vida”. Sin embargo, también da otras preceptivas más favorables hacia la mujer, “la mujer es la piedra angular del hogar y por extensión de la sociedad, junto con la escuela”.*

<sup>55</sup> Según se establecía en el artículo 2. L/1904, “los padres o tutores que tuvieran a su cargo a los menores y que encomendasen la lactancia o crianza a personas que no convivan con ellos tendrán que expresar en su declaración el nombre y domicilio de la persona a quien les encomienden el niño, firmando el documento, y dando cuenta de este hecho en un plazo de tres días en la junta local, o en su defecto a la alcaldía”.

<sup>56</sup> CAMPOS MARÍN, R. “Salvad al niño: Estudios sobre la protección a la infancia en la Europa Mediterránea a comienzos del Siglo XX” *revista española de historia*, ed. Universidad de Historia de Valencia, 2004, pg. 136. “Nos encontramos en primer término con la mendicidad infantil, parte la más apremiante del problema, la más dolorosa, la más triste. Niños menores de diez años, obligados por sus padres o por otras personas, explotan la caridad pública, preparándose con este género de vida, profundamente inmoral, a futuras y mayores desgracias. Es un plantel de mendigos, vagabundos y criminales el que tenemos constantemente delante de los ojos en la capital de la monarquía. En no pocos casos los padres mismos alquilan a sus hijos para que otros exploten con ellos la caridad del transeúnte... Íntimamente unida con esta agrupación de desdichados se halla la golfería femenina, medicante unas veces, vagabunda otras y siempre dedicada a sacar partido de la lujuria ajena. En los lugares más céntricos, en todo momento, en fin, se da el caso vergonzoso de que niñas y jóvenes se ofrezcan sin recato al transeúnte con los pretextos más diversos,

institución estatal era la de atender, de forma constante, a los niños y niñas sometidos a la lactancia mercenaria, procedentes de las inclusas, o entregados en adopción por los padres (art. 1 RD/1908).

### C) Reglamento sobre la puericultura de 1910

La preocupación por el menor desatendido fue de tal envergadura que no solamente se aprobaron normas legales que garantizaran el sustento de unos Derechos básicos frente al desamparo y la explotación a que habían sido sometidos muchos de ellos, sino que el Gobierno de la Nación aprobó un Reglamento, “*sobre la puericultura*”, en 1910, a través del Consejo Superior de Protección de la Infancia, para regular aquellas posibles lagunas que se podían encontrar los responsables de los centros de beneficencia con los infantes que eran ingresados en las inclusas o refugios. Esta entrega de los menores se realizaba a instancias de los progenitores o de oficio por parte de la Junta. Además, se aprobó la creación de un centro de enseñanza que atendiera a los menores para evitar la mortandad infantil.<sup>57</sup>

Este organismo de Puericultura permitió impulsar su propia escuela nacional, garantizando que existieran, por primera vez, trabajadoras especializadas que tuvieran como misión principal el cuidado de los menores abandonados. Aparece, así, la figura de las nodrizas, (art. 6.3 L/1904). Estas mujeres obtenían algunas remuneraciones económicas por el trabajo realizado, (art. 6.4 L/1904). La contratación de ayas, por parte del Estado, para la alimentación y crianza de los menores huérfanos y abandonados, supuso, desde el punto de vista social, un avance importante en el cuidado, alimentación y sensibilidad por los problemas de los niños y niñas marginados en todo el territorio nacional.<sup>58</sup> Una vez

---

*formulando proposiciones de tal carácter, que causa asombro la depravación de aquellos infelices, que apenas han empezado a vivir y ya conocen hasta qué punto puede llegar el rebajamiento de la especie”.*

<sup>57</sup> CAMPOS MARÍN, R. “Salvad al niño: Estudios sobre la protección a la infancia en la Europa Mediterránea a comienzos del Siglo XX”, cit., pg. 142 “*Una gran parte del esfuerzo que llevaron a cabo los médicos implicados en el programa social y político de protección a la infancia iba dirigido a extender y consolidar su intervención profesional. Se reclamaba el control médico del embarazo y la lactancia, la exploración médica de los niños ingresados en asilos, la elaboración de tablas antropométricas para evaluar el deterioro físico, las campañas de vacunación infantil y la divulgación sanitaria, especialmente enfocada hacia las madres que, en definitiva era el principal agente sanitario de los hogares de clase populares. Ese conjunto de se unieron en el proyecto de creación de un Instituto Nacional de Maternología y Puericultura de 1910 recogida en su reglamento de Puericultura de 12 de abril de 1910 [Gaceta de 12.4.1910] la creación del Instituto”.*

<sup>58</sup> BOCH MARTÍN, J., *El niño español en el Siglo XX*, ed. Graficas González, Madrid, 1947, pg. 62, “*Consta de Servicios de Puericultura con dispensarios en las capitales importantes, muy*

profesionalizado el trabajo de las asistentes, el Gobierno español también se preocupó de la vigilancia y custodia de los niños y niñas de aquellas trabajadoras que ingresaban en casas-cunas o asilos, (art. 3 R/1910).

Como requisito exigido para estas cuidadoras, se estableció la documentación para el cumplimiento de sus obligaciones, registrado en un libro especial para ello, (art. 8 párr.2 L/1904). En el mismo el Inspector de Sanidad anotaba los cambios de residencia, visados por las alcaldías respectivas. Estos controles facilitaban todos los medios necesarios para garantizar la salud de las crianderas, (art. 6.2 L/1904).<sup>59</sup>

En conclusión, podemos decir que Tolosa Latour contribuyó, de forma decisiva, a la orientación de los niños y niñas en situación de desamparo. Lo hizo no solo impulsando una norma que garantizase los Derechos Fundamentales de los infantes, sino obligando a los Poderes Públicos a intervenir directamente en los problemas de los menores. Creo así una estructura piramidal y seccional que garantizara el éxito y controlase los posibles abusos por parte de los organismos públicos. Sin embargo, la sociedad pudiente española de la época, aunque veía con buenos ojos las medidas tomadas por los poderes públicos, exigían intervenciones más contundentes para evitar el pillaje, saqueos y robos que se producían en las ciudades. Por este motivo, el Consejo Superior de Protección de la Infancia y Represión de la Mendicidad, impulsó la promulgación de la Ley de Bases, el 2 de agosto de 1918, y el Decreto Ley, el 25 de noviembre del mismo año, “*sobre la creación y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de Menores*”. Estas nuevas legislaciones supusieron la creación, por primera vez en España, de juzgados para niños y niñas menores de quince años.

---

*notable en Madrid, Barcelona, Valencia, e Instituciones como los de Puericultura de Gijón, Oviedo y Reus; Casas del Niño en La Coruña y Cartagena; Guarderías infantiles, números mediodispensarios, colegios modelo, casas de familia, etc., y colabora con otras Instituciones sanitarias, Dispensarios del Estado y Clínicas Pediátricas. Gran parte de sus ingresos contribuyen a mantener los Tribunales y Reformatorios de Menores”.*

<sup>59</sup> Conforme el artículo 8 L/1904, en caso de que una mujer deseara dedicarse a la lactancia debería presentar un documento de la Junta Local, en el cual se debería constar por esta: “A) *El estado civil de la presunta nodriza. B) Su estado de salud, conducta y condiciones físicas. C) Permiso del marido si fuera casada. D) Referencia a la partida de nacimiento de su hijo para demostrar que este tiene más de seis meses y menor de diez o certificado que acredite que queda bien alimentado por otra mujer. Ninguna mujer procedente de la Maternidad u Hospitales podrá dedicarse a nodriza sin certificado especial del médico del establecimiento visado por el Director o Jefe local*”.

## II. LOS TRIBUNALES TUTELARES DE LOS NIÑOS

### 1. EL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES COMO PRECEDENTE DEL DERECHO COMPARADO

#### A) *El preámbulo de la jurisdicción contemporánea*

Durante el S.XIX, los tribunales americanos aplicaban el mismo sistema penal a todas las personas. Este sistema consistía en sancionar aquellas conductas, sociales y particulares, criminales, que llevaban a término todos los ciudadanos. La sociedad norteamericana, defensora de los Derechos y Libertades de los ciudadanos, criticó este sistema judicial, no solicitando que se juzgara por igual a los adultos y menores; exigiendo, al gobierno de la nación de los Estados Unidos, que estableciera un cambio en la política penal de los menores que mendigaban y robaban en las calles.

La justificación para solicitar a los Estados Unidos de América un órgano judicial en la política de menores, fue la mala imagen que daba la cantidad de niños y niñas que, en la vía pública, vagabundeaba y se dedicaba al pillaje, vendiendo objetos de cualquier clase, cantando o tocando instrumentos. Esta forma de vida del joven delincuente no daba una buena imagen a un país que quería ser moderna y prosperar en la industria ganadera, maderera y cereal, permitiendo atraer con ello gran cantidad de inmigrantes en busca de oportunidades.<sup>60</sup>

La preocupación por los infantes y adolescentes abandonados en la calles necesitaba una solución. Por lo tanto, el gobierno de los Estados Unidos, mediante campañas publicitarias de sensibilización dirigidas a la sociedad, colaboró paliando las circunstancias que rodeaban a los jóvenes delincuentes, mediante ayudas alimenticias y económicas. La comunidad americana, con este proyecto de auxilio al menor abandonado, que no solamente exigió un órgano judicial que juzgara a los menores, sino que se permitió a estos adolescentes tener un trato diferenciado, en las cárceles, respecto de aquellos que ya habían cumplido la mayoría de edad.<sup>61</sup>

La consecuencia de esta presión social fue la petición de la creación del primer Tribunal para Niños, a nivel mundial, en la ciudad de Chicago, en 1899,

---

<sup>60</sup> PALACIOS SÁNCHEZ, J., *Menores Marginados. Perspectiva histórica de su educación e integración social*, ed. editorial CCS, Madrid, 1997, pg. 179. “Con anterioridad al de Chicago ya se habían dado otros pasos previos en EEUU como la Ley aprobada por el Estado de Massachusetts por la que se separaba a los niños de los adultos en los Tribunales, o los trabajos desarrollados por el juez Benjamín Lindsay de Denver que desencadenó e inspiró el movimiento de reforma para la constitución de los Tribunales para Niños”.

<sup>61</sup> GIMÉNEZ SALINAS-COLOMER, E., *La justicia de menores en el S.XX una gran incógnita*, [http://www.iin.oea.org/La\\_justicia\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf)

específicamente en Illinois, en los Estados Unidos de América del Norte. Posteriormente, este modelo fue imitado por otros países hispanoamericanos, como, que, entre otros, Perú y México (1926), Brasil (1927); Chile (1929); Uruguay (1934), Guatemala (1937), Ecuador (1938), y Colombia (1946).<sup>62</sup>

*“Todos los asuntos que lleven consigo el enjuiciamiento de un niño, por infracción del Código penal, ante cualquier Tribunal de policía o justicia, podrá oírse y fallarse por estos Tribunales en las horas que fije y con separación de otro asunto criminal registrándose las actas en libros distintos”.*<sup>63</sup>

Esta autoridad judicial separaba a los mayores y a los menores ante los tribunales, iniciando inmediatamente su actuación los llamados “*juveniles Court*”,<sup>64</sup> juzgados que iban dirigidos a los infantes y adolescentes abandonados, vagabundos, maltratados y delincuentes. Un especialista, (normalmente jurista, psicólogo o médico,) colaboraba con el juez realizando un estudio minucioso de las circunstancias que rodeaban al adolescente e informaba al magistrado. Una vez evaluadas las causas por las que el menor se encontraba ante la Institución Pública, el órgano judicial dictaba sentencia, siendo el menor devuelto a su familia, con lo que quedaba bajo custodia. La vigilancia del cumplimiento de los deberes y obligaciones se realizaba bajo la supervisión de un delegado del juzgado, que controlaba las intervenciones de los progenitores.<sup>65</sup> Si estas responsabilidades no se cumplían por parte de los padres, el infante o adolescente era entregado, después de un periodo de tiempo establecido por el juez, a una institución de reeducación.

Los objetivos principales en los que se basaba la intervención de este tribunal se concretan en cuatro premisas; primera, evitar el mismo trato a los menores y a los adultos, siendo la característica más importante la elevación de la edad penal del niño y niña, a dieciséis años, la segunda, que el competente deja de ser magistrado de carrera y pasa a ser un especialista de la delincuencia juvenil que

---

<sup>62</sup> Los Tribunales de los niños, era el nombre con el que se designaba a este organismo, que atendía tanto a las niñas como a los niños, expresándose en un lenguaje que era el que se utilizaba en aquella época. Aunque se intentará hacer referencia a lo largo del texto a ambos sexos, en ocasiones, por simplificar, se utilizará el genérico niño, niños, chicos, pequeños, infantes, hijos, etc. para referirme a ambos sexos. Igualmente, el término padres, progenitores, cónyuges, abuelos, acogidos, acogedores, adoptados y similares deberán entenderse en el documento como al referido por ambos sexos.

<sup>63</sup> ZARANDIETA MIRABENT, E., *La delincuencia de los menores y los Tribunales para niños*, ed. imprenta clásica española, Madrid, 1916, pg. 125. “*La primera Ley referente a la creación de los Tribunales para niños, diré que en el año de 1892 aprobaron las Cámaras americanas, teniendo en cuenta lo que disponía en el artículo 291 del Código penal del país*”.

<sup>64</sup> Tribunales Juveniles.

<sup>65</sup> HUGUENIN, I., *Los Tribunales para niños en Bélgica y en Francia*, <http://repositorio.educación.gov.ar/dspace/bistream>.

estudia la gravedad de los hechos y se pronuncia sobre ellos, sancionando de forma más flexible, con carácter de protección y tutela; la tercera, que la jurisdicción especializada alcanza a todos los menores en riesgo o abandono social, la cuarta, la supresión de la prisión, reemplazaba por la libertad vigilada. A la espera del fallo, el niño o la niña se quedaba con su familia, si esta le correspondía; en caso contrario, se enviaba a una institución que colaborara con el Tribunal para Niños.<sup>66</sup>

Las demandas penales, fueron recogidas en la Ley el 21 de abril de 1899, se basaba en un proyecto redactado por el profesor de Derecho de la Universidad de Northwestern y juez “*M. Harwey B. Hurd*”. En esta norma se propugnaba la concesión a los tribunales de confiar los jóvenes encarcelados a determinados patronatos benéficos. Hubo fuerte oposición y fue declarado inconstitucional no pudiendo constituirse en Ley, siendo aprobada finalmente tras muchos años de labor judicial, encaminados a la protección de los menores infractores.<sup>67</sup>

Las ideas de reformar la penosidad de los menores cristalizaron con posterioridad, en la proclamación de la Declaración de Ginebra, de 1924, con la Declaración de los Derechos del niño, de 1959. Estas normas impulsaron el estudio de la llamada Doctrina de las Situaciones Irregulares, que se fundamentaba en la diferenciación del trato que debía de existir entre el menor abandonado y aquellos que infringían la Ley.<sup>68</sup>

De este modo, para justificar la tutela de los infantes abandonados de los delincuentes, debía protegerse a los menores que se encontraban en situación de desamparo o peligro, interviniendo en la reeducación y socialización, separándolos del ambiente pernicioso para su formación. Este sistema fue aplicable a los tribunales especializados en jóvenes, quienes debían discernir entre los delitos cometidos por necesidades imperiosas por su situación de abandono, de los demás delitos. Esta nueva visión del Derecho para menores, permitió, por primera vez,

---

<sup>66</sup> BARBERO SANTOS M. “Delincuencia Juvenil Tratamiento,” *anuario de derecho penal*, t. 25, núm. 3, ed. Universidad de Valladolid, 1972, pg. 650.

<sup>67</sup> BLANCO ESCANDÓN C., *Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/pdf>. pg. 98. “*En 1891 el juez de la Corte Superior del condado de Cook, Illinois, Mr. Harwey H. Hurd, presentó un proyecto ante la legislatura del estado de Illinois, para crear un Tribunal de Menores. Hubo fuerte oposición y el proyecto fue declarado inconstitucional por lo que no pudo convertirse en ley. Finalmente, en 1899, se logró el establecimiento del Tribunal de Menores como culminación de muchos años de intenta labor jurídica encaminada ya a la protección de los menores*”.

<sup>68</sup> LARRANDART L. E., *Juventud e identidad. III Congreso internacional. La Doctrina de la situación irregular y la Convención internacional de los Derechos del niño*, t. II, ed. espacio editorial, Buenos Aires 2001, <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD10/contenidos/teórico/mod2/art4/index.html>.

una jurisprudencia especial del infante, que rápidamente se trasladó de América a los países europeos.

### *B) La influencia americana en los Tribunales de niños en Europa*

Europa se encontraba inmersa en un conflicto bélico. La Primera Guerra Mundial, (1914-1919) supuso que muchos menores, como consecuencia del enfrentamiento armado, fueran maltratados, prostituidos, abandonados o simplemente se quedaran huérfanos y vagabundeasen por la calles de las grandes ciudades. Todo esto obligó a las administraciones públicas de los distintos estados a tutelar y proteger a estos menores.

Las clases sociales privilegiadas, al igual que ocurría en Estados Unidos, no podían permitir la miseria y la marginación en las calles, al igual que en Estados Unidos, por culpa de los infantes y adolescentes. Los movimientos humanitarios, a su vez, querían liberar a los niños y niñas del sistema penal, del mismo modo que se hizo en los Juzgados para jóvenes americanos. En definitiva, la falta de medios de las Administraciones Públicas en una época de desorden, confusión y desorganización, afectó de forma negativa en la protección de los infantes abandonados. De todas formas, las asociaciones en defensa del menor buscan cambiar esta precaria situación mediante estudios y colaboraciones con los tribunales especializados en menores.<sup>69</sup>

Bajo estas premisas nacen los Tribunales para Niños, para los que prima la reeducación de los menores basada en la formación, hábitos, costumbres, trabajo, enseñanza y religión. Premisas estas que constituyeron el programa de reforma que se extendió en la sociedad europea para garantizar los Derechos de los menores y su aplicación. Alemania e Inglaterra (1908), Italia Hungría, Suiza y España, (1909), fueron las primeras naciones que adaptaron su ordenamiento jurídico a la tutela de los Juzgados. Posteriormente, lo harían Portugal (1911), Francia y Bélgica (1912). Es más, el ejemplo de los Estados Unidos además de extenderse al continente americano y europeo, también lo hizo a países como Japón, India

---

<sup>69</sup> SALINAS COLOMER-GIMÉNEZ, E., *La justicia de menores en el S.XX una gran incógnita*. [http://www.iin.oea.org/La\\_justicia\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf). “*La delincuencia juvenil es vista como una consecuencia de la vida urbana, del nacimiento de la sociedad industrial, de la crisis de la institución familiar, de la pérdida de los valores morales, etc., aparece en la calle la miseria y la marginación y esto es molesto para todos, pero especialmente para las clases dirigentes. Movimientos filantrópicos y humanitarios se lanzan a liberar a los niños del sistema del sistema penal con una profunda convicción en los éxitos del sistema reeducativo. Para ello, se requiere limitar al máximo el poder de la autoridad paterna entre “los miserables”, los marginados, buscando para ello un sistema de protección especial para los niños. No importa si son mendigos, pobres, o, delincuentes, todos necesitan un mismo sistema de “protección”.*”

inglesa o Nueva Zelanda también obtuvieron la influencia de los Tribunales de Menores.<sup>70</sup>

#### *Alemania*

El país germano inició el camino adoptado por las instituciones judiciales americanas y por los países europeos con la creación del Tribunal en Colonia, en 1907. Posteriormente se amplió, por sucesivos Decretos Ministeriales, a Gutenberg, en marzo de 1908; a Baviera, en septiembre de aquel mismo año; en octubre siguiente, a Sajonia; y sucesivamente a todas las ciudades alemanas.<sup>71</sup>

Aunque la legislación específica en el ámbito de la justicia juvenil arranca con la aprobación de la Ley federal que unificaba a los tribunales alemanes, el 16 de febrero de 1923, en el texto legal se propone la sustitución del Derecho Penal por una prevención especial. Postulados que se plasmaron en el texto punible juvenil, siendo incapaces de culpabilizar a los menores de catorce años. Los jueces tendrán en cuenta las circunstancias y personalidad del infante antes que los hechos que lo han provocado. Ley que fue sustituida por la norma, el 6 de noviembre de 1943.<sup>72</sup>

#### *Inglaterra*

La situación de los menores, antes del S.X, era bastante lamentable. En el régimen monárquico se aplicaban medidas tan severas, como la pena de muerte, a todos los infantes y delincuentes que eran sorprendidos dedicándose al pillaje. Aunque fue a partir de esta época cuando, de forma paulatina, fueron mejorando sus condiciones hasta el S.XIII, que se estableció no condenar a los menores de doce años por robo.<sup>73</sup> En el S.XVI, se determina no castigar a los niños y niñas menores de siete años. Es a partir de este momento cuando la Administración Pública inglesa se plantea la idea de la protección de la infancia “*Court of Chacery*”.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> RODRÍGUEZ PÉREZ J, P., *La justicia de menores en España análisis histórico jurídico*, núm.18.2, ed. Universidad la Laguna Santa Cruz de Tenerife, 2001, pg. 428.

<sup>71</sup> BOSCH MARÍN, J., *El niño español en el SXX*, ed. graficas González, Madrid, 1947, pg. 82.

<sup>72</sup> COLAS TUREGANO, A., *Derecho penal de menores*, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30999.pdf>.

<sup>73</sup> BLANCO ESCANDÓN, C., *Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores*, cit., pg. 88.

<sup>74</sup> ENCICLOPEDIA BRITÁNICA., SCA, S. E., “*Tribunal de la Cancillería, en Inglaterra y Gales el tribunal de la equidad bajo el control de lord canceller, que comenzó a desarrollarse en el S. XV. La cancillería tenía jurisdicción sobre todo asuntos de equidad, fideicomisos, ley de tierras, administración de fincas de los locos y tutela de los menores. Hoy en día, el tribunal comprende la División de la cancillería del Tribunal Superior de Justicia en Gran Bretaña.*” <http://global.britannica.com/topic/Court-of-Chancery>.

Posteriormente, el parlamento británico, con el partido liberal, votó, el 31 de diciembre de 1908, la Ley llamada “*Children act*”.<sup>75</sup> Su aplicación se inició en Birmingham. Esta norma permitió extender la protección legal a los jóvenes y a los menores que eran maltratados por sus padres dentro de la esfera doméstica. El Estado se interesó por la vida familiar y mediante una circular dispuso la introducción de los Tribunales de Menores. Los delitos eran conocidos por los jueces, discerniendo en el tratamiento a infantes y adolescentes como periodos distintos de la vida del menor. A esta Ley la sucedió la Carta Magna de los niños, el 2 de abril, de 1933.<sup>76</sup>

### *Francia*

El gobierno francés, a comienzos del S.XIX, aprobó el Código Penal de 1810, donde proclamó la responsabilidad de todos los niños y niñas, estableciendo la edad a los dieciséis años. Los jueces examinaban a los menores, enjuiciándolos bien si tenían capacidad de discernimiento; en caso afirmativo, eran condenados a una pena, siendo rebajada en los supuestos de minoría de edad, como un atenuante.

*“los menores de dieciséis años que hayan cometido un delito grave también son juzgados por el Tribunal de Menores. Los menores, pero mayores de dieciséis años, que hayan cometido un delito grave, son juzgados por el Tribunal de Escabinos de Menores, que está presidido por un magistrado del Tribunal de Apelación, asistido por dos magistrados, de entre los cuales uno ha de ser obligatoriamente designado por el Tribunal de Menores, por tanto, ambos Tribunales dictan, según los casos, medidas de carácter educativo”*.<sup>77</sup>

Más tarde, el 22 de julio de 1912, se aprobó la Ley sobre Tribunales para niños y adolescentes y libertad vigilada, modificada en 1927 y 1928 y complementada con una Ordenanza, el 4 de febrero de 1945, permitiendo permanecer con su familia bajo el control y vigilancia del juez. Estas normas suprimieron la cuestión del discernimiento para los menores de trece años; creando una nueva jurisdicción, el Tribunal para Niños y Adolescentes.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> Los actos de los niños.

<sup>76</sup> BRADLEY K., LOGAN A., y otros. *Juventud y la delincuencia: Reflexiones del Centenario sobre los niños. la ley de la infancia 1908 en su contexto histórico*.[http://kar.kent.ac.uk/29381/1/Editorial Children Act 1908 final.pdf](http://kar.kent.ac.uk/29381/1/Editorial_Children_Act_1908_final.pdf).

<sup>77</sup> COLIN M. Y ESCRIBANO MORA, F., trad. “La justicia de menores en Francia”, *revista jueces para la democracia* núm. 3, ed. Jueces para la democracia, Francia, 1988. pg. 35.

<sup>78</sup> CASTAIGNÉDE, J., “La responsabilidad penal del menor en el Derecho Francés: La preocupante evolución del concepto,” *revista Eguzkilore*, núm.23, ed. Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 2009. pgs. 279-280.

### *Italia*

La Casa de reeducación de Florencia, creada en 1873, se puede considerar como el primer antecedente italiano dedicado a la labor moral, social y reeducación de los niños y niñas y jóvenes que se dedicaban al pillaje. Con posterioridad al establecimiento benéfico florentino, se crearon tres obras que tienden a mejorar su perfeccionamiento. “*Opera Nazionali per la protezione della Maternità e dell’infanzia*”, “*Opera Nazionale Balilla*” y “*Opera Nazionale del Dopolavoro*”.<sup>79</sup> En Italia, debido al escaso número de Tribunales de Menores y el aumento de carga judicial que existía, muchas cuestiones de mendicidad y vagabundeo eran llevados por los Tribunales ordinarios.

Una Circular del Ministro Rocco, el 22 de septiembre de 1929, durante el Gobierno de Mussolini, inicia las primeras legislaciones sobre especialización de las audiencias en las causas de los menores, concretamente crea una sección especial para conocer los juicios penales de los menores de dieciocho años. Asimismo, se creó un Tribunal de Menores, que poseía un departamento que aplicaba las medidas de corrección y reeducación de los infantes, a fin de ser incluidos de nuevo en el sistema colectivo. Tales medidas consistían en asignarlos a un centro de internamiento, “*Minorenndi Traviati*”,<sup>80</sup> para su adaptación posterior al mundo social. La integración del menor la dictaba el juez y su planificación y organización, la Administración Pública Italiana.<sup>81</sup>

Para finalizar, diremos que el Código Penal de 1930, establecía el umbral a partir de los catorce años; por debajo, el reformatorio judicial y el perdón del juez. La norma fue reformada, el 20 de julio, de 1934. Con ella comenzó el verdadero nacimiento del sistema penal, siendo de nuevo modificada, en 1988.<sup>82</sup>

### *Bélgica*

La Ley belga, del 15 de mayo de 1912, consagró la creación de los Tribunales para Niños con la existencia de un juez único y especializado por un periodo de tres años, con posibilidad de repetir en su cargo.<sup>83</sup> También se abría la posibilidad de la carrera judicial, no estando obligados a renunciar a los ascensos.

---

<sup>79</sup> MAYANS LOURIE, S., *Observaciones sobre Nueva Legislación Penal* <http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4063/3959>.

<sup>80</sup> “Menores desviados”.

<sup>81</sup> TÉLLEZ AGUILERA, A., SABINA CERVERA, S., y otros “Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho Penitenciario,” *revista de estudios penitenciarios* núm.255, ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pg. 13.

<sup>82</sup> BARTOLINI, R., *Juvenile criminal justice in Italy* <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/827>, pg. 7-8.

<sup>83</sup> MONTERO VILLEGAS, A., El citado autor resultó muy impresionado, tras su visita a Bélgica, por la Ley de protección de la infancia. *Protección a la infancia Tribunal para niños*” Ministro

La norma le atribuía competencia para sancionar aquellas conductas educativas de desobediencia de los mayores de diez años, a los padres o tutores. El juez de menores también es instructor de aquellos casos que son requeridos por el agente fiscal, padres o tutores, llegando a conseguir una confesión del menor y decidir, en su caso, dejarlo con los padres tutores o en una institución benéfica.

*“Del año 1848 data en Bélgica la creación de las Escuelas de Beneficencia para menores de diez y ocho años, habiendo sido las primeras establecidas las de Ruysselede y Beenem, para niños la primera y la segunda para niñas. Estas escuelas reciben los menores que viven el estado habitual de mendicidad o son vagabundos, y aquellos otros cuyos ingresos ordena el ministro de justicia, á solicitud de la autoridad municipal, previo consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad sobre el menor”.*<sup>84</sup>

El texto normativo no planteó la cuestión del discernimiento. Los actos cometidos por los menores tenían que ser justificados por la intervención de un juez de niños, ya que la existencia de un delito revelaba una situación de peligro. La responsabilidad penal de los hechos se fue suprimiendo en beneficio de medidas de reeducación. Esta forma de pensar hace de esta norma la más influyente dentro de Europa, y prueba de ello es que nuestro país no fue ajeno a las corrientes de sensibilidad a la protección de la infancia.<sup>85</sup>

Todo ello trajo como consecuencia la necesidad de legislar sobre las medidas protectoras de los menores. Su estudio llevaría, a los diferentes Estados, a la necesidad urgente de una reforma eficaz en todo lo que hacía referencia a la jurisdicción de los infantes.

En definitiva, podemos decir que, aunque la influencia norteamericana fue decisiva para establecer un nuevo concepto sobre la intervención por parte de los gobiernos europeos en los infantes abandonados, las primeras Leyes sobre Tribunales de Menores, sobre todo los americanos, plantearon cuestiones de inconstitucionalidad. El motivo principal no fue otro más que la búsqueda de la primacía de establecer una tutela por parte del juez, basándose en principios humanitarios y psicológicos que examinen la reeducación de un niño o niña por encima de los Derechos básicos procesales que todo detenido tiene, como son, entre otras, la asistencia de letrado, a ser juzgado por un jurado, permanecer en silencio en la comisión de un delito etc. Estas intervenciones por parte del órgano

---

*de justicia de Bélgica Mr. Henry Carton de Wiart aprobó la Ley Carton de Wiart de 15 de mayo de 1912 en (Francés)*”. S.E. imprenta Madrid, 1913, pgs, IX-XIX.

<sup>84</sup>.CASTAIGNÉDE, J., *La responsabilidad penal del menor en el Derecho Francés: La preocupante evolución del concepto*, cit., pg. 21.

<sup>85</sup> HUGUENIN, I., *Los Tribunales para niños en Bélgica y en Francia*, <http://repositorio.educación.gov.ar/dspace/bistream>.

judicial no pretendían castigar, sino proteger al menor. Este nuevo Derecho tutelar se instaló en España como consecuencia de la influencia americana en Europa.<sup>86</sup>

## 2. EL TRIBUNAL DE LOS NIÑOS EN ESPAÑA

### A) *El desarrollo del enjuiciamiento de los menores*

La puesta en marcha de los Tribunales para Niños supuso que el tratamiento de los menores por parte del órgano judicial fuera “doble”. Por una parte, el tribunal colaboraba con los establecimientos benéficos, expósitos y hospicios, atendiendo a su reeducación, a los mendigos, huérfanos y vagos. El juez también condenaba a prisión a los adolescentes que cometían infracciones penales.<sup>87</sup> Este sistema judicial fue instaurado a finales del S.XIX, en el que, en nuestro país, al igual que en el resto de los países europeos, se crearon los llamados Tribunales Tutelados de Menores. Estos tribunales fueron inspirados en los mismos principios del primer “*juveniles Court*” que buscaban la especialización del enjuiciamiento de los menores, infantes y adolescentes. Asimismo se anuló el cumplimiento de las condenas en cárceles, extrayendo al menor del Código Penal con la creación de un régimen jurídico propio.<sup>88</sup>

Los Tribunales Tutelares para Niños se caracterizaban por pretender establecer órganos específicos que, por razón de la materia, debían de conocer al menor inadaptado socialmente, abandonado o necesitado de protección. De hecho pues, en muchos casos la situación no se producía solamente por culpa de sus padres biológicos o tutores, sino que se fugaban del hogar por su indisciplina y espíritu aventurero.<sup>89</sup> Ante estas situaciones, el Juez, sin buscar el rigor de los procedimientos ordinarios y atendiendo a las circunstancias personales y

---

<sup>86</sup> CASTAIGNÉDE, J., *La responsabilidad...*, cit., pg. 654.

<sup>87</sup> CASTAIGNÉDE, J., *La responsabilidad...*, cit., pg. 142, “una institución de carácter pedagógica que tutela y defiende a los menores inadaptados hasta verlos normalmente incorporados a la sociedad. El que esta institución sea pedagógica no quiere decir que sea extrajudicial. El carácter eminentemente pedagógica de estos Tribunales se manifiesta por el juez, que es un paidólogo; por el lugar; por el procedimiento, que carece de toda solemnidad; por el tratamiento, que puede seguir una de dos orientaciones, la familia o la escolar”.

<sup>88</sup> DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J., “Los futuros juzgados de menores,” *anuario de la Facultad de Derecho* núm.4, ed., Universidad de Extremadura, 1986, pg. 233.

<sup>89</sup> Conforme se establecía en el artículo 5 LB/1918, “en los procedimientos para enjuiciar a los delincuentes menores de quince años el tribunal no se someterá a las reglas procesales vigentes, limitándose a la substanciación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se adopten respecto al menor, y las sesiones se celebrarán en local aparte a horas distintas de aquellas de que se celebran actos judiciales, procurando que carezcan de toda solemnidad. Las decisiones de estos Tribunales tomaran el nombre de acuerdos”.

familiares del menor, adoptada medidas de corte educativo y reformador, incluyendo la libertad vigilada.<sup>90</sup>

Bajo estos principios de enseñanza y reeducativos de los infantes en establecimientos de beneficencia, se crea, en Bilbao, “La Asociación Tutelar del Niño,” en 1916. Tendrá como objetivo atender a los menores que podrían entrar en conflicto social y, al mismo tiempo, preparar el ambiente para la creación del primer Tribunal de Menores de España,<sup>91</sup> que comenzará a juzgar, el 8 de mayo de 1920.<sup>92</sup>

Sin duda, este organismo judicial fue el inicio de la creación de un tribunal especial para menores que interviniera no solamente sus circunstancias sociales, de los menores, sino también en los delitos y faltas que cometieran los adolescentes.<sup>93</sup> Después surgieron otros tribunales en ciudades como Tarragona (1920) o Barcelona (1921), lugares de donde partieron las más importantes iniciativas que dieron lugar a la creación de esta Institución, para extender la jurisdicción por todo el territorio español.<sup>94</sup> Este sistema de protección de los menores no se completó hasta el año 1954, año en el que se creó el último Tribunal para Niños, en Segovia.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> DE YBARRA DE LA REVILLA, .G. M<sup>a</sup>, *El primer Tribunal de Menores en España “Los menores han cometido la falta de sumisión de fugarse del domicilio paterno y han defraudado quizás a la compañía del ferrocarril viajando sin billete. Cualquiera de ambas faltas bastaría para someterlos a procedimiento.”* cit., pg. 12.

<sup>91</sup> CASTAIGNÉDE, J., *La responsabilidad...*, cit., pg. 209. “*presidente del mismo Don. Gabriel María de Ybarra; vicepresidente Don Juan Ortiz de Artiñano, y vocales propietarios, don Enrique L. de la Alberca, y Don Isidoro Palacio; actuando como suplentes, Don Julio, y Don Calixto Diez. Desempeñando el cargo de secretario Don Luis Franco*”.

<sup>92</sup> R.O Ministerio de Gracia y Justicia. 1920, “*vista la propuesta formulada por el Consejo Superior de Protección a la infancia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento de 10 de julio de 1919 se autoriza el funcionamiento del Tribunal para niños en Bilbao.*” (GACETA de Madrid núm.119 de 28 abril).

<sup>93</sup> Mediante la Ley 1/2015 de reforma del Código Penal derogaron las faltas y algunas conductas pasaron a ser reguladas como delitos menos graves.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., “Los Tribunales para niños, creación y desarrollo” *revista interuniversitaria* num.18, ed., Universidad de Oviedo, 1999, pg. 117. “*En total eran 22 los que se habían implantado hasta el advenimiento de la Republica paralizándose esta iniciativa y reanudándose en el franquismo con la extensión a todas las capitales de provincia (siendo el último el de Segovia en 1954). Los inaugurados fueron los siguientes: durante el año 1920 Bilbao y Tarragona; en 1921, Barcelona y Zaragoza; en 1922, San Sebastián, Vitoria y Murcia; en 1923, Valencia, Almería y Pamplona 1924, ninguno; en 1925, Granada, Madrid, Palma de Mallorca; en 1926, ninguno; en 1927; Oviedo, Gerona, Lérida y Logroño; en 1928, Jaén, Huesca y Teruel; en 1929, ninguno; en 1930, Alicante y Sevilla y en 1931, ninguno*”.

<sup>95</sup> PALACIOS SÁNCHEZ, J., *Menores Marginados...*, cit., pg. 185.

Por último, diremos que la constitución de estos órganos judiciales en una determinada localidad dependía, en cierta manera, de que se dispusiera de establecimientos especiales para desempeñar las funciones de corrección y reforma. Esta exigencia, que venía impuesta por las normas del Gobierno español, originó un exceso de tiempo en el cumplimiento de las Leyes que debían aplicarse en la reeducación de los menores, debido a que había ciudades donde no existían establecimientos de beneficencia que pudieran albergar, legalmente, a los infantes. Por lo tanto, a falta de correccionales, y dependiendo de la situación geográfica donde se encontrase el menor y de su edad, podía cumplirse condena vigilada en el seno familiar o en cárceles. Esto supuso que en España los menores recibieron un tratamiento desigual durante treinta y cinco años, hasta que se instauró el último órgano judicial.<sup>96</sup>

Los Poderes Públicos, además de establecer los centros o establecimientos de corrección y reforma, se centraron en buscar una norma que regulara las actuaciones de los órganos judiciales en sus dictámenes de reeducación. La Ley de Bases, del 2 de agosto de 1918 “*Sobre organizaciones y atribuciones para niños*” fue el primer ordenamiento español que impulsó la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores en la protección de la infancia. Con esta legislación, se inicia el primer paso para sustraerlos del Derecho Penal. Esta Institución, buscaba, a través de la tutela, limitar el poder del dominio de los progenitores sobre los adolescentes vagabundos, miserables, abandonados y maltratados buscando un sistema de protección especial.

#### *B) La Ley de Bases 2 de agosto de 1918*

El desconcierto que azotaba al territorio español como resultado de la alternancia de partidos políticos en el gobierno, no ayudó precisamente a la búsqueda de una norma encaminada a la reeducación que regulase los comportamientos de menores abandonados, y que permitiese sustraer a los infantes del Derecho Penal.<sup>97</sup>

La Ley de Tribunales para Niños, aprobada el 11 de noviembre de 1915, aunque fue el primer proyecto donde se consideraba a los jueces órganos jurisdiccionales especiales ajenos a la justicia ordinaria, no prosperó, al considerar

---

<sup>96</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., *La exploración psicológica en las casas de observación de los Tribunales Tutelares de Menores (1918-1943)* imprime Nanut S.L ed., .Universidad de Córdoba 2001, pg. 37. “*Sólo existe un reformatorio de carácter estatal (Alcalá de Henares) y tres dependientes de asociaciones privadas (Santa Rita, Toribio Duran y Dos Hermanas)*”.

<sup>97</sup> JIMÉNEZ FORTEA F, J., “La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España,” *revista Boliviana del Derecho* num.18, ed. Fundaciones Iuris Tantun, Bolivia, 2014, pg. 164.

Montero Ríos que existía falta de personal competente para asumir esta responsabilidad. Sin embargo, este jurista presentó un segundo escrito, la Ley 5 de febrero de 1917, por el que los tribunales deberían estar formados por un Juez de Primera Instancia y un Secretario. Aunque la idea tuvo buena acogida, la creación de la comentada sociedad tutelar en Bilbao, en 1916, al poder competir en la creación de nuevos Jueces, provocó que quedara sin contenido la iniciativa.<sup>98</sup>

En definitiva, resultó posible, después de muchas disputas entre los juristas, una norma de reeducación social: la aprobación de la Ley de Bases, de 2 de agosto de 1918, también llamada “*Ley Montero Ríos*”, que con posterioridad desarrollará su articulado en un Decreto Ley el 25 de noviembre del mismo año y un Reglamento provisional sobre Organizaciones y Atribuciones de los Tribunales para Niños, de 10 julio de 1919, y cuya aprobación será definitiva el 9 de abril de 1922. Por último, solamente señalar que esta norma de 1918 tuvo su inspiración en la Ley Belga, el 12 de mayo, de 1912.<sup>99</sup>

### *C) Las características más importantes de la norma*

#### **a) Competencia**

“*La Ley Montero Ríos*” introducía, en su texto normativo, las atribuciones de los Tribunales Tutelares como concededores, en primera instancia, de las infracciones penales que cometían los adolescentes, conforme se establecía en el Código Penal de 1870. Respecto a los inimputables, los órganos judiciales determinaban las entregas a sus familiares para que realizasen labores de vigilancia, y educación. En caso contrario, se internaban en un establecimiento de beneficencia, de forma temporal, destinado a la enseñanza de huérfanos y desamparados.<sup>100</sup> Asimismo, estos Juzgados que poseían jurisdicción en todo el territorio español, en lo concerniente a los hechos realizados por los menores y en relación con la seguridad de los infantes de forma directa o indirecta, también

---

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ PÉREZ, J. P., *La justicia de menores en España análisis histórico jurídico*, cit., pg. 432.

<sup>99</sup> PALACIOS SÁNCHEZ, J., *Menores Marginados. Perspectiva histórica de su educación e integración social*, cit., pg. 180. “*La Ley autorizó al Gobierno para publicar una Ley de Bases sobre la organización y atribuciones de los Tribunales de los niños, publicada en la Gaceta el 15 de agosto de 1918. Su articulado se publicó, también en la Gaceta, el 27 de noviembre del mismo año. Denominada Ley Montero Ríos se coincidió y aprobó con la finalidad de excluir a los menores del derecho penal común y, al mismo tiempo, crear para ellos una jurisdicción especial. Consecuencia de ella serán, entre otras, la constitución de las Sociedades tutelares y la creación de reformatorios*”.

<sup>100</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., Y GUIJARRO GRANADOS, T., *Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España* pg. 127, <http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/viewFile/15820/15679>

intervenían en lo referente a los fines para su integración social respecto a la educación.<sup>101</sup>

Para cometer su labor de custodia y protección de los menores, estos órganos judiciales tutelares no solamente intervenían en aquellas acciones delictivas cometidas por los infantes y adolescentes, sino que exigían, además, la responsabilidad de los progenitores en el cumplimiento de sus obligaciones. La desatención de los compromisos por parte de los padres biológicos ya se atendía en el proyecto legislativo de 1915, al ampliar la competencia a la responsabilidad civil de los progenitores respecto a la desescolarización, trabajo inadecuado, mendicidad de sus hijos e hijas.<sup>102</sup> A su vez, en la iniciativa normativa de 1917, se hacía referencia, por primera vez, a la capacidad de los jueces de suspender la patria potestad, tomando como referencia el (art. 171 CC. 1889).<sup>103</sup>

Asimismo, este incumplimiento de los progenitores en sus deberes con los infantes permitió una mayor intromisión del Estado en los asuntos de los menores a través de los órganos judiciales, los cuales intervenían de este modo en la esfera privativa doméstica. Pero las circunstancias hostiles en las que se encontraban, en muchas intervenciones, los jueces, hacían imposible cumplir con su propósito de reeducación y corrección de los menores, debido, en cierta manera, a la revolución industrial en las ciudades, el hacinamiento de las viviendas, las condiciones de insalubridad y enfermedades, la mano de obra barata que permitía considerar a los menores un bien económico en las familias obreras donde no se podía prescindir del trabajo ni del salario de los mismos. Estas situaciones aumentaban el abandono de los niños y niñas que deambulaban por las calles dedicándose al pillaje y a la delincuencia.

Ante estas circunstancias, los Tribunales Tutelares necesitaban medidas más contundentes para solucionar el problema de los abusos de la patria potestad, la

---

<sup>101</sup> Conforme el artículo 3 L/1918, “*la competencia se extenderá a conocer de los delitos y faltas cometidos por los menores de quince años. La suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación*”.

<sup>102</sup> Según el artículo 603 Cp/1870, “*serán castigados con la pena de cinco a quince días de arresto y represión: los padres de familia que abandonaren sus hijos, no procurándoles la educación que requiere su clase y sus facultades permitan, los tutores, curadores o encargados de un menor de quince años que desobedeciesen los preceptos sobre instrucción primaria obligatoria, o abandonaren el cuidado de su persona, los hijos de familia que faltasen al respecto y sumisión debidos a sus padres, los pupilos que cometiesen igual falta hacia sus tutores, los que, encontrando un menor de siete años con peligro de su existencia, no lo presentaren a la autoridad o a su familia, los que en la exposición de niños quebrantasen las reglas o costumbres establecidas en la localidad respetiva y los que dejaren de llevar al asilo de expósitos, o a lugar seguro, a cualquier niño encontraren abandonado*”.

<sup>103</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., Y GUIJARRO GRANADOS, T., *Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España*, cit., pg. 131.

mendicidad y el vagabundeo en las calles. No solo bastaba con la Ley de Bases “sobre organizaciones y atribuciones de los Tribunales de los Niños”, de 1918, en relación con el Código Penal, de 1870. Además debía auxiliarse de una norma especial que regulase las conductas propias de los progenitores y menores, como fue la norma de vagabundos y maleantes, de 1903.<sup>104</sup>

Sin embargo, las competencias de los jueces tutelados, que hasta este momento eran ilimitadas en relación a los comportamientos de los infantes, deja de serlo al promulgar y sancionar el monarca Alfonso XIII un Reglamento, el 9 de abril de 1922, en relación a la aplicación de la Ley “sobre organización y atribuciones de los Tribunales para Niños”. En este texto normativo se establecía que las responsabilidades civiles, como consecuencia de hechos delictivos realizados por menores, debían ser conocidas por parte de estos tribunales, pues solo los Juzgados del orden civil que correspondan serían competentes dependiendo de la cantidad que se reclame, (art. 26 R/1922).

### ***b) Organización y atribuciones***

Los Tribunales para los Niños, como se ha señalado, no solamente se crearon en todas las capitales de provincia, sino también en aquellas cabezas de partido donde existían establecimientos consagrados a la asistencia y educación de la infancia abandonada y la delincuencia. En cuanto a su organización, estaban constituidos por un Juez, dos vocales y un Secretario, (art. 1 LB/1918).<sup>105</sup>

En las poblaciones donde existía más de un juez, solo uno de ellos será el encargado de esta jurisdicción como Presidente unipersonal. Normalmente era el más antiguo en el cargo, con la denominación de juez de niños y en los casos de ausencia, enfermedad o cualquier otra circunstancia legítima, podía ser remplazado por otro funcionario no perteneciente a la carrera judicial, conforme se establecía en la Ley Orgánica del Poder judicial, de 1985, (art. 1.3 LB/1918).

---

<sup>104</sup> SANTOS SACRISTÁN, M., “Una aproximación a la Ley de mendicidad 1903,” *revista de la inquisición (intolerancia y recursos humanos)* núm.16, ed. Universidad Rey Juan Carlos I Madrid, 2012, pg. 230.

<sup>105</sup> MONTERO PEDRERA, A. M<sup>a</sup>, “El Tribunal Tutelar de Sevilla, una alternativa para los menores delincuentes a principios del Siglo XX,” *revista interuniversitaria* núm.33, ed., Universidad de Salamanca, 2014, pg. 265. “*Implantar los nuevos Tribunales Tutelares de Menores por toda la geografía española era una empresa difícil, ya que, según la Ley, para crear un tribunal era condición previa la existencia de una red de establecimientos benéficos y reeducadores en la provincia, que se convirtieran en instituciones auxiliares, permitiéndose así el cumplimiento de los acuerdos y medidas dictados por el tribunal. La mayoría de los Tribunales no podía ofrecer una infraestructura adecuada para cumplir sus funciones, por lo que la expansión de los Tribunales Tutelares de Menores, como se sabe, fue lenta*”.

El Reglamento para la aplicación de la Ley “*sobre organización y atribuciones de los Tribunales de los Niños*”, de 1922, establecía que, ante los supuestos de que el órgano judicial careciera, en algún momento, de Juez o sustituto para hacerse cargo de la Presidencia, esta sería asumida, de forma temporal, por un vocal que debería reunir una serie de requisitos, (art. 5 R/1922).

El tribunal, a su vez, también estaba formado por dos vocales titulares designados por la Junta Provincial de Protección a la Infancia, así como por dos vocales suplentes, los cuales, en caso de ausencia de los titulares, sustituirían a los mismos, atendiendo siempre a su orden de antigüedad en el juzgado, (art. 7 R/1922).

Los oficios de Presidente del Tribunal de Menores, así como de los dos vocales titulares y suplentes son irrenunciables, salvo por motivos de legítima excusa. En este caso, será el Consejo Superior de la Infancia, el órgano que podrá decretar la separación del cargo a los miembros del juzgado (art. 10 R/1922).

Por último, el Secretario del Juzgado que “*hará funciones de auxiliar en el Tribunal*” (art. 1 R/1922), será designado por el Presidente de la Audiencia Provincial. La sustitución del mismo será por el propio Secretario, con la aprobación del Presidente, (art. 13 R/1922).

### ***c) Funciones***

Se seguirá un proceso verbal para sustanciar el juicio, y el Tribunal de los Niños destacará la posibilidad de averiguar si el menor es autor o no de la infracción legal que se le imputa. Asimismo, no está sometido a la LECrim ni a los preceptos del Cp, sino que actúa de un modo sencillo y paternal. El juez también tendrá la facultad de reprenderlos públicamente, establecer la libertad vigilada, privación de libertad a los menores dedicados a la vagancia, determinar el cuidado por otra persona o por una sociedad tutelar, e ingresarlo en un establecimiento benéfico de carácter particular, o del Estado, para su atención y educación. La suspensión durará un tiempo determinado, aunque esta permanencia puede cesar o hacerse prorrogable siempre que lo determine el tribunal competente. Bajo ningún concepto el infante podrá ser ingresado en un centro penitenciario.<sup>106</sup>

En los supuestos de abandono familiar, el Juzgado castigará a los padres, tutores o guardadores que maltratasen a sus hijos e hijas ó pupilos, infrinjan malos tratos o les dieran consejos que llevaran implícitas actuaciones delictivas, (art. 27

---

<sup>106</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ V., Y GUIJARRO GRANADOS T., *Apuntes para una historia...*, cit., pg. 132.

R/1922). También perseguirá aquellos casos en los que los niños y niñas sean vejados por sus responsables u obligados a mendigar.<sup>107</sup>

En síntesis, podemos decir que la primera norma que reguló los Tribunales Tutelares de niños fue una Ley tardía, en parte por la inestabilidad política en el poder y la existencia de varios proyectos que no encontraban cabida en algunos juristas como, Ybarra, Cuello Calón, Montero Ríos etc.<sup>108</sup> El texto normativo poseía como premisa, evitar que los infantes estuviesen en las calles, tutelando a los menores que se dedicasen a mendigar, vagabundear o al pillaje; o ingresarlos en un establecimiento benéfico en virtud de la infracción penal cometida. Con estas medidas, evitaba las cárceles para adultos. Por último, debían sancionar a los progenitores que no cumpliesen con sus obligaciones, castigándolos incluso con la pérdida de la patria potestad.

Sin embargo, la Ley que regulaba los Tribunales Tutelares de Niños, seguía la línea del discernimiento, en tanto en cuanto a las infracciones penales cometidas por los menores. Al carecer de un procedimiento legal, el órgano judicial podía, en virtud de los hechos, determinar discrecionalmente si el infante era tutelado o ingresaba en un establecimiento de beneficencia. El texto normativo “*sobre organización y atribuciones de los Tribunales de Niños*” de 1918, fue regulado con el Reglamento, el 6 de abril de 1922, sobre todo lo relativo a su competencia, organización, atribuciones y funciones como órgano judicial. Estas dos normas permitieron impulsar la primera reforma de las instituciones judiciales con el Decreto-Ley, el 15 julio de 1925.

### **III. PRIMERA REFORMA DE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES (1925 – 1929)**

La agitación obrera de 1918, la demanda de mejoras salariales y la búsqueda del bienestar social desencadenan una respuesta violenta por parte de la masa

---

<sup>107</sup> Conforme el artículo 1 y ss., L/1903. “*Art.1. Los padres, tutores o guardadores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años que estén a su cargo fuesen detenidos por hallarse mendigando, vagado o pernoctando en algún lugar público. Art.2. Que entreguen sus hijos o pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar o por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad. Art.3. Si la entrega fuese mediante precio, recompensa ó promesa de pago se les castigara con la pena de arresto mayor. Art.4 “Cuando los padres o tutores sean castigados por tercera vez con arreglo a los artículos 1º y 2º, o dos veces con sujeción del art.3º, ó por virtud de aquellos y éste, la condena llevará consigo la suspensión del derecho a los padres ó tutores a la guardia y educación de los menores, el ingreso de estos en un Establecimiento de Beneficencia, donde serán guardados y educados. La suspensión durará dos años previo informe del Jefe del Establecimiento y con audiencia del Ministerio Fiscal”.*”

<sup>108</sup> Los juristas importantes en el movimiento tutelar de los menores abandonados.

obrera, exigiendo acuerdos laborales justos. Por el contrario, los patronos desoyen las peticiones de mejoras de la clase trabajadora, tomando como medida intimidatoria la imposición de más horas de trabajo a cambio de menos sueldo.<sup>109</sup> Estas circunstancias laborales que rodean a España hacen que el país esté sumido en un caos. El gobierno liberal de Manuel García Prieto se muestra impotente para solventar las revueltas de los trabajadores en las calles. En 1923, las situaciones reivindicadoras de los jornaleros desatarán consecuencias importantes políticas, un cambio de poder en manos de José Antonio Primo de Rivera.<sup>110</sup>

El nuevo gobierno dictatorial estaba más preocupado por restablecer la situación del país que por atender las necesidades de los menores abandonados. Pero un aumento de la beneficencia a finales de la etapa del directorio militar (1923-1925) impulsa que se inicien las primeras modificaciones en los preceptos de la primitiva Ley, de 25 de noviembre de 1918, sustituyendo el adjetivo de Tribunales “*especiales*” por el de “*tutelares*”,<sup>111</sup> con lo que sin duda dejaba claro al legislador la función protectora que debían ejercer los jueces sobre las personas de los menores.<sup>112</sup>

El cambio de adjetivo en el nombre del órgano judicial no fue la única renovación que introdujo el legislador. La Ley de 1918, disponía, como comentamos en el apartado anterior, de un tribunal que estaba presidido por un Juez de Primera Instancia. Con la reforma del Real Decreto, de 15 de julio, “*sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para Niños*”, de 1925, fueron suprimidos los Presidentes de la jurisdicción ordinaria, siendo sustituidos por otros de vocación social que no necesariamente debían pertenecer a la judicatura, ni siquiera los vocales, (art. 1 párr.3 DL/1925). Se les exigía ser licenciados en Derecho, siendo designados por el Ministerio de Gracia y de Justicia, a propuesta del Consejo Superior de Protección a la Infancia, aunque los secretarios, cualificados como letrados, sí eran designados por el Departamento Ministerial, (art. 2 DL/1925). La finalidad era la de proporcionar el adecuado apoyo protector o educativo al menor en situación de abandono. Esta forma de

---

<sup>109</sup> SANTOS SACRISTÁN, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)* cit., pg. 9.

<sup>110</sup> GOBIERNOS DE ESPAÑA (1930-1931), SCA, *Reinado de Alfonso XIII*, <http://www.historiaelectoral.com/e1900g.html>

<sup>111</sup> En este caso, según el artículo 1 DL/1925, “*en toda las capitales de provincia que cuenten con establecimientos especiales consagrados a la corrección y protección de la infancia se organizara un Tribunal Tutelar para niños*”.

<sup>112</sup> DE YBARRA Y DE LA REVILLA, G. M<sup>a</sup>. *El primer Tribunal*, cit., pg. 274.

actuar por parte de los jueces no daba una sensación de condena, ya que en realidad no existía.<sup>113</sup>

Con posterioridad, dos nuevas modificaciones se introdujeron en el texto normativo, de 1918. En cuanto a la competencia objetiva, se modificó el artículo 3 de la misma para establecer la mayoría de edad penal a los quince años. Dado que el Código Penal de 1870 seguía vigente, el órgano judicial seguía atendiendo a las circunstancias personales de los inimputables, como la entrega a sus familiares para su vigilancia y educación, su internamiento por tiempo determinado en un establecimiento benéfico, elevando la mayoría de edad penal a dieciséis años.<sup>114</sup> Esta reforma se introdujo en el texto normativo, de 1925.<sup>115</sup> Los resultados de las medidas estaban supeditadas a la desaparición o no de las causas que lo motivaron, (art. 28 DL/1925).

Una vez consolidadas las nuevas reformas legislativas, el Consejo Superior de Protección a la Infancia buscó afianzar, en la nueva norma de 1925, los criterios de intervención en la protección de los menores en las figuras de la Presidencia y Secretarios, en el ejercicio de sus funciones, en los llamados Tribunales Tutelares de los Niños. Este organismo tenía como objetivo dar vida a instituciones benéfico-sociales, cooperando con la gran cantidad de juzgados, a través de sus instituciones auxiliares en todo el territorio nacional, velando por el perfeccionamiento de los mismos.<sup>116</sup>

Para conseguir que el proyecto tutelar de los tribunales diera sus frutos, no bastaba solamente que los cambios legislativos se aplicaran, sino que fue necesario

---

<sup>113</sup> PALACIO LIS I. Y RUIZ RODRIGO. C., *Asistencia social y educación. Documentos y textos comentados para una Historia de la educación social en España*, ed. Universidad de Valencia, Dpto. Educación Comparada e historia de la educación, Valencia 1996, pg. 114.

<sup>114</sup> Según el artículo 9.3 Cp/1870, “*el mayor de nueve años y menor de quince, .a no ser que haya obrado con discernimiento. El Tribunal haya declarado expresa sobre este punto para imponerle pena o declararle irresponsable*”.

<sup>115</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España*, cit., pg. 171.

<sup>116</sup> INSTITUCION AUXILIARES DEL TRIBUNAL PARA NIÑOS DE VALENCIA., *Colonia de San Vicente. Escuela de Reforma para menores necesitados de corrección y Tutela Social* cit., pg. 12. “*Establecimientos dedicados a la corrección y reforma tutelar de menores, se impone un tratamiento educador, tanto más eficaz cuando más individualizado; más para que esta individualización sea acertada, se hace inexcusable el examen previo y el tratamiento del niño, estudiando en él su funcionalismo fisiológico, sus anomalías, sus perturbaciones o signos degenerativos que presente, su grado de instrucción, sentido moral y estado económico-social, pues es sabido que un solo defecto psíquico o fisiológico, moral o social, puede transformar en maldad al natural candor, en perversión su inocencia, en agresividad su carácter dulce y tranquilo*”.

mayor intervención una involucración mayor de las instituciones auxiliares. El Gobierno de la Nación creó la llamada Comisión Directiva a través del Consejo Superior de Protección de la Infancia, que se encargaba de que funcionara la colaboración con los establecimientos de beneficencia con total normalidad, así como todo lo relacionado a su creación, organización y funcionamiento de los Tribunales Tutelares de los Niños, (art. 7 DL/1925).

De este modo, el Presidente del Tribunal Tutelar de los Niños va a ejercer más funciones de carácter tutorial y de asistencia social, al cooperar de forma más activa con los distintos establecimientos auxiliares en la intervención reeducativa, exploración y estudio del menor. Esta colaboración de los centros de beneficencia con los órganos judiciales rompe, de algún modo, la forma de actuación de los correccionales, que desde el S.XIX solamente se dedicaban a la custodia y vigilancia de los menores abandonados, expósitos y huérfanos que se dedicaban al pillaje y vagabundeo.

Por último, diremos que los Tribunales Tutelares de los Menores llevaban a término sus conclusiones sobre tutela de los infantes, desde el punto de vista del discernimiento, como primera condición de responsabilidad. Esta intervención, por parte de los jueces, se debía a que los Códigos penales, desde 1822 hasta 1928, la incluyeron en sus textos, más de un siglo, aunque las revisiones efectuadas en la nueva norma penal de 1928 sobre esta materia obligaron a modificar el Real Decreto, el 15 de julio de 1925, desembocando en la segunda corrección de los organismos judiciales tutelares.

#### **IV. SEGUNDA REFORMA DE LOS TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES (1929 - 1936)**

La gran depresión de Wall Street, de 1929, afectó a toda Europa. La crisis bursátil americana trajo consigo consecuencias económicas importantes al incrementar el desempleo y, como resultado del mismo, el descontento social con movimientos huelguistas. España no fue ajena a estas revueltas reivindicativas de los obreros que afectaban históricamente a la segunda etapa de Primo de Rivera, (1925-1930). El monarca Alfonso XIII, ante la situación que sufre el país, retira su colaboración al dictador, al renunciar al trono, en 1930. Esta falta de apoyo por parte de la realeza, unida a la situación económica que estaba sufriendo la nación, aumenta la oposición a la dictadura.<sup>117</sup>

Para evitar las situaciones de delincuencia que se estaban originando antes de las agitaciones de los trabajadores, el régimen dictatorial publicó, para dar

---

<sup>117</sup> ALFONSO, XIII., La crisis de la restauración 1902-1931, SCA, *La dictadura de Primo de Rivera* <http://www.historiasiglo20.org/HE/12b-1.htm>.

cobertura a los problemas que se estaban planteando, la aprobación de un nuevo Código Penal, de 1928, que no será de aplicación hasta el uno de enero de 1929. Esta norma va a influir de forma inmediata en las circunstancias del momento y, a su vez, afectará a una nueva reforma de la Ley de Tribunales Tutelares de los Niños, de 1925, que se encontraba anclada en las expresiones del derogado Código Penal de 1870.

Con la aprobación del Decreto-Ley, el 3 de febrero de 1929<sup>118</sup> el nuevo texto normativo supone continuar con el discernimiento y la implantación de los distintos establecimientos auxiliares que deben seguir cooperando en el tratamiento e integración del menor. El reglamento los clasifica en técnicos y de mera guarda y educación, (art. 125 DL/1929).

### **1. DECRETO LEY 3 DE FEBRERO DE 1929**

La norma fue aprobada tras una rápida elaboración para evitar los actos vandálicos que se estaban produciendo bajo la dictadura, teniendo como primera referencia la colaboración existente entre las distintas variedades de instituciones benéficas que estaban unidas bajo la implantación de las llamadas Casas de Observación. Esta correlación entre esta institución y los jueces permitió a los órganos judiciales un tratamiento reeducativo más directo con los establecimientos auxiliares para su exploración y estudio de los niños y niñas. Los jueces, que tenían a estos menores bajo su tutela protectora, dictaban las disposiciones pertinentes para evitar que los directores de dichos establecimientos hicieran entrega de los expósitos a familias necesitadas de hijos e hijas, sin el previo acuerdo o el favorable informe del Tribunal Tutelar de Menores. Este organismo judicial también ofrecía asistencia cuando se trataba de menores necesitados, que por ser huérfanos, sin familia y no habiendo sido asilados en ningún establecimiento, carecían de personas que legalmente pudieran concederles cobijo, (art. 126 DL/1929).<sup>119</sup>

El Decreto de 1929, establecía, como obligación, que la actuación con los infantes era una competencia del órgano judicial de menores, y que por naturaleza de su institución son los llamados a desempeñar esta clase de funciones tuteladas. Por tanto, los jueces, al adquirir conocimiento de que en el territorio de su jurisdicción se encontraba un menor en estado de abandono, procedían a la apertura del expediente, asumiendo la tutela y adoptando las medidas necesarias para la guarda del menor, (art. 13 DL/1929).

---

<sup>118</sup> Decreto-Ley 3 de febrero de 1929. sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para Niños. *Exposición de Motivos* (GACETA de Madrid núm. 37 de 6 febrero).

<sup>119</sup> TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES y su provincia. *Memoria de su actuación de los años 1928-1930*, S.E. imprenta colonia de San Vicente Burjasot Valencia, 1931, pg. 26.

La nueva norma introdujo como novedad, la regulación de la organización de los Tribunales Tutelares de Menores en las capitales de provincia que contasen con establecimientos especiales consagrados a la corrección y protección de la infancia y de la adolescencia. Estos tribunales estaban compuestos por un Presidente y un vicepresidente, dos vocales propietarios y dos suplentes mayores de veinticinco años, (art. 1 DL/1929).

Los nuevos órganos judiciales bien que paulatinamente van a ir transformándose en los Tribunales Tutelares de Menores, tienen como objetivo que los Jueces ejerzan la protección, el amparo, ayuda y defensa de todo aquello que signifique un peligro para la educación, abandono o corrupción del menor, para que se adapte a la sociedad del momento, evitando de esta forma el inicio de su desviación. Para conseguir estos fines, el órgano judicial intervendrá desde el discernimiento (art.6 párr.2 DL/1929), haciendo una valoración subjetiva de la infracción penal cometida por el menor y decretando su privación de libertad en los establecimientos de beneficencia.<sup>120</sup>

La tutela de los Tribunales de Menores se caracteriza por ser una actuación eminentemente paternal y educadora por parte del juez, respecto a la persona de sus tutelados. A tal efecto, debía distinguirse, entre los que llevaban a cabo actos delictivos y todavía más, los móviles que les impulsaron a ello; o bien, las causas del abandono de los menores, apreciando su situación y determinando en cada caso la forma en que deban todos ellos ser atendidos, (art. 9.c párr.2 L/1929).

Las dificultades que se encontraron los Tribunales Tutelares de Menores para llevar a cabo su intervención reeducadora en esta segunda reforma era, precisamente, ejercer las funciones de tutela sobre los menores que se encontraban en situación de desatención en el seno familiar. La vigilancia de los Jueces iba encaminada al control de los padres biológicos que maltrataban a los niños y niñas tratándolos con excesiva dureza cuando no cumplían sus mandatos. Los menores que eran desobedientes eran abandonados a su suerte por los progenitores, incitándolos en muchos casos a delinquir, dándoles órdenes, consejos o los inducían en actividades corruptoras como la prostitución.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> GOMEZ MESA, A., *Los Tribunales Tutelares de Menores en España*, ed., Reus S.A. Madrid, 1934. pg. 21. “*Los Tribunales Tutelares de Menores se implantaron por y para atender y resolver el problema que ofrecía la delincuencia precoz o infantil, si bien posteriormente, además, sus atribuciones, su misión, lógica y naturalmente, se han ampliado sobre el menor abandonado*”.

<sup>121</sup> Según el artículo 9.3 DL/1929, “*en los casos previstos en el Código Civil por malos tratos, ordenes, consejos o ejemplos corruptores a menores de dieciséis años. En los consignados en los números 5 y 6 del artículo 578 del Código penal y el artículo 4 de la Ley de 23 de julio de 1903*”.

Los jueces, no solo intervenían en las infracciones penales de los menores en situación de abandono, sino que también castigaban a los progenitores, cuando sus acciones vinieran derivadas de actos delictivos (Tít. XV. Cap. I, II, III, IV Cp. 1928). Aunque la intervención de los Tribunales Tutelares de Menores, respecto de los padres biológicos, consistía en aplicar la norma de carácter penal, también abarcaban aspectos de carácter civil. Incluso podían suspender el derecho de los padres biológicos y tutores a la guarda y educación de los menores. (Art.843 Cp/1928).

Podemos decir que esta desconfianza ante los progenitores permitía a los Tribunales Tutelares de Menores llevar a efecto una acción protectora que, siendo leve, posibilitaba que los menores se quedaran en situación de vigilancia con los padres biológicos. Pero cuando era grave, se suspendía la guarda y educación de los hijos e hijas y los internaban en establecimientos, casas de expósito, casas cunas o en situación de prohijamiento. Estos órganos tutelados también confiaban la custodia de los menores a una familia, quedando fuera de la potestad del padre. Asimismo, las personas que recibían a un menor en el seno del hogar debían de considerarlo como miembro de la misma, dando el mismo trato que a los propios hijos e hijas, ejerciendo la vigilancia oportuna, logrando de esta manera los beneficios de educación, caridad y social que el menor necesitaba, (art. 17.3 DL/1929).

La vigilancia de las conductas sobre los padres biológicos se realizaba cuando el Tribunal Tutelar de Menores, después de tramitar el oportuno expediente de protección del menor, estimaba que era deficiente la conducta de los padres biológicos, tutores o guardadores, para con el mismo, o esta deficiencia era de tal gravedad que se le podría suspender el derecho a la guarda y educación del menor. Además de limitar los derechos a los padres o tutores, el órgano judicial podía también imponer la libertad vigilada al infante, (art. 13 DL/1929).

Estas medidas eran necesarias para ver si los padres biológicos rectificaban su conducta y no se llegaba a una situación de adopción. Por lo tanto, estamos ante unas circunstancias de vigilancia previa a la suspensión del derecho a la guarda y educación. Hay otros casos en los que por motivos íntimos como menores no deseados, familias numerosas, condiciones económicas, entre otras causas, los progenitores no cumplían con sus obligaciones y deberes con sus hijos e hijas, siendo ingresados en centros, establecimientos adecuados o confinados a la custodia de familias. Pues bien, estos padres o tutores, transcurrido un tiempo prudencial, si habían rectificado en sus compromisos con los menores, mejorado

su conducta o su situación personal, podían recuperar la guardia y educación de sus menores, (art. 22 DL/1929).<sup>122</sup>

Contra estas acciones por parte del órgano judicial, se podrá formular recurso, por parte de los interesados, ante un Tribunal de Apelación, sobre todos los antecedentes que hubieran servido de base al informe redactado por el Juzgado que fuera conocedor de los hechos de los menores. Los acuerdos de los Tribunales Tutelados de Menores, dictados para proteger a los infantes que tuvieran el carácter de apelables (art. 22 párr.2 DL/1929), pueden ser modificados y corregidos ya que no revisten carácter definitivo, con el fin de proteger al adolescente de dieciséis años, (art. 23 DL/1929).

La Publicación de un Código Penal en 1928, hizo necesaria la inmediata adaptación de la Ley de Tribunales para niños al nuevo Cuerpo legal. Las antiguas normas sobre menores han quedado obsoletas al perder su finalidad jurídica y ello implica la existencia de una nueva norma que se ajuste a las nuevas exigencias legales. Se pasó de unas funciones reformadoras y proteccionistas, a otras que comprendían situaciones de tutela y educativas, evitando situaciones de mendicidad, vagabundeo, prostitución etc., la norma penal de 1928, consideraba que la minoría de edad penal, como causa de exclusión de responsabilidad, tan solo era aplicable si no hubiesen obrado con discernimiento. Era necesaria de nuevo la investigación de este anticuado sistema que seguía en vigor desde 1918. Aunque no fue hasta 1932, cuando dejó de aplicarse por parte de los Tribunales Tutelares de Menores.<sup>123</sup>

Estos organismos jurídicos de menores se crearon en todas las capitales de provincia donde existían establecimientos de protección y corrección de la infancia y adolescencia. Sin embargo, se produjo una importante discriminación jurídica con los mayores de nueve años y menores de dieciséis, residentes en alguna provincia fuera del alcance jurisdiccional de los Tribunales Tutelares de Menores, ya que, en estos casos, los jóvenes infractores no eran confiados a la jurisdicción especial, siendo juzgados por Tribunales de adultos, (art. 855 2c Cp/1928).

---

<sup>122</sup> VILLAMAZARES VIVES, F., *Manual del Delegado del Tribunal Tutelar de Menores*, ed. Escuela de Reformas, Burjasot, 1934, pgs. 62-63.

<sup>123</sup> Conforme el artículo 855 Cp/1928 “*en las capitales del Reino en que no existían aún tribunales tutelares de niños y mientras estos organismos no se establezcan en ellas, se aplicaran las siguientes reglas: a) Están exentos de responsabilidad: 1º. Los menores de nueve años cuando estos ejecutaran un hecho calificado de delito o falta, serán entregados a su familia con encargo de vigilarlos y educarlos. 2º. Los mayores de nueve años y menores de dieciséis a no ser que hayan obrado con discernimiento. El tribunal sentenciador hará declaración expresa sobre este punto para imponer las penas o declararles irresponsables*”.

Asimismo, la existencia de varios órganos judiciales en el territorio español dio la idea, por primera vez, de dar vida a una asociación de Tribunales Tutelares de Menores que interviniera de forma más proteccionista y ampliara sus competencias en el enjuiciamiento de mayores. Se configuró el Real Decreto el 20 de mayo de 1930, firmado por Alfonso XIII, aprobado y promulgado en España, La Unión Nacional de Tribunales Tutelados de Menores, con doce artículos, regirá su propio Estatuto.<sup>124</sup>

Al final de la dictadura y comienzo de la Segunda República, en 1931, se modificó considerablemente la justicia juvenil. Por un lado, se abandona definitivamente el criterio del discernimiento, respecto a las provincias en las que se habían instaurado los Tribunales Tutelares de Menores; y por otro lado se eleva, con carácter general, la edad penal a dieciséis años. Los menores de esta edad estarán sometidos, sin exclusión alguna, a la jurisdicción especial de los órganos judiciales.

## **2. LA REFORMA LEGISLATIVA EN LA II REPÚBLICA ESPAÑOLA**

Los resultados electorales, del 12 de abril de 1931, provocaron un cambio político en España. La Restauración había llegado a su límite y por primera vez el gobierno había sido derrotado en unas elecciones.<sup>125</sup> Una nueva reforma legislativa se estaba fraguando, como consecuencia de la Segunda República, y esta no aprobaba las normas del antiguo régimen. Una vez proclamada, el Presidente, D. Niceto Alcalá Zamora y Torres, dicta un Decreto el 15 de abril de 1931, donde dejó sin efecto el Código penal, de 1928, (art. 1 D/1931).

Por otro lado, se ordenaba la revisión de la obra legislativa de la Dictadura, en la que iba incluida la Ley de 3 de febrero, “*sobre organización de los Tribunales Tutelares de Menores de 1929 y su Reglamento*” con las derogaciones y modificaciones. Efectuada la revisión, se promulgó un Decreto, el 16 junio de 1931, derogando el Real Decreto, el 20 de mayo de 1930, “*sobre constitución de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores*”. Con posterioridad, se reorganizará esta institución mediante la Orden de 2 marzo de 1939, reanudando las actividades en cuestiones relativas a su competencia y a los servicios de sus instituciones auxiliares.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> RD.16 mayo 1930, exposición de motivos., “*En el último Congreso Internacional de Protección a la infancia en París se planteó la creación de la Unión Internacional de Jueces de Niños.*”(GACETA de Madrid núm.140 de 20 mayo).

<sup>125</sup> La II República española (1931-1939)., SCA, <http://www.historiasiglo20.org/HE/13.htm>

<sup>126</sup> LASSO, GAITE., *Crónica de la Codificación española 2 Procedimiento Civil*, imprime Imprenta Nacional del Boletín del Estado, Madrid, 1998, pg. 240.

Esta nueva revisión normativa permite al nuevo comité político poner en vigencia el texto penal de 1870, reformado con arreglo a las bases establecidas en la Ley de 8 de septiembre de 1932. En este Código los menores de dieciséis años quedarán exentos de responsabilidad criminal, y a los adolescentes de dieciocho años se les atenuará la pena, siendo la jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores quien los juzgue. En las provincias donde no exista el citado órgano judicial, un juez instructor aplicará la Ley de 1932. Y en caso de considerarse necesario se internará al menor en algún establecimiento destinado a la juventud (art. 8.2 Cp/1932).

El nuevo Código penal, de 1932, se complementó con el texto normativo de “*la Ley de Estados peligrosos y medidas de seguridad*”, de 1933, que preveía, para determinados casos de infracciones ilegales que se escapaban al control del Gobierno español, la adopción de medidas de seguridad para menores, (art. 1 L/1933).<sup>127</sup>

El Gobierno español, cuando lo estimó procedente y atendiendo a las circunstancias económicas del momento, sustituyó el Tribunal colegiado y gratuito que se dedicaba a la vigilancia, custodia y reeducación, por la figura del juez unipersonal especializado y retribuido dedicado a la corrección, protección de la infancia y de la adolescencia.<sup>128</sup> El primer atisbo de este cambio puede observarse en la Ley de 22 de agosto de 1932, junto a un Decreto del mismo año, que va a permitir organizar el nuevo funcionamiento del Tribunal Tutelar de Menores, que comenzará su andadura en Madrid.

Después de una experiencia de cuatro años y realizada la comprobación correspondiente, el Gobierno constituido por la Segunda República, a través del Consejo Superior de Protección de Menores, consolidó, a su criterio, el buen funcionamiento y organización del Tribunal Tutelar de Menores en Madrid que, con posterioridad, fue extensible a las ciudades de mayor población,<sup>129</sup> que contaban

---

<sup>127</sup> HEREDIA URZÁIZ, I., *Control y exclusión social: La Ley de vagos y maleantes en el primer franquismo*. <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/28/93/08heredia.pdf>. pg. 109. “*A mediados de 1933 existían acciones como pequeños hurtos o la mendicidad que en principio no eran consideradas como delitos sino como faltas y, por lo tanto, estaban castigadas con multas económicas o la reclusión durante varios días del infractor. Sin embargo, debido a la agudización de la crisis económica durante los primeros años de la II República, las pequeñas infracciones y acciones ilegales se extendieron entre los sectores sociales más humildes, y a la vez, con el fin de controlar a un sector social que escapaba del control del Estado, el gobierno republicano-socialista aprobó la Ley de Vagos y Maleantes*”.

<sup>128</sup> DE AQUINO GARCIA Y GARCIA, .T., *Comentarios a la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores*, edit. Universidad de Valencia, Madrid, 1943, pg. 51.

<sup>129</sup> Decreto de la Presidencia de Ministros. 4 de enero 1937. Art. 1 “*Los preceptos de la Ley de veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y dos y los del Decreto de dos de diciembre del*

con organismos judiciales especiales.<sup>130</sup> Algunos autores en cambio, consideraban que el cambio había sido un fracaso, al no prosperar en el resto de la Península, quedando reducida la idea de un juez unipersonal en la capital de la República, (art. 1 D/1932).<sup>131</sup>

En Síntesis, la competencia tras la reforma de los órganos judiciales se centraba, por razón de la materia, en la corrección o reforma de menores o en su protección o tutela. La primera trataba de la facultad del Tribunal Tutelar de Menores para entender todos los hechos punibles realizados por los menores de diez y de seis años. Su actuación, en estos casos, era educativa y tutelar y tenía como finalidad la reinserción social del menor. La segunda reforma de la Ley tutelar consistía en colaborar con los órganos judiciales de menores, para seguir la labor reeducativa, exploración, estudio y tutelar de la primera reforma.

El órgano judicial castigaba penalmente aquellas conductas de los progenitores, tutores o guardadores, de incumplimiento de sus obligaciones con los menores, abandono de sus hijos e hijas o pupilos, trato con dureza excesiva, órdenes, consejos o ejemplos corruptores. Los Jueces adoptaban, ante estas situaciones, resoluciones oportunas para proteger al menor del ambiente pernicioso que les rodeaba, protegiéndolos con acciones preventivas.<sup>132</sup>

Con posterioridad a estas dos reformas, la Guerra Civil española y el nuevo llevó consigo un nuevo régimen de gobierno dictatorial que supuso la derogación de parte de los preceptos fruto de las reformas legales realizadas en la Segunda República, adaptando la organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares de Menores a las necesidades de resolver las cuestiones de los niños y niñas abandonados como consecuencia de la contienda nacional. Al Consejo Superior de

---

*mismo año, que reorganizaron el Tribunal Tutelar de Menores de Madrid serán aplicables a todos los Tribunales Tutelares de España, que se constituyan a base de juez único letrado.”(GACETA de la Republica núm.133 de 13 mayo).*

<sup>130</sup> TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES DE VALENCIA., *Diez meses de actuación del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia y su provincia. (Agosto 1936.Mayo 1937)*, SCA, S.E. Imprime la escuela de reformas (Burjasot) Valencia, deposito Universidad de Valencia, 2004, pg. 67. *”Expedientes incoados. Varones 211. Hembras 49. Clasificados por secciones. Faltas 163. Delitos.12. Proteccion.60. Enjuiciamiento mayores.25”*.

<sup>131</sup> REQUENA ABADÍA, P., *Fracaso. El Tribunal Tutelar y el Reformatorio de Menores de Madrid*, edit. Argis, Madrid, 1932, pg. 69. *“Examinada la labor realizada por el Tribunal Tutelar de Menores de Madrid nos encontramos, en resumen, con los siguientes resultados: Que el número de expedientes incoados crece considerablemente de año en año, aumentando también el número de los menores que reinciden. Un gran número de menores que deberían ser enjuiciados y sometidos a tutela no los son, siguen ingresando muchos menores de dieciséis años en la cárcel, algunos de ellos incluso enjuiciados por el citado Tribunal Tutelar. En los acuerdos dictados no reflejan en muchos casos la gravedad de los menores”*.

<sup>132</sup> VILLAMAZARES VIVES, F., *Manual del Delegado del Tribunal Tutelar*, cit., pg. 30.

Protección del Menor, se le ordenó llevar a cabo un anteproyecto de Ley de bases para restaurar el articulado de la Ley y el Reglamento de 1929, siendo necesario para ello el asesoramiento de la Ley, de 13 de diciembre, de 1940 “sobre la Unión Nacional de los Tribunales Tutelares”.<sup>133</sup>

## **V. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL, A PRINCIPIOS DEL S.XX, COMO PARTE DECISIVA EN LA REINSERCIÓN DE LOS MENORES EN LA VIDA SOCIAL**

### **1. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA CONTIENDA CIVIL ESPAÑOLA (1936 - 1939)**

#### *A) Las primeras medidas de protección a los infantes huérfanos de la guerra a través de la normativa*

El gobierno de la Segunda República no pudo detener la espiral de violencia que existía entre una burguesía que pretendía mantener un estatus privilegiado dentro de la sociedad, al enfrentarse a un proletariado revolucionario que pretendía un cambio económico y social. Estas rivalidades, por sus derechos estatutarios, desembocarán en la división del territorio español en dos bandos, al no existir una solución a un ambiente de creciente radicalización entre los diferentes frentes, surgiendo las elecciones generales de 1936, que no satisfarán a una España confrontada. La falta de toma de decisión por la rebelión por parte del gobierno de la República permitirá la sublevación militar del 18 de julio del mismo año, derivando en la Guerra Civil.<sup>134</sup>

La contienda bélica afectó a toda la población y especialmente a los menores, que veían como sus padres se iban a un conflicto armado, quedando desmembrada la unidad familiar.<sup>135</sup> Las cárceles y los fusilamientos dejaban desamparados a unos

---

<sup>133</sup> FERNÁNDEZ BLANCO, F., *Las XXI Primeras Asambleas Generales de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores*, ed. Abulense, Valencia, 2010, pg. 45.”*Nueva intervención importante y específica de los Tribunales Tutelares, a los que una Ley de 4 diciembre de 1941, y en los casos de repatriación de niños y en los abandonados, como medida urgente de preocupación, se suprimen todos los trámites innecesarios y no esenciales de su inscripción en el Registro Civil, siendo suficiente un oficio del Tribunal a este organismo para verificar aquella, y quedando a juicio del Presidente la justificación de la medida*”.

<sup>134</sup> *La guerra civil española (1936-1939)*, SCA. <http://www.historiasiglo20.org/HE/14.htm>.

<sup>135</sup> FERNÁNDEZ SORIA, J. M., “La asistencia a la infancia en la guerra civil. Las colonias escolares,” *revista interuniversitaria* núm.6, ed. Universidad de Salamanca, 1987, pgs. 89-90. “*La guerra hace mella en los niños: la pérdida de sus padres. Aún no se cumple el primer mes del inicio de la contienda y ésta todavía no ha manifestado toda su crudeza, cuando los huérfanos ya ocupan un lugar importante entre las medidas protectoras. A primeros de agosto se crea la Junta de Protección de Huérfanos de los Defensores de la Republica. Un mes más tarde se libra un crédito extraordinario para el funcionamiento de instituciones de este tipo,*

niños y niñas de la guerra que sufrían hambre, falta de higiene, de atención sanitaria, hacinamiento y enfermedades, como unas plagas que azotaban a la población infantil.<sup>136</sup>

Las circunstancias desfavorecidas en que vivía la mayoría de las mujeres, por la pérdida de sus maridos, además de una población envejecida por la falta de hombres, unido al gran número de menores huérfanos abandonados e indefensos favorecerá, después del conflicto bélico, una situación de desamparo que permitirá el aumento de la concienciación social del problema de la protección del menor y proporcionará, al gobierno franquista, convertir las circunstancias de los menores en uno de los mejores instrumentos para dar una “buena imagen” de proteccionismo de cara a la sociedad española.

La primera medida que se adoptó fue la recogida de niños y niñas desvalidos, atendiendo a sus necesidades básicas. Esto implicaba atenderlos ante situaciones graves y definitivas de desasistencia que impedían su reinserción en su núcleo de origen, que normalmente era su familia.<sup>137</sup> Estos hijos e hijas de la calle eran aquellos que, por sus vivencias personales, familiares o sociales, no tenían otro remedio que intentar sobrevivir en el ambiente que conocían, que no era otro que el mundo de la delincuencia.<sup>138</sup>

Asimismo, para dar una solución a la realidad social en la que vivían los niños y niñas abandonados, el gobierno franquista adoptó, como segunda medida, reformar la legislación de los menores, permitiendo de esta manera una intervención más directa, por parte del organismo público, en aquellas situaciones de abandono. El Estado español, con esta participación, ya no quiere dar solamente

---

*y en octubre adquiere forma definitiva la protección de huérfanos de la Republica tras aprobarse su Reglamento”.*

<sup>136</sup> ECHEVERRI DÁVILA, B., “La protección de la infancia: La educación sanitaria de las madres en la posguerra española,” *revista de historia del pensamiento y de los movimientos sociales* núm. 9, ed. Universidad Complutense, Madrid, 2003, pg. 291. “En 1936, en vísperas de estallar la guerra civil, los registros de mortalidad muestran importantes descensos, pero sin embargo la mortalidad infantil española se encontraba todavía muy por encima de los alcanzados en otros países europeos. Era consecuencia en parte de la deficiencia modernización sanitaria más básica, ni los centros de salud, ni las campañas de vacunación llegaban a toda la población infantil. Pero tal vez el mayor obstáculo era la ignorancia sanitaria de la población, sobre todo en los medios rurales”.

<sup>137</sup> ALTED VIGIL, A., *Las consecuencias de la Guerra Civil española en los niños de la Republica: de la dispersión al exilio* ed. UNED, 1996, <http://revistas.uned.es/index.php/ETFV/article/viewFile/5663/5392>, pg.208.

<sup>138</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso en la protección de menores”, *cuaderno de trabajo social* núm.5, ed. Universidad Complutense Madrid, 1992, pg. 92.

una buena imagen de ayuda a los más desvalidos, sino dar un paso decisivo en la reinserción de los infantes en la vida social.<sup>139</sup>

#### **a) Orden 30 de diciembre de 1936**

El Estado español intervino dictando una norma que se refería básicamente a los niños y niñas de la guerra. Se trata de una orden en la que designan personas que, con la debida preparación y los elementos indispensables, tenían como principal misión recoger a los infantes que se encontraban desvalidos, atendiéndolos en un primer momento, para “colocarlos”<sup>140</sup> posteriormente en las familias. La citada norma de beneficencia de pequeños huérfanos abandonados y juntas de colocación la podemos considerar como el primer antecedente de regulación legal del acogimiento, (Exp. Motivos parr.2 L/1936).<sup>141</sup>

#### **b) Orden 1 de abril de 1937**

En el Bando Nacional, a medida que iba ganando en la conquista del territorio español, eran mayores las solicitudes de familias que formulaban el acogimiento de conformidad a la Orden de 30 diciembre de 1936. Posteriormente, una nueva norma da un paso más ante la situación de los menores de la guerra, presentando notables avances jurídicos sobre todo en lo que hace referencia a la tutela de los menores abandonados por parte del Estado español.

Esta intervención pública se materializa mediante las Juntas Locales de Beneficencia. Órgano que determinaba los niños y niñas que podían ser objeto del servicio de “colocación familiar”, que se realizaba mediante un censo de los menores abandonados que existía dentro del territorio de su jurisdicción, dando

---

<sup>139</sup> GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el código civil*, ed. Boch Editor, Madrid, 1995, pg. 19.

<sup>140</sup> DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., (AAVV). *El acogimiento familiar en España: Implantación y retos actuales*, ed. Universidad de Oviedo, 2009. <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1654.pdf> pg. 34, “el antecedente más parecido al acogimiento familiar sería la colocación familiar, regulada ya durante la guerra civil para la atención a niños huérfanos y abandonados o maltratados, sino también los que eran “rescatados” de situaciones familiares caracterizadas por la pobreza o graves carencias. La atención a niños huérfanos y abandonados sería impulsada en el Texto Refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Entre las medidas de protección que estos Tribunales podían aplicar a los padres que no ejercieran sus deberes de educación y cuidado de los hijos se establecía la suspensión del derecho a la guarda y educación del menor”.

<sup>141</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso de protección de menores”, cit., pg. 91.

cuenta, con posterioridad, a las Juntas Provinciales<sup>142</sup> enviando al Gobierno de la Nación el resumen de lo remitido en su totalidad a las Juntas Locales.<sup>143</sup>

El acogimiento de los menores en los núcleos familiares podía tener carácter temporal o permanente, hasta la edad o momento legal que en cada caso se estipule, teniendo preferencia las familias de acogidas de carácter temporal. La flexibilidad de la Orden permitía que no llegaran a romperse los lazos y vínculos que unían al menor adoptado con su familia de origen, estableciéndose la posibilidad, de que, si en cualquier momento apareciesen los padres biológicos o tutor legal de alguno de los niños y niñas abandonados que hayan sido colocados, podría reclamarlo de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos vigentes.

El Estado español no cubría las necesidades económicas y sociales de los huérfanos abandonados, solamente los tutelaba en familias de acogida o adopción. Sin embargo, la Orden 1 de abril de 1937, permitió otorgar, para aquellos niños y niñas que no podían ser acogidos en familias, un nuevo hogar residencial. El gobierno de la nación, para poder llevar a cabo esta empresa, realizó una nueva reordenación de los establecimientos benéficos, estableciendo comedores infantiles, que atendían a los menores hasta los doce años, guarderías y jardines de infancia, (art. 4.Ord/1937).

Las distintas órdenes dictadas por el gobierno del Estado intentaron paliar los desastres de la guerra civil, en los más necesitados, como eran los niños, niñas, las mujeres y los mayores. Finalizada la contienda bélica y asentado el nuevo régimen dictatorial, se inició una nueva modificación legislativa de protección de los menores, derogando las anteriores normas republicanas e iniciando la tercera reforma de los Tribunales Tutelares de Menores.

### ***c) Orden 27 de abril de 1939***

La contienda bélica trajo consigo la saturación de las cárceles, que acabaron por constituir un problema para las autoridades franquistas. La Orden de 27 de abril, de 1939 permitió que distintos organismos como los Patronatos de Nuestra

---

<sup>142</sup> SANZ HOYA, J., *La construcción de la dictadura franquista en Cantabria*, ed. PubliCan, (Torrelavega), Cantabria, 2008. pg. 145, “*el gobernador presidía órganos como la Junta Provincial de Beneficencia, y como máxima autoridad de la provincia solía organizar o capitalizar las principales iniciativas surgidas en el ancho terreno de las mejoras sociales: Campañas de caridad o solidaridad. Construcción de viviendas para sectores necesitados, distribución de alimentos y cupos necesitados, etc.*”.

<sup>143</sup> Dispone el artículo 1 Ord/1937 que “*los Tribunales Tutelares de Menores, si encuentran un menor en estado de abandono, procederán a la apertura del oportuno expediente de enjuiciamiento, adoptando las medidas necesarias previstas en el art.80 del Reglamento de la jurisdicción de 3 de febrero de 1929, para la guarda del menor sin perjuicio del primer expediente*”.

Señora de la Merced y San Pablo, facilitarán a las presas redimir sus condenas por trabajo.<sup>144</sup> Este sistema penitenciario dividirá el vínculo materno filial, al permitir tener información de los hijos e hijas de reclusas. Esta obtención de datos de las presas, era compartida con las comunidades religiosas, que trabajan en cada momento en las cárceles de mujeres, autorizando la adopción a familias pertenecientes al bando nacional.<sup>145</sup>

## **VI. COMPILACIÓN LEGISLATIVA QUE DIVIDIÓ AL PUEBLO ESPAÑOL EN DOS BANDOS.**

El nuevo régimen dictatorial debía de resarcir al bando nacional de la pérdida de sus seres queridos en manos del ejército republicano. El gobierno franquista se centró, por lo tanto, en beneficiar a los triunfadores, en detrimento de los perdedores. Para ello, aprobó nuevas normas sobre la adopción después de la posguerra, que dividieron al pueblo español en dos bandos.

### **1. ORDEN 30 DE MARZO DE 1940**

El nuevo régimen franquista se hacía cargo de los hijos e hijas de las presas fallecidas, fusiladas o en prisión que no podían seguir viviendo con sus madres por ser mayores de tres años y que tampoco tenían familias que los acogieran. El reglamento penitenciario de 1930, que ya existía en la época republicana, fue restablecido por el régimen vencedor que permitía la admisión de los menores en las cárceles con las presas,<sup>146</sup> pero una Orden de 30 de marzo de 1940 castigaba a las mujeres republicanas. Si tenían lactantes con ellas bien podían retenerlas cumplido el plazo de tres años, pasado el mismo no entendía el gobierno dictatorial justificación alguna para que las presas tuvieran a los menores con ellas (art. 3 Ord/1940). A partir de entonces, un organismo público se hacía cargo de los niños

---

<sup>144</sup> Artículo 1 Ord/1939: “*Se declara a Nuestra Señora de la Merced Patrona del Cuerpo de Prisiones, del Patronato Central y Juntas Locales para la Redención de las Penas de trabajo y de las Prisiones de España*”.

<sup>145</sup> GÓMEZ BRAVO, G., “El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1935-1945)”, *revista de historia contemporánea* núm. 6, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2006. pgs 12-13. “*El interés de las familias del Régimen por intervenir en los asuntos penales como en los penitenciarios, fue el hecho de que presentaron dos proyectos para el nuevo Código; uno de Falange informando en 1938 y un año más tarde el del propio Ministro de Justicia, que fue el que definitivamente prosperó. Sin transformar el armazón legal del antiguo Código, se introducía las instalaciones que garantizaban la puesta en práctica del espíritu del Régimen, como en el mundo penitenciario, la presencia de la iglesia y la figura de la Redención por Penas de Trabajo*”.

<sup>146</sup> HERNÁNDEZ HOLGADO, F., *La prisión de ventas: de la Republica al franquismo, 1931-1941*, ed. Marcial Pons Historia, Madrid, 2003, pg. 165.

y las niñas.<sup>147</sup> Con esta medida sobre límites de permanencia infantil en presidio, las cárceles empezaron a vaciarse de menores, siendo su nuevo destino los hospicios, centros de beneficencia del Estado y la iglesia bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia.<sup>148</sup>

## 2. DECRETO 23 DE NOVIEMBRE DE 1940

Después de la finalización de la Guerra Civil, se promulga una nueva norma sobre protección del Estado a los huérfanos de la revolución Nacional y de la Guerra.<sup>149</sup> Esta norma rectificará y derogará la Ley republicana de 1931.<sup>150</sup> El gobierno centró su política de protección en favor de los abandonados y desamparados por motivos de la contienda, exigiendo declarando que las personas que asumieran la labor de protección de los menores debían cumplir unos requisitos, obligaciones y deberes de reconocida moralidad para ejercer su carácter de tutor legal de los mismos. En defecto de aquellas personas que solamente estaban dispuestas a llevar a término una custodia de los menores. Asimismo, además de la tutoría de los infantes, la dictadura franquista establecía como segunda opción la adopción y el acogimiento, que tenían como antecedentes las Órdenes de (1936-37).

<sup>147</sup> BAELO ÁLVAREZ, M., *los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014 pg. 252, “podemos adelantar que el primitivo espíritu de reconciliación franquista de los unos con los otros en relación al cuidado de la tutela y el prohijamiento de los huérfanos en la España liberada desaparece a medida que se promulgan varias leyes destinadas a la población reclusa encarcelada por causas políticas, suponía entregar a sus hijos al Nuevo Estado para satisfacer los requisitos católicos, morales y patrióticos en la construcción social de España”.

<sup>148</sup> VINYES RIBAS, R., *Estructura del sistema de capturas, deportaciones y pérdidas infantiles establecido por la dictadura del general Francisco Franco, 1938-1949*. <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/9/es/estructura-del-sistema-de-capturas---deportaciones-y-perdidas-infantiles---establecido-por-la-dictadura-del-general---francisco-franco--1938-1949.pdf>. pg. 4.

<sup>149</sup> EGEA BRUNO, P. M., *los huérfanos de la revolución y la guerra. Una institución franquista en la Cartagena posbélica*, ed., UNED, Cartagena, <https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/download/.../7050>, pg. 116, “un Decreto de 23 de noviembre de 1940 contemplaba por primera vez la protección del Estado a los considerados huérfanos de la Revolución Nacional y la Guerra. En la exposición de motivos, con la retórica propia del régimen se equiparaba a los nuevos beneficiarios con los otros acreedores de su violento nacimiento: “La Revolución Nacional, abierta en dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis con el designio de franquear a España el camino hacia el porvenir de potencia y justicia, y la guerra su instrumento heroico e inevitable, ha creado figuras ante las cuales ha de inclinarse el Estado en actitud permanente de recuerdo. Son estas: Los Caídos, los Mutilados, los Ex Combatientes y cuantos en la forja ardiente de un nuevo orden nacional sufrieron desventura tan hondas como la orfandad y el desamparo”.

<sup>150</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V. Y GUIJARRO GRANADOS, T., *Apuntes...* cit., pg. 134.

El procedimiento de adopción o acogimiento de los niños y niñas de la guerra era único. Se tramitaba según las normas de La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ante los Tribunales Tutelares de Menores. Como característica relevante en el procedimiento, el juez podía ordenar la práctica de cuantas diligencias estimase oportunas para asegurarse de que un huérfano era confinado a un determinado régimen de adopción, o de acogimiento, o su cesación resultara favorable para los menores (art. 1825 LECiv/1881). En ningún caso, el órgano judicial ampliará la investigación para esclarecer el motivo del desamparo. Y solo en último término, los menores se integrarán en las entidades de beneficencia, (art. 1826 LECiv/1881).

Esta investigación se llevaba a cabo a través de la documentación aportada por el adoptante, siendo necesario para cumplimentar el trámite una información testifical que acredita la situación del mismo. A su vez, el adoptado tenía que presentar los requisitos previos para la adopción.<sup>151</sup>

La Ley de los órganos judiciales de 1929, que había sido implantado de nuevo como consecuencia de la dictadura para dar solución a los menores abandonados, se queda obsoleta ante los nuevos cambios legislativos que se estaban produciendo. Entre estos destacamos la reorganización de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, de 1939, que permitirá la reanudación de las actividades judiciales en asuntos de adopción y acogimiento de los menores huérfanos de la guerra, permitiendo la apertura de un nuevo cauce judicial a la situación de los infantes en estado de abandono, para adecuarse a las circunstancias del momento.

Sin embargo, un nuevo texto normativo de 1948, de los Tribunales Tutelares, va a presidir toda la política de menores durante la época franquista buscando más protección jurídica al menor con la aprobación del Código penal de 1944. La figura de la adopción, que no era contemplada en la Segunda República como solución a los problemas de desamparo, ahora se hace más patente en los jueces de menores, al poder instruir esta competencia.

Por otra parte, la sobreprotección del Estado a los huérfanos de la revolución nacional, sometida al amparo del nuevo régimen, no han satisfecho, en la práctica, las expectativas sobre adopción y acogimiento que se esperaban respecto a los

---

<sup>151</sup> Conforme el artículo 178 CC “1. La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior. 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso que corresponda: 1º. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido. 2º. Cuando el adoptado solo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vinculo haya de persistir. 3º Lo establecido en los casos anteriores se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

seres más desvalidos en las casas de expósitos y establecimientos de beneficencia. Estas instituciones tenían como objetivo ayudar a las familias del bando nacional a asumir la pérdida de hijos e hijas como consecuencia de la contienda civil, (art. 1 D/1940).<sup>152</sup>

Por consiguiente, el gobierno, para corregir las deficiencias de las casas de beneficencias, y al no conseguir las expectativas deseadas debido a la masificación que sufrían estas instituciones y a la gran demanda de ingresos, con largas listas de espera, abogó por las familias de adopción, afines al régimen, como una solución al problema de los expósitos. Asimismo, otra medida que se adoptó para resolver la preocupación de los huérfanos o hijos e hijas de presos políticos que se encontraban sometidos a la tutela del Estado fue la creación de un organismo que asumiera esta competencia, este organismo se llamó la Institución del Auxilio Social, (art. 5 D/1940).

La Institución de Auxilio Social, de creación privada,<sup>153</sup> fue una organización de socorro constituida durante la Guerra Civil española que con posterioridad quedara englobada en la sección femenina de la Falange que pertenecía a la Administración Pública, Esta Entidad no solamente intervenía en aquellos casos de las presas con hijos o hijas, sino que también tramitará aquellos procesos de adopción de los acogidos de las casas de beneficencia que se encontrasen bajo su tutela. En el resto de los casos de acogimiento o adopción entre particulares, no participaba. Por lo tanto, fue necesario que una nueva norma regulara los expedientes y estableciera criterios de selección más estrictos para las familias adoptantes.<sup>154</sup>

### **3. LEY 17 DE OCTUBRE DE 1941**

La aprobación de una nueva norma sobre la adopción de los acogidos en casas de expósitos y otros establecimientos de beneficencia, cambió de forma radical la manera de tramitación de los expedientes. La exclusividad que tenía el centro benéfico sobre la averiguación de la honradez y moralidad del presunto adoptante, escuchando al adoptado si el menor fuera mayor de catorce años, y

---

<sup>152</sup> EGEA BRUNO, P. M., *Los huérfanos de la revolución y la guerra, Una institución franquista en la Cartagena posbélica*, ed., UNED, Cartagena, cit., pg. 117, “la guardia y cuidado inmediato de aquellos desvalidos podía llevarse a cabo mediante su conservación en el hogar familiar, confiándolos a personas de reconocida moralidad, atribuyendo esta función a Auxilio Social o algún establecimiento benéfico, público o privado”.

<sup>153</sup> Mercedes Sanz Bataller, viuda de Onésimo Redondo fundadora del Auxilio Social, <http://www.nodulo.org/ec/2011/n107p09.htm>.

<sup>154</sup> CENARRO LAGUNAS, Á., “Historia y memoria del Auxilio Social de la Falange”, *revista de cultura y pensamiento europeo* núm.11, ed., Fundación Academia Europea de Yuste, 2010, pgs. 71-72.

seleccionando a las futuras familias adoptivas, permitió, una mejor tramitación del expediente.<sup>155</sup> Posteriormente la Diputación a través de sus servicios administrativos en los establecimientos de beneficencia, los elaboraban al ir prácticamente completos, ya que en ellos obraban todos los documentos precisos para la identificación de adoptantes y adoptado, si bien todo ello debía tener el visto bueno del Ministerio Fiscal, para llegar a la aprobación por el Juzgado de Primera Instancia mediante auto.<sup>156</sup> Esta nueva norma supone un importante avance en la consideración del menor abandonado como sujeto de la adopción, (art. 3. L/1941).

El propósito de la Ley de 1941 era agilizar los trámites de la adopción y evitar los problemas que se estaban planteando en la tramitación de los expedientes dada la incompleta y defectuosa redacción del Código Civil.<sup>157</sup> El sistema que hasta el momento se seguía era el del prohijamiento, (Exp. Motivos. párr.2 L/1941).<sup>158</sup>

#### **4. LEY 4 DE DICIEMBRE DE 1941**

Las citadas medidas adoptadas sobre la agilización de los expedientes por parte del régimen franquista iban dirigidas, principalmente, a eliminar los vínculos afectivos existentes entre las familias republicanas y sus hijos e hijas. Con la aprobación de un nuevo texto normativo reforzará esta idea, permitiendo al Estado buscar la integración, a la patria nacional del menor adoptado. La Ley de 4 de diciembre, de 1941 será el instrumento perfecto que permitirá, mediante un procedimiento sencillo y rápido, el cambio de nombre al ser inscrito en el Registro Civil. La filiación se realizaba de oficio, dirigido por los Jueces de Menores o por los Presidentes de los Tribunales Tutelares de Menores al Juez Municipal del lugar en que ejerza sus funciones, (art. 1 L/1941).<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> BAELO ÁLVAREZ, M., *los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica* cit., pg. 311.

<sup>156</sup> PÉREZ SEGURA, F., *La atención pública a los menores almerienses (1936-1970)*, ed. Universidad de Almería, 2010, pg. 145.

<sup>157</sup> GUIJARRO CONTRERAS, G. “Infancia abandonada y adopción”, Fundación Foessa, *revista de desarrollo social* núm.3, ed. Fundación Foessa, Madrid, 1971, pg. 59, “se mantuvieron las cosas hasta la promulgación de la Ley 24 de abril de 1958, reformadora de los artículos del Código Civil referentes a la adopción, dándose entrada en el nuevo texto, en el penúltimo párrafo del artículo 174 a la facultad reconocida por la Ley 17 de octubre a los establecimientos, derogándose expresamente ésta, salvo lo dispuesto en el artículo 7º referente a la gratitud”.

<sup>158</sup> HERRERA GASCÓN, H., *Tramitación de los expedientes de adopción de los acogidos a establecimientos de beneficencia*. Boletín núm.848, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1971, pg. 3.

<sup>159</sup> CENARRO LAGUNAS, A., *Historia y memoria del Auxilio social de Falange*, cit., pg. 73.

## **VII. TERCERA REFORMA DEL TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES (1941 - 1948)**

### **1. LA ORGANIZACIÓN DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES DESPUÉS DE LA POSGUERRA**

El desarrollo de la justicia de menores durante el periodo franquista en España no era algo novedoso ya que existían jueces que se encargaban de los menores desamparados. Este órgano judicial en 1939 se plantea reorganizar de nuevo la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores. Estatuto de carácter jurídico que va a permitir reforzar la figura del juez dentro de su propio colectivo y facultará, además, reanudar las actividades procesales relativas a la misión que les está confiada en orden a la protección de los menores encomendada a su jurisdicción.

Restituida la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores después de la Guerra Civil y revisada la legislación de la Segunda República, el Gobierno español desecha aquellas normas que iban en contra del régimen, los Jueces de menores necesitaban Leyes para poder impartir la justicia. La falta de normativa para conocer las conductas delictivas a los menores realizados antes de cumplir los dieciséis años, se tuvo que basar en el Código Penal de la época que calificaba dichos hechos como delitos o faltas. Posteriormente, estas acciones u omisiones se tipificaron en la Ley de 13 de diciembre, de 1940 y su Reglamento de 1942, que van a estar vigente hasta 1948. Estas normas se promulgaron para establecer la nueva organización de los Tribunales Tutelares en España, y cubrir los vacíos legales que había producido el Real Decreto de 3 de febrero de 1929. El Consejo Superior de Protección del Menor, Institución perteneciente al Estado, no solamente permitió a los jueces sancionar los delitos y faltas sobre los infantes y adolescentes, sino reorganizó los Tribunales Tutelares de Menores, volviendo a reestructurarse sobre la base de los órganos judiciales tutelares colegiados no profesionales en las provincias que contasen con establecimientos de corrección y protección. La norma de 1940 se tuvo que adecuar al nuevo Código penal de 1944, aunque no sufrió muchas modificaciones, permitiendo establecer las competencias de los TTM.<sup>160</sup>

En cuanto a la autoridad de los jueces de menores, hay que decir que los órganos judiciales intervenían sobre hechos calificados de delitos y faltas, adoptando acuerdos que no tendrían que ser definitivos. En cualquier momento

---

<sup>160</sup> PÉREZ SEGURA, F., *La atención pública a los menores almerienses (1936-1970)*, cit., pg. 409.

podían ser modificados total o parcialmente, con la independencia de la mayor o menor gravedad de los hechos, (art. 9 L/1940).<sup>161</sup>

Asimismo, la Ley de 21 de junio de 1940 reorganizó el Tribunal de Menores de la capital de España, derogando la norma de 13 de mayo de 1937, permitiendo por el gran volumen de procesos, como excepción, dos enjuiciadores unipersonales retribuidos, (art. 1 L/1940).

La respuesta jurídica del juez de menores consistía en adoptar las medidas concernientes a la facultad reformadora educativa de un modo permanente, hasta que se le concediera definitivamente la libertad, se alcanzara la suspensión del derecho de los padres biológicos o tutores, o se decretase el cese de vigilancia, sin que dicho régimen tutelar excediera de la mayoría de edad, (art. 17 L/1940).<sup>162</sup>

## 2. EL DECRETO 11 DE JUNIO DE 1948

La diversidad de normas que regulaban, hasta ese momento, el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales encargados de enjuiciar y sancionar las infracciones cometidas por los menores hizo que el legislador se plantease una sintetización de las Leyes, manteniendo siempre la esencia de los propios Tribunales. La norma que buscó la unificación legislativa fue el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, del 2 de julio de 1948. Este texto normativo sostenía la protección de la infancia desde el punto de vista de la beneficencia y no como un Derecho de los niños y niñas. Los jueces

---

<sup>161</sup> AMICH ELÍAS, C., Normativa jurídico-penal sobre la infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista, *cuadernos de historia del derecho norteamericana*, ed., Universidad Complutense de Madrid, 2016, pg. 89, “*la Ley de los Tribunales Tutelares contenía desde sus inicios un gran número de disposiciones destinadas a privar a los padres o tutores de la guardia de los muchachos o incluso de la patria potestad, para el ingreso de éstos en diversos establecimientos particulares o públicos que permitían su control y el de sus familias, lo cual no quiere decir que las disposiciones dejaran de responder al objeto de hacer cumplir otras normativas protectoras, influidas por el contexto internacional y de gran relevancia, como aquellas referidas a la obligatoriedad de la educación primaria o a las protecciones laborales*”.

<sup>162</sup> AMICHI ELÍAS, C., *Normativa jurídico-penal...*, cit., pg. 93, “*las medidas no suponen una variación significativa respecto de los establecido en la primera disposición sobre los TTM, si bien resalta la eliminación del criterio del discernimiento, anteriormente establecido para decretar el internamiento del menor en un correccional estatal. En consonancia con los criterios del derecho de menores, las medidas no tienen una duración límite establecida aunque tenían que ser revisadas cada 3 años como máximo (artículo.23), ni hubo, por otro lado, intentos de endurecimiento a este respecto*”.

sancionaban a los infantes, basándose en intervenciones de carácter reformador y proteccionista, enjuiciándolos como “*un buen padre de familia*”.<sup>163</sup>

#### A) *Facultades reformadoras*

Los Tribunales Tutelares de Menores seguían manteniendo competencias con los menores de dieciséis años que cometían delitos y faltas, aplicando aquellas infracciones consignadas en la Leyes provinciales y municipales, destacando entre otras: faltar el respeto y la obediencia a la autoridad, comportamientos indisciplinados que eran denunciados por sus padres biológicos, falta de consideración e insumisión, actuaciones irregulares de abandono del domicilio, dedicación constante al mendiguo, la vagancia, el pillaje, la delincuencia, etc.

El enjuiciador, ante los hechos cometidos por los menores, no sabía discernir entre los aspectos sociales de aquellos que son delictivos, ya que la resolución terminaba siendo siempre criminalizada por la autoridad judicial.<sup>164</sup> Por consiguiente, el Tribunal Tutelar de Menores podía adoptar las mismas medidas con indiferencia del infante que lo cometiese, (art. 9 prim. DL/1948). La solución vendría dada a través de la LTTM de 1948 que tenía un carácter asistencial, al disponer, por primera vez, de equipos técnicos que auxiliarán a los enjuiciadores en las resoluciones de sus acuerdos, (art. 15 DL/1948).<sup>165</sup>

#### B) *Facultades protectoras*

La Ley de 1948, aunque era una norma de carácter asistencial, estableció las medidas más importantes en la intervención en situaciones de protección de los menores de dieciséis años, permitiendo la denominación de “*acción tutelar permanente*”. Dentro de su acción protectora, también vigilaban los jueces sancionar penalmente aquellas actitudes, de los padres biológicos con los hijos e hijas menores que, teniendo capacidad económica, incumplían sus deberes y obligaciones alimentarias; aunque los hijos e hijas se encuentren con otros familiares, sociedades tutelares o intercambios en los establecimientos auxiliares que se llevaban a cabo las medidas de separación del menor de su familia para su observancia o reforma, (art. 12 DL/1948). En estos casos la autoridad judicial

---

<sup>163</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ. F *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pg. 20.

<sup>164</sup> RODRÍGUEZ PÉREZ J. P., *La justicia de menores en España análisis histórico jurídico*, cit., pg. 440, “*la actuación de los Tribunales de Menores se basaba en la concepción de que el menor, por el mero hecho de serlo, en el de reforma, ha de ser considerado incapaz por lo tanto tratado como un enfermo*”.

<sup>165</sup> NIETO MORALES, C., *Discurso de los menores bajo medida judicial*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, pg. 98-99.

intervenía privando a sus progenitores o tutores del ejercicio de la guardia y educación.<sup>166</sup>

### C) El enjuiciamiento de los menores

Los jueces, como hemos comentado con anterioridad, no solamente tenían atribuidas las funciones de vigilancia protectora y reformadora, sino también el enjuiciamiento de aquellos hechos delictivos cometidos por los menores de dieciséis años que se orientaban a la rehabilitación, la reeducación y la custodia, no teniéndose que someter a los infantes al Tribunal Tutelar de Menores y sus normas procesales.<sup>167</sup>

La autoridad judicial, ante estos casos, intervenía según su especial criterio y bajo su propia responsabilidad.<sup>168</sup> El enjuiciador podía privar de libertad a los menores e imponer cualquier mandato, con independencia de la mayor o menor gravedad de los hechos, (art. 15 DL/1948). La duración de la medida era indeterminada, con la única limitación de que su duración no podía exceder de la edad de dieciocho años, (art. 10 DL/1948). La orden dada por la autoridad judicial, tenía la facultad de poder ser modificada, bien de oficio, a instancias del abogado del menor o por el delegado, (art.23 DL/1948). No siendo necesaria una exhaustiva investigación.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> Según el artículo 18 DL/1948, “podrán suspender el derecho a los padres y tutores a la guarda y educación, lo ejercerán los mismos Tribunales, confiando al menor para su custodia a otras personas o Entidades y asumiendo las facultades que a los padres o tutores competen para la autorización para realizar contratos de aprendizaje o de trabajo, la emigración o la inscripción del menor en el ejercicio o en la marina, mercante o de guerra”.

<sup>167</sup> MARTÍN LÓPEZ, M. T., *La responsabilidad penal de los menores*, ed. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001, pg. 20, “el sistema prescindía de las garantías penales o procesales para los denominados Tribunales Tutelares de Menores, los jueces tenían buena voluntad de vida familiar ejemplar y de intachable conducta, las sesiones no eran públicas, no habían reglas procesales que respetar, se prohibía la presencia de abogado.(Salvo el enjuiciamiento de mayores de 16 años)”.

<sup>168</sup> Conforme el artículo 45 R/1942, “el Presidente de un Tribunal de Menores tuviera conocimiento de que en el territorio de su jurisdicción se ha realizado por un menor de dieciséis años cualquiera de los hechos a que se hace referencia la Ley, procederá a instruir las oportunas diligencias, con el fin de comprobar la realidad de aquellos y de las circunstancias que en los mismos concurren, identificar la personalidad del menor, determinar su participación en los expresados hechos y adoptar aquellas medidas que estime y adoptar aquellas medidas que estime convenientes pudiendo decretar el internamiento provisional de aquel”.

<sup>169</sup> GIMÉNEZ SALINAS-COLOMER, E., *Legislación de menores en el Siglo XXI: Análisis del Derecho Comparado*, S.E., imprime Lerko Print Madrid, 1999, pg. 105.

*D) Composición, procedimiento y tramitación de los menores por los órganos judiciales.*

Los Tribunales Tutelares de Menores eran órganos colegiados no profesionales, concedores del Derecho, (art. 3 DL/1948). Además, sus profesionales debían cumplir una serie de requisitos: mayores de veinticinco años, con una vida y unas costumbres irreprochables, con dedicación exclusiva. El ejercicio de juez era incompatible con cualquier otra profesión aunque no sea remunerada; llevaban a cabo funciones administrativas y judiciales, y sus intervenciones se basaban en sus conocimientos técnicos para las funciones tutelares, (art. 1 DL/1948).

Las intervenciones de los jueces eran inquisitivas, ya que se puede decir que las resoluciones que resolvían los órganos judiciales eran mucho más duras que las aplicadas a los adultos, por conductas que, en muchas ocasiones, no eran delictivas. El TTM decidía sobre la vida de los infantes o adolescentes, estos no se podían defender en el proceso, ya que carecía de la figura del Ministerio Fiscal y de asistencia jurídica que lo representara, además de no existir el principio de publicidad de las actuaciones judiciales, (art. 15 DL/1948). El sistema establecido prescindía, de las garantías procesales, (art. 29 DL/1948).<sup>170</sup>

Asimismo, la tramitación se limitaba a lo indispensable para puntualizar los hechos que hubieran de anunciarse en las resoluciones que se dictasen por el órgano judicial de menores y no recogía en su articulado los principios de legalidad, proporcionalidad, tipicidad, propios del Derecho penal.<sup>171</sup> Los acuerdos, dictados por los órganos judiciales eran apelables ante una Comisión del Consejo Superior de Protección de Menores, (art. 5 DL/1948). Sin embargo, no se podían apelar todas las medidas adoptadas, (art. 22 DL/1948).<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> RODRÍGUEZ PÉREZ, J. P., *La justicia de menores...*, cit., pgs. 439-440, “*las razones que justifica estas ausencias en el proceso penal del menor son obvias; los Tribunales de menores no han de imponer penas propiamente dichas, sino adoptar medidas educativas y protectoras, por tanto la presencia del Ministerio Fiscal es innecesaria porque su función en el proceso penal es esencialmente represiva y, por otro lado, la intervención de abogado defensor resulta inútil ya que no hay intereses que proteger contra posibles arbitrariedades, el menor no necesita el Abogado porque ni su vida, ni su libertad, se hallan en peligro, el juez es su padre, su protector, su maestro, su amigo*”.

<sup>171</sup> CONSEJERIA DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE. *Tribunal Tutelar de Menores de Asturias*, SCA, <http://www.archivosdeasturias.info/feaa/action/detalle?buttons%5B1%5D=loadDetailFondo&idTipo=1128>.

<sup>172</sup> JIMÉNEZ FORTEA, F. J., *La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España*, cit., pg. 173.

Para finalizar, diremos que La LTTM, de 1948, introdujo, en su articulado, el reparto de la carga económica que existía entre las distintas entidades administrativas, dejando fuera de este cargo económico a los progenitores en los supuestos de orfandad, abandono o suspensión de la patria potestad, (art. 25 párr.2. DL/1948).

En resumen, la sociedad de los menores se dividía en dos grupos; por un lado estaban los que vivían bajo la protección de una familia tradicional donde las necesidades sanitarias, culturales y sociales estaban satisfechas; y por otra parte, los que carecían de la seguridad del ámbito familiar, que no tenían cumplidas sus necesidades básicas normalmente porque vivían en situaciones económicamente precarias y originaba que estuviesen marginados.

Sin embargo, estos menores en estado de riesgo y abandono eran catalogados por los Tribunales Titulares de Menores de la misma forma que aquellos que cometían un delito. Los órganos judiciales, inspirados en la protección de los menores ante situaciones irregulares de abandono, actuaban como “*un buen padre de familia*”, adoptaban las medidas que se basaban en atención a la peligrosidad del hecho cometido y a la situación social del menor.

Los jueces, ante los hechos delictivos cometidos por los infantes y adolescentes, tenían en cuenta las circunstancias personales de los niños y niñas antes de entrar a valorar en muchas ocasiones la acción delictiva cometida. Los Tribunales de Menores intervenían sobre todo en aquellos casos en los que un adolescente que vivía con su familia cometía una conducta delictiva, y no siendo privado de su libertad, los padres biológicos ejercían la tutela del menor.

Por el contrario, si un adolescente cometía el mismo hecho delictivo pero no tenía el amparo de una familia y vivía en la marginalidad, la acción tutelar la ejercía los jueces de menores. Esta acción pasaba normalmente por el encierro en un establecimiento correccional donde no existían garantías, privándolos de libertad, justificando dicha intervención por parte de la autoridad judicial para evitar las malas influencias delictivas de la calle.

Por último, hay que señalar que una sucesión de acontecimientos aceleraron las reformas legislativas relacionadas con los menores, y van a establecer el referente para solucionar los problemas de la situación de abandono y delincuencia. Por una parte, hay que recordar que el régimen franquista aprobó una compilación de leyes hasta 1970. Estos textos normativos permitieron a los TTM intervenir en los asuntos de los infantes. Sin embargo, la falta de medios procesales que legislaban y la aparición de la adopción como institución que va a marcar un antes y después en el concepto de la situación del abandono, unido a la muerte del general Franco en 1975, y la aprobación de la Carta Magna de 1978, puso en duda

al nuevo gobierno español para que se siguiera aplicando la obsoleta LTTM de 1948.

## CAPÍTULO II. LA PROTECCIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN ADOPTIVA

### I. EL DESARROLLO NORMATIVA DE LA SITUACIÓN DE ABANDONO

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los menores abandonados durante la Guerra Civil se habían convertido en un problema para el gobierno franquista. La adopción fue el instrumento ideológico perfecto que, durante la contienda bélica, intentaría solucionar la lacra de los menores en la calles. Sin embargo, la situación de los niños y niñas empeora en el periodo de la posguerra, convirtiéndose la adopción en un tráfico oscuro en beneficio de las familias del bando nacional, fruto de una política de compensación a familias en las que alguno de sus miembros había dado su vida por la causa nacional.

Esta política se apoya en la relación entre el gobierno franquista y la Santa Sede, a través del Concordato de 27 agosto de 1953.<sup>173</sup> Esta relación autorizará al gobierno no solamente a solucionar el problema de la adopción, sino también a llevar a cabo una apertura internacional de esta figura, reforzada con el ingreso de España en las Naciones Unidas el 14 diciembre de 1956. El tratado con la curia fortalecerá, además, la figura del matrimonio canónico, permitiendo, de forma legal, que aquellas parejas que no pudieran tener hijos e hijas o cierta probabilidad de que no llegaran a tenerlos crearan una familia, (art. 23 C.S.S/1953). Así, la adopción permitirá solucionar problemas conyugales así como el hacinamiento de los niños y niñas en establecimientos de beneficencia o expósitos.<sup>174</sup>

El problema de los menores abandonados durante la Guerra Civil no era la única causa de desamparo. El gobierno franquista, para fomentar las adopciones plenas, castigaba con pena de privación de libertad tanto a las mujeres como a los profesionales de la medicina que indujeran al aborto por relaciones

---

<sup>173</sup> MARTÍN DE AGAR Y VALVERDE J, T., *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, ed. Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), Pamplona, 1985, pg. 72.

<sup>174</sup> BAELO ÁLVAREZ, M., *Los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica cit.*, pg. 284, “*la Institución adoptiva asume la finalidad o utilidad social decimonónica al “servir al consuelo” en aquellos matrimonios que no habían podido tener hijos (infertilidad conyugal) para satisfacer los deseos, anhelos y aspiraciones de crear un “verdadero hogar católico” en el que la santidad, la vida conyugal se obtendría con la bendición de los hijos evitando la marginidad y el escarnio social de una relación marital sin descendencia*”.

extramatrimoniales.<sup>175</sup> El temor al rechazo social y familiar o la ruptura con la familia de origen, eran motivos por los cuales las mujeres jóvenes sin recursos que no podían mantener a los niños y niñas se dedicasen a esta práctica ilegal del aborto que consistía: en la ingesta de alcohol con aspirinas en ayunas, hierbas, lavativas, introducción de agujas de coser, etc.<sup>176</sup>

Esta forma de regular por parte del Estado español ya no estaba convenciendo a una sociedad que se estaba asentando paulatinamente en lo que sería el nuevo régimen franquista. Fue durante la época de los años cincuenta cuando muchas personas y grupos institucionales y privados realizaron campañas de sensibilidad pública sobre las condiciones de la infancia abandonada, debido a que se estaba dando una mala imagen al país.

El gobierno, ante estas demandas, reformó el Código Civil en 1958,<sup>177</sup> permitiendo avanzar en las exigencias sociales con los menores. El final de la

---

<sup>175</sup> En este caso, según los artículos 411 a 415 Cp/1944 disponían que *“el que de propósito causare un aborto será castigado: 1º. Con la pena de prisión mayor si obrase sin consentimiento de la mujer. 2º. Con la de prisión si la mujer lo consistiera, si se hubiera empleado violencia, intimidación, amenaza o engaño para realizar el aborto en el primer caso, o para obtener el consentimiento en el segundo, se impondrá en su grado máximo la pena de prisión mayor. Cuando a consecuencia del aborto o de prácticas abortivas realizadas a mujer no encinta creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causase alguna de las lesiones se impondrá la pena de reclusión menor y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor. Cuando la mujer produjese su aborto o consistiera que otra persona se lo causase para ocultar su deshonor incurrirá en la pena de arresto mayor. Facultativo que, con abuso de su arte, causara el aborto o cooperase a él, incurrirá en el grado máximo de la pena de los artículos anteriores”*.

<sup>176</sup> SOTO MARCO, A., *La mujer bajo el franquismo* <http://mayores.uji.es/proyectos/proyectos/lamujerbajofranquismo.pdf>, pg. 57, *“los abortos en aquellos tiempos estaban bajo las mínimas condiciones sanitarias más imprescindibles por lo que la mortandad de las mujeres era alta. Era el precio que tenían que pagar por su pecado. Cuando se intentaba a una paciente con derrames sospechosos o no sospechosos, se le tenía en observación y cuarentena, hasta que era confirmado por un médico que dicho aborto no había sido provocado y por lo tanto no llevado al juzgado para su posterior penalización.”*

<sup>177</sup> BAYO DELGADO, J., y ORTUÑO MUÑOS, P., *“Integrismo en las adopciones internacionales,” revista jueces para la democracia* núm. 27, ed., Jueces para la Democracia, Madrid, 1996, pg. 36, *“la exposición de motivos de la Ley 24 de abril 1958, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil (entre ellos lo relativos a la adopción,) dice en su exposición de motivos: “El Código Civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptantes entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos.” Podríamos añadir que primaba la clásica concepción romana tenía un sentimiento básicamente hereditario y de la mutación de la pertenencia a patricios o plebeyos por motivos políticos”*.

Guerra de 1939 y el periodo de posguerra, unidos a la apertura de acuerdos internacionales con otros países presionados por ciertos Estados, entre ellos EEUU, exigieron a España que solucionase los problemas de los menores abandonados. Ante ello, el legislador reguló en una única Ley la institución de la adopción, siendo el primer texto normativo modernizador que asentó las bases para el proceso de adopción, priorizándose el interés del infante en la Ley 24 de abril de 1958.<sup>178</sup>

## **2. LA RECIENTE INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN. LEY 24 DE ABRIL DE 1958**

La figura de la adopción se atendió a partir de la norma de 1958. Esta Ley supuso un claro avance hacía la actual concepción de la adopción, con el afianzamiento del adoptado en la nueva familia y su distanciamiento con la de origen, creando una situación análoga a la paternidad legítima en relación a los Derechos, Deberes y Obligaciones. Como consecuencia de tal condición de tutela, el texto normativo fue dividido en tres partes: Disposiciones generales, adopción plena y adopción menos plena. (Sumario. 2 L/1958).<sup>179</sup>

### *A) Adopción plena*

El nuevo texto normativo venía a solucionar las circunstancias de los matrimonios canónicos sin hijos e hijas, los menores no deseados por madres solteras jóvenes y el hacinamiento de los expósitos en los establecimientos de beneficencia. Tuvo problemas en su aplicación al introducir el legislador un obstáculo para el proceso de la adopción, pues exigía tres años de abandono para permitir la adopción. Esto supuso un impedimento para poder salir de los centros de internamiento e integrarse en una familia. Algunos, como los huérfanos de la guerra, no eran reconocidos en el nuevo texto de adopción, debiendo permanecer en las instituciones de caridad, hasta alcanzar la edad de la emancipación, (art. 178 párr.2 L/1958).<sup>180</sup>

Los requisitos para la tramitación del expediente por los adoptantes tienen sus antecedentes en la Ley de 17 de octubre de 1941, más concretamente en las

---

<sup>178</sup> TORTELLO, M., *Adopción teología moral*, [http://www.mercaba.org/DicTM/TM\\_adopcion.htm](http://www.mercaba.org/DicTM/TM_adopcion.htm).

<sup>179</sup> OCÓN DOMINGO, J., “Un análisis comparativo de las medidas alternativas de protección de menores en Andalucía y España,” *cuadernos de Trabajo Social* vol. 17, núm.17, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2004, pg. 75.

<sup>180</sup> BAELO ÁLVAREZ, M., *Los orígenes de la adopción...cit.*, pg. 299, “un niño que, con dos o tres años, deja de tener relación con su madre, debiendo transcurrido todavía tres años más para que pueda ser dado en adopción, con lo que se pone en una edad de cinco o seis años, poco apta para ser adoptado y no encuentra quien lo adopte, ya que nadie quiere en su casa un adolescente afectado por grandes complejos”.

formalidades de adopción en los casos que se dirigieran a los establecimientos de beneficencia o expósitos, (art. 2 L.1941). Con el nuevo texto normativo se reforzó la institución al manifestar los interesados, ante la autoridad judicial, su deseo de acoger, en su seno familiar, a un menor. Este nuevo requisito judicial evitó, en cierto modo, algunas adopciones ilegales que se realizaban en los centros de beneficencia y expósitos.<sup>181</sup>

Al hilo de lo anterior, otra de las condiciones para poder adoptar era que debería ser un matrimonio sin hijos e hijas legítimos o que no tuvieran descendientes. También podían adoptar los cónyuges que convivieran juntos o casados por un determinado tiempo y en ciertos casos extraordinarios, de forma individual, (art. 178 párr.1 L.1958).

No obstante, aunque el adoptado estaba exento del cumplimiento de sus deberes con su familia de origen, por razón de parentesco, al ser ingresado en el nuevo seno familiar, este conservaba sus derechos alimentarios y hereditarios, del mismo modo que se preveía la sustitución de los apellidos por parte del adoptante, (arts. 178 y 179 L/1958).

#### *B) Adopción menos plena*

La segunda opción para poder adoptar, la menos plena, se mantuvo como forma residual para otros supuestos y mantenía cierta semejanza en su articulado con la redacción original del Código Civil de 1889. El adoptado no tendrá otros derechos que los estipulados en su escritura de adopción sobre la herencia, el uso de los apellidos o las relaciones de parentesco, es decir, más que conceder al menor adoptivo un estatuto semejante al hijo e hija natural, se limitaba a construir, mediante contrato, un parentesco de efectos limitados, (Sumario 2º L/1958).

Conforme a lo anteriormente citado, hay que decir que esta modalidad de adopción estaba prevista para los supuestos de huérfanos e hijos de los cónyuges, conservando el adoptado su situación jurídica anterior, salvo que la patria potestad recayera en el adoptante. Sin embargo, para poder obtener la adopción menos plena, se exigían los mismos requisitos generales de la edad y capacidad que para la adopción plena.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Conforme el artículo 176 L/1958, “*si el adoptando estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias oyendo al adoptado, si tuviera suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al juez, quien el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan*”.

<sup>182</sup> Según el artículo 173 L/1958, “*cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden*

### C) Aspectos generales

Otro de los aspectos a tener en cuenta para poder adoptar es que disminuye los requisitos de edad exigidos de los cuarenta y cinco a los treinta y cinco años, ya que ese plazo resultaba excesivo y, además, se elevaba la diferencia de edad que debía mediar entre adoptantes y adoptado de los quince a los dieciocho, (art. 173 L/1958).

Por consiguiente, el legislador, para poder dar cumplimiento a los requisitos y formalidades que se exigían para la adopción, dotó a esta figura de carácter institucional. Para ello, necesitó regular que el adoptado mayor de edad, el sometido a la tutela de una casa de expósitos, el emancipado por matrimonio y el menor de edad e incapaz prestasen por vía judicial una declaración de consentimiento, (art. 176 párr.2 L/1958). Después, este manifiesto era inscrito en el Registro Civil para que surtiese los efectos deseados, es decir, que el menor, por analogía, perteneciese a una nueva familia. Una vez formalizados los trámites, la adopción era irrevocable en la persona del adoptado, salvo que no se cumplieran los requisitos exigidos, (art. 177 L/1958).

Por último, conviene recordar que la norma de 1958 no convenció a un sector proveniente especialmente de los medios de comunicación. Estos criticaban la cantidad de establecimientos de expósitos o incluso que se dedicaban a la adopción en el régimen franquista.<sup>183</sup> Sin embargo, sería injusto apoyar las críticas recibidas por este sector al estimar como fracaso la primera Ley que estableció los principios de la adopción al cabo de poco más de diez años después de su reforma en 1970.

Este nuevo texto normativo modificó y reemplazó el viejo Código Civil de 1889, conforme a los nuevos compromisos internacionales de España y su integración en la ONU.<sup>184</sup> al establecerse dos categorías: “*la plena*” y “*la menos*

---

*establecido en el artículo ciento cincuenta y cuatro. En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza. El adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresara en la escritura de la adopción, en la que en tal caso, se establecerá el orden en que haya de usarlos. El adoptado como tal, solo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos o naturales reconocidos que pudiera tener el adoptante”.*

<sup>183</sup> CASADO PÉREZ, D., “La infancia abandonada y adopción” *revista de desarrollo social* num.3, ed., Fundación Foessa, 1971, pg. 30.

<sup>184</sup> LÓPEZ ASENJO, M., “Breve historia hispánica dictadura de Franco,” *revista la España del S.XX*, t.8, <https://brevehistoriahispanica.wordpress.com/category/temario-completo/> “*la ruptura del aislamiento (1953-1959). Después de la firma del concordato con la Santa Sede y los pactos con Estados Unidos en 1953. España será admitida en la ONU 1955. Al mismo tiempo se integra en organismos económicos como el FMI y el Banco Mundial*”.

*plena*”, los cambios en la institución de la adopción, de 1958, no convencieron a las exigencias europeístas de algunos países como Francia, Portugal, Italia, Bélgica que habían introducido en su normativa adoptiva, para la clase de adopción de efectos más intensos el nombre de “*plena*” y eliminaron para la otra el término de “*menos plena*”, pues, aunque gramaticalmente parecía correcto, parecía denotar una adopción de escasa importancia, por lo que debía sustituirse por la expresión de “*adopción simple*”, la cual, sin ser totalmente satisfactoria, parecía preferible. El nuevo texto adoptivo debía de admitir la posibilidad de transformar o convertir la adopción simple en plena; de esta manera, “*la adopción simple*” vendría a cubrir una etapa de la que no es posible constituir la en forma plena por falta de requisitos específicos, los cuales podrían conducir, a “*la adopción plena*”. Aunque con alguna tardanza en su publicación, se aprobó la Ley 4 de julio de 1970, “*de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción*”.<sup>185</sup>

### **3. LA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE LA ADOPCIÓN. LEY 4 DE JULIO DE 1970**

#### *A) Consideraciones generales*

En España, la adopción ha sido objeto de sucesivas transformaciones a lo largo de su historia. La primera importante se operó por la Ley de 4 de julio de 1970, inspirada en los principios de la norma de 1958. Doce años después de la publicación del primer texto normativo, se tuvo que modificar el régimen jurídico de la adopción y esto hizo pensar, a algunos juristas de la época, que estábamos ante un fracaso de la Ley anterior. El legislador, para evitar la sensación de decepción normativa, propone iniciar el cambio con una declaración exculpatoria en la nueva norma de 1970,<sup>186</sup> pues suponía que esta reforma podría considerarse una “innovación radical” desde el punto de vista de los derechos del adoptado y facilitar la dotándola de mayor consistencia, (Preám. L/1970).<sup>187</sup>

Como consecuencia de la reforma, la norma de 1970 quedó estructurada entre las adopciones que se efectuaban en los establecimientos de beneficencia, expósitos e inclusas, y las relaciones existentes entre los adoptados y los adoptantes por motivos hereditarios. Además de esta división, contempló el

---

<sup>185</sup> CRUZ FERNÁNDEZ, M., “Breve reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España” *revista de la sociedad española de psicoanálisis* num.8, ed., Sociedad Española de Psicoanálisis, 2014, <http://www.temasdepsicoanalisis.org/breve-resena-historica-de-la-regulacion-legal-de-la-adopcion-en-espana/> pgs. 4-7.

<sup>186</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *La nueva adopción*, ed. Civitas S.A., Madrid, 1989, pg. 21.

<sup>187</sup> CALZADILLA MEDINA, M. A., *las reformas del Código Civil español y la Institución de la adopción*, ed. Universidad de Derecho de la Laguna, Tenerife, 2003, pg. 30.

supuesto de que los padres y tutores del infante no pudieran cumplir con sus obligaciones de guarda, alimento y educación. Ante este supuesto, permitía la posibilidad de la entrega del menor de forma anónima, siendo un caso claro de abandono al no exigirse ningún tipo de dato identificativo. Por consiguiente, al no existir consentimiento alguno por parte de los padres o tutores, esta forma de actuar de los responsables de la custodia del menor se puede interpretar como una entrega que puede ser efectuada por cualquier persona en los centros de beneficencia y expósitos, (art. 174 L/1970).<sup>188</sup>

*B) La tramitación de la adopción ante la autoridad judicial*

El trámite de expediente de adopción en la norma de 1958, tanto en su instrucción como en su comprobación y concesión, se atribuía a la Administración de los establecimientos de beneficencia y expósito. Sin embargo, una vez derogada por la norma de 1970, estos centros benéficos dejan de ostentar competencia para la instrucción, correspondiendo la autorización para otorgar esta tramitación al Juez de primera instancia del partido de residencia del adoptante.<sup>189</sup>

Asimismo, el órgano judicial podía reclamar a la Administración de dichos establecimientos benéficos que informasen sobre la situación de abandono y otros extremos de interés que permitiesen establecer la adopción. A este respecto, y para evitar posibles confusiones, es conveniente distinguir entre el expediente puramente administrativo interno, que debe cumplir función tutelar de los menores abandonados en los centros de expósitos, y que, con posterioridad, eran elevados a los Juzgados de Primera Instancia, de aquellos otros comunicados que se realizaban en establecimientos de beneficencia conforme se establecía en las normas de 1941 y 1958 que permitían, sin ningún proceso judicial y de forma directa, dar en adopción a los adoptantes, (derog art. 176 párr.2 L/1958).<sup>190</sup>

Esta nueva iniciación del trámite de adopción consistirá en una solicitud del adoptante, por medio de un escrito que debía de llevar firma de letrado, con arreglo a lo establecido en el (art.10 LECiv/1881).

---

<sup>188</sup> “En Valencia, Calle Torno del Hospital, ubicada en el centro histórico, desde la calle Balmes hasta la Calle Hospital, los historiadores nos hablan de la existencia de un torno giratorio que enfrentaba con la puerta principal del Hospital General, donde eran depositados los recién nacidos repudiados y expósitos para ser introducidos en la Inclusa o Casa de Expósitos.” <http://calleshistoricasdevalencia.blogspot.com.es/2012/07/la-calle-del-torno-del-hospital-nos.html>.

<sup>189</sup> PEREA VALLANO, A., *Tramitación de los expedientes de adopción de los acogidos a tutela de una casa de expósitos y beneficencia* (Boletín núm. 904 ed. Ministerio de Justicia Madrid), 1972, pg. 5.

<sup>190</sup> HERRERA GASCÓN, H., *Tramitación de los expedientes de adopción de los acogidos a establecimientos de beneficencia*, Madrid, 1971, cit., pg. 2.

Una vez recibido el documento por el órgano judicial, se incoaba el expediente y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, se recababa, de los adoptantes, la ratificación judicial en la solicitud realizada ante la Administración del establecimiento benéfico, procediendo, una vez obtenida dicha resolución, a la aprobación del expediente. El juez, mediante auto, comunicará a los adoptantes que, una vez comparezcan en forma y soliciten lo que a su derecho convenga, “*adopción plena o simple*”, acordarán los restantes términos que procedan respecto a la adopción. Esta conclusión por parte del órgano judicial obligaba a los adoptantes a cumplir con los preceptos legalmente establecidos para su adopción, aunque el expediente podía ser susceptible de apelación por los interesados, (art. 1826 LECiv/1881).<sup>191</sup>

El Juez que resolvía la adopción establecía, a través de los expedientes, un vínculo con los establecimientos de expósitos y beneficencia que, además de cumplir los requisitos burocráticos, debían de acreditar que las actuaciones llevadas a cabo en las situaciones de abandono de menores eran realizadas conforme a la Ley de adopción de 1970. El órgano judicial, además, tenía la obligación de escuchar a la Administración del establecimiento sobre la conveniencia de la adopción o no, de los acuerdos o trámites establecidos, (art. 178 párr.2 L/1970). No obstante, los adoptantes, como los adoptados, debían cumplir con los requisitos previos legalmente establecidos para la adopción y una vez finalizado todo el procedimiento, debían de presentar el documento ante el juzgado, (art. 175 L/1970).

Sin embargo, aunque la Ley de 1970 mejoró la protección de los menores abandonados, reforzando su situación por el Código Civil, presentaba lagunas en

---

<sup>191</sup> ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J., *Estudios sobre la adopción derecho comparado y Ley española de 4 de julio de 1970*, ed., Reus S.A., Madrid, 1968, pg. 73-74. “A) Fase judicial. Con arreglo a la relación dada por la Ley de 1958, el Código establecía que la prestación del consentimiento habría de ser hecha “a la presencia judicial” en el expediente al efecto, también judicial como es obvio, excepto en el caso de adoptado sometido a la tutela de Establecimiento benéfico en que el expediente judicial era sustituido por expediente administrativo y, en consecuencia, las emisiones de voluntad habrían de ser manifestadas ante el correspondiente instructor del mismo. La tramitación judicial tenía su desarrollo en los artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, y la administración, en general, debiera seguir las previsiones de los artículos 67 y siguientes de la Ley de Procedimiento administrativo. La redacción actual del Código, dada por la Ley de 1970, no contiene disposiciones alguna análoga a las anteriores, con lo que hay que estar y seguir, en todo caso y sin distinción lo que resulta de la Ley de Enjuiciamiento. Siguiendo pues, la Ley procesal, todos los consentimientos podrán ser inicialmente prestados en el expediente de jurisdicción voluntaria y ante el juez competente, pues si bien en tal cuerpo legal no está prevista la mayoría de ellos, parece que no haya obstáculo para aplicar por analogía la formada los consignados expresamente”.

su redacción como no hacer hincapié en cuáles debían ser las causas que podían motivar el abandono, o si realmente todas las entregas de los menores debían ser voluntarias. El legislador de la época no atendió a cuestiones como si las casas de expósitos o beneficencia estaban obligadas a guardar el secreto de entrega a los adoptantes. En cambio, tuvo presente para la determinación de la situación de abandono, la edad del menor y la del adoptante, como una de las características más importantes para ser adoptado.<sup>192</sup>

En cuanto a su estructura normativa, el texto adoptivo de 1958, como ya vimos, establecía dos clases de adopciones que se consagraron con el nombre de “*plena*”, a efectos de situaciones de abandono más intensos y “*menos plena*” para el resto de circunstancias residuales. La norma de 1970, permitió al legislador eliminar las posibles trabas y restricciones al introducir en el Código Civil una adecuada regulación, hasta entonces inexistente, de las situaciones de los menores desprotegidos, estableciendo unas disposiciones generales y los distintos tipos de abandono.<sup>193</sup>

### C) Adopción plena

Este tipo de adopción, en la que el menor proviene del abandono en la calle, se sustancia mediante un procedimiento de “*carácter general*”. El menor, que será adoptado en la mayoría de los casos a través de los centros de beneficencia, gozará de la misma posición hereditaria que el hijo legítimo, quedando sus apellidos sustituidos por la familia del adoptante. Pero no se llegará a establecer, si se conociera, una ruptura total entre el adoptado y su familia de origen, ni una integración total en el seno familiar del adoptante. La reforma legislativa de 1970 permitió de esta manera equiparar entre el hijo e hija adoptada y el legítimo, alcanzando este último la misma posición legítima que los menores naturales, (art. 178 L.1970).

---

<sup>192</sup> MORENO FLÓRES R, M., *Acto constitutivo de la adopción*, ed., Colex., Madrid, 1985, pg. 94. “El legislador tuvo una ocasión, quizás única, para agilizar los trámites de la adopción, evitando lentos procesos que únicamente redundan en perjuicio de la institución y sobre todo de la persona a favor de la cual van encaminados todos los trámites: el adoptado. Ciertamente el legislador no supo o no pudo aprovechar la ocasión”.

<sup>193</sup> BENITO ALONSO, B., “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores tutela del ministerio de la ley y guarda,” *Diario la Ley* núm.1148, sección doctrina 1997, t.6 2. Desamparo versus abandono, ed., Wolters Kluwer, 2001. “El concepto de desamparo se incorporó al Código Civil por la Ley de 24 de abril de 1958, procede de la legislación administrativa sobre actividades de beneficencia, y tras la reforma de 4 de julio de 1970, en el art.174 del Código Civil se prescindía del consentimiento de padres o tutores para la adopción en caso de abandono”.

#### *D) Adopción simple*

Es la terminología utilizada para definir esta adopción de escasa entidad, que, sin ser totalmente satisfactoria, sustituía a la adopción menor plena. El legislador, en esta segunda forma de adopción, “denominada particular”, se refiere a los supuestos de entrega del menor en una casa de expósitos o establecimientos benéficos por parte de los custodios aunque el menor no lo desee.

La voluntad por parte de los progenitores de liberarse de la guarda del hijo e hija al entregarlos en una casa de expósitos o establecimientos de beneficencia supone, en consecuencia, la pérdida de la patria potestad e implica su consentimiento para la adopción. Esta acción se realizaba acudiendo a un centro benéfico, manifestando, de forma expresa, su intención de abandonar al descendiente. Como requisito imprescindible para considerar el abandono del infante, era necesario un plazo mínimo para su apreciación, evitando de esta forma el posible arrepentimiento de los custodios, con indiferencia del supuesto que los llevara a otorgarlos.<sup>194</sup>

Estos menores adoptados gozaban de los derechos que se le atribuían en la escritura de adopción, teniendo la misma legitimidad que la reconocida al hijo e hija natural. El otorgamiento de escritura pública en la Ley de 1958 tras la aprobación judicial de la adopción, debía de inscribirse en el Registro Civil correspondiente. Se trataba solo de una ratificación de lo expresado ante el juez que lo había aprobado, como elemento probatorio y solemne. En general, la Ley de 1970 continuó con el procedimiento de inscribir en el Registro Civil todas las adopciones, permitiendo una equiparación de los menores adoptados con los legítimos y asentando de esta manera que la adopción no creaba parentesco entre los adoptados y la familia del adoptante, (art. 180 L/1970).

En la actualidad, el Convenio Europeo ratificó las situaciones de abandono en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, estableciendo que, aunque concurren todos los requisitos necesarios para en la adopción, es necesario que concurren otras formalidades como garantizar un hogar estable y armonioso o tener en consideración hechos como que el menor convive con otros hijos e hijas, (art. 176 párr.1 L/1970).

---

<sup>194</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil español* cit., pg. 102. “Nota importante respecto al abandono fue el establecimiento de un plazo mínimo para su apreciación; plazo que tras la reforma del Código Civil de 1981 se fijó en treinta días. este plazo impedía que durante su transcurso se pudiera apreciar de manera definitiva el abandono ni, como es obvio, éste pudiera ser declarado. La Ley de 1970 lo estableció en seis meses y con anterioridad a ella era de tres años”.

La introducción de normas europeas en materia de menores en nuestro ordenamiento aceleró la aprobación del Decreto de 31 de mayo de 1974 que modificaba el título preliminar del Código Civil e incluía en el mismo una norma específica sobre competencia en adopción internacional. Esta nueva visión de la adopción se mantuvo prácticamente más de una década y permitió al legislador ir corrigiendo aquellas lagunas normativas que sufría la norma de 1970, hasta llegar a una nueva reforma en materia de adopción en la que se reguló la filiación, la patria potestad y el régimen económico matrimonial.

#### **4. SEGUNDA REFORMA DE LA ADOPCIÓN EN MATERIA DE FILIACIÓN, PATRIA POTESTAD Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. LEY 13 DE MAYO DE 1981**

El fin de la dictadura precede a una sociedad española preocupada, además de por los cambios democráticos, por la familia, por sus hijos e hijas y el destino de la nación. Este pensamiento colectivo transicionalista impulsó la aprobación de la Constitución Española de 1978, lo que supuso una modernización de la adopción, ya que se hacía imprescindible no solo ajustar la legislación al nuevo marco legal constitucional, sino también a la nueva realidad social.

La Carta Magna contribuyó, de ese modo, a una profunda actualización de las reformas precedentes sobre la adopción de los años 1958 y 1970. Estas normas, como se ha señalado, permitieron ya una protección más centrada en el interés del menor que en los adoptantes. La intervención de la autoridad judicial en la relación de la adopción supuso la existencia de mayores facilidades para acceder a los menores abandonados en los centros de beneficencia y expósitos, concediendo unos derechos al menor adoptivo en lo concerniente a las materias hereditarias y, a la vez, una paulatina atenuación de las relaciones del adoptado con su familia de origen.<sup>195</sup>

La evolución de la concepción de la adopción de la época franquista, unido a las aperturas democráticas constitucionales en materia de familia, como fue la Ley del divorcio, entre otras, fueron motivos suficientes para impulsar la nueva norma de 1981. Este texto normativo supuso una mayor intensificación adoptiva, al introducir cambios positivos en las relaciones paterno-filiares, e insertar a los menores no matrimoniales en el núcleo familiar. Se puede decir que, para intentar evitar la marginación que aún existía sobre los menores abandonados, el legislador introduce la reforma legislativa sobre filiación, en el Código Civil de 1989 evitando la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos. Este principio de

---

<sup>195</sup> CRUZ FERNÁNDEZ, M., “Breve reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España,” *Revista de la sociedad española de psicoanálisis*,” núm.8 julio, ed., Sociedad española de psicoanálisis, Madrid, 2014.

igualdad sobre los menores determinará la reforma, en profundidad, del régimen anterior, introduciendo derechos relevantes como a los apellidos, los alimentos, derechos sucesorios, las relaciones paterno-filiales etc.<sup>196</sup>

Como consecuencia de la reforma legislativa, destacan, en materia de adopción, los artículos 174, 176 y 178 del Código Civil. En cuanto al artículo 174, se da una nueva redacción al apartado b) de su párrafo segundo, con el fin básico de acortar el plazo anterior de seis meses a un mes para apreciar el abandono de un menor en establecimientos benéficos o expósitos, además de la equiparación de todos los adoptados a los hijos e hijas por naturaleza, sea cual sea su modalidad de adopción en la familia del adoptante.<sup>197</sup>

Hay que destacar que la vía judicial debía ser el último recurso al que se debiera acudir y que, por tanto, la respuesta a las situaciones de los menores en conflicto debería ser solucionada por la Administración Pública. La falta de homogenización normativa provocó lagunas y contradicciones entre las distintas legislaciones a lo largo de este periodo de reformas de 1970 y 1981, debido, sobre todo, a la ausencia de un control por parte de las instituciones y organismos estatales que seguían permitiendo, en ciertas ocasiones, el tráfico de los menores y una inadecuada selección de los adoptantes.<sup>198</sup>

Por último, el legislador no supo llegar a satisfacer plenamente la función social que se esperaba de la adopción, bien a causa de la existencia de reformas normativas ineficaces que no solucionaban los problemas de los menores abandonados, o como consecuencia de una Ley de adopción de 1981 que no ofrecía los resultados esperados. Ante esta situación, se vio obligados de nuevo a reformar la institución. Para ello, se presentó ante el Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley por el que se modificaban determinados artículos del CC y de la LECiv en

---

<sup>196</sup> SERRANO GARCIA, J. A., *La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los derechos civiles españoles y la filiación ilegítima* related:www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero=RJ\_03\_II\_3.pdf&codigoAcceso=PdfRevistaJuridica la aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los derechos civiles. “Equiparar en derechos y oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro y fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudiera o no el uno casarse con el otro. Para el futuro, y en la medida de lo posible, se trata de igualar no sólo en atribuciones, sino también en obligaciones, a ambos progenitores, entre los cuales el varón no debe tener ninguna ventaja a la hora de eximir de su responsabilidad frente a los hijos por él engendrados”.

<sup>197</sup> PÉREZ ALVAREZ, M. A., *La nueva adopción*, cit., pg. 28.

<sup>198</sup> GIMÉNEZ. SALINAS-COLOMER, E., *La justicia de menores en el S.XX una gran incógnita*, cit., [http://www.iin.oea.org/La\\_justicia\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf).

materia de adopción.<sup>199</sup> Por lo tanto, tuvo que ser una tercera norma la que conociera de las necesidades del abandono, la Ley 11 de noviembre de 1987.<sup>200</sup>

## **5. TERCERA REFORMA LEGISLATIVA DE LA ADOPCIÓN. LEY 11 DE NOVIEMBRE DE 1987**

### *A) El concepto de la norma*

La historia de la adopción, como se ha visto, está salpicada de continuas insatisfacciones sociales en relación con los menores abandonados, de modo que el legislador se ha visto sucesivamente obligado a solucionar los problemas de los menores, a través de nuevas reformas. La norma de 1958 había quedado obsoleta porque se encontraba anclada en normas franquistas y fue necesario modificar el texto a través de las Leyes de 1970 y 1981. Aunque estos textos normativos supusieron un paso importante en el ámbito del Derecho Civil en materia de desamparo, no terminaron de convencer a una sociedad exigente que demandaba más claridad en la tramitación de la adopción.

La existencia, por primera vez, de un juez como órgano competente para su apreciación y declaración impulsaron las relaciones entre adoptantes y adoptados, favoreciendo así la legalidad. Sin embargo, como ya se ha comentado, todos estos cambios en materia de adopción, además de las reformas sobre filiación y patria potestad, siguieron sin satisfacer las reivindicaciones normativas de la sociedad española, que seguía viendo la adopción como una institución con muchas deficiencias, (preám. L/1987).<sup>201</sup>

El gobierno de Felipe González, ante las reclamaciones sociales de aprobar una Ley que solucionase todas las lagunas normativas que existían en materia de adopción, se vio en la necesidad de reformar de nuevo para introducir un cambio radical en la concepción jurídica de la institución, como protección de la infancia en un sentido amplio. En este sentido, introdujo instrumentos importantes en el campo de la protección privada del menor como: la integración familiar, la tutela

---

<sup>199</sup> Congreso de los Diputados. III legislación. Serie A. pg. 1y ss. (BOCG núm. 22-I de febrero 1987).

<sup>200</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *La nueva...*, cit., pg. 33.

<sup>201</sup> MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. *Guía de aplicación adopción y acogimiento Ley 21/1987*, ed., Centro de Publicaciones José Abascal, Madrid, 1991, pg. 5, “*la evolución social ha ido exigiendo del legislador, diversas reformas en derecho de familia y, en concreto, la que comporta la presente ley, que no queda circunscrita al simple ámbito civil, de la adopción, sino que tiene un alcance muy superior, pudiendo ser considerada como una Ley eminentemente protectora de la infancia. La Ley contempla una nueva concepción del menor como sujeto de derechos, consideraciones primordial en su atención la simplificación de los tramites y la rapidez de actuación*”.

automática, la guardia legal, el acogimiento familiar y la adopción. Pero dejó a un lado el concepto del desamparo, manteniendo la definición de abandono.<sup>202</sup>

Dada la concepción progresista de la adopción, en el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas al proyecto de Ley por el que se modificaban determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. La primera, por el Grupo Parlamentario Vasco, en referencia al artículo 172.1 del Código Civil, justificada en recordar lo dispuesto en el artículo 1.746 del texto civil y la Ley de 1970 en relación con el artículo 174, aclarando la situación de abandono y eliminando las posibles dudas.

*“Se consideraba abandono el menor emancipado que carezca de persona que le asegure la guarda, alimentos y educación. Para apreciar esta situación será irrelevante que se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente, bastando para que se dé la misma que hayan transcurrido treinta días continuos sin que nadie, padre o tutor del menor se interesen por él de modo efectivo, mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia, la nueva petición de noticias no interrumpe por sí solo el mencionado plazo”.*<sup>203</sup>

La segunda enmienda se presentó por parte del grupo socialista. Las Administraciones Autonómicas asumen una nueva responsabilidad en el cuidado de los menores en situación de desamparo, aclarando que es una tutela “*ope legis*”, sin intervención judicial ni formalización documental alguna. Las Entidades Públicas intervendrán de forma temporal y provisional en situaciones excepcionales o cuando la autoridad judicial lo decida dejándolo en guarda. Asimismo, el acogimiento, al igual que la adopción, puede ser llevado a cabo por una sola persona. Además, se quiere destacar en esta enmienda el primordial interés del menor, que debe presidir en este tipo de decisiones.

*“1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, tiene por ministerio de la Ley la tutela de los que se encuentran*

---

<sup>202</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *La nueva...*, cit., pgs. 32-33. “Atendiendo a los deseos de modificar la ordenación vigente de la adopción, el 10 de marzo de 1986 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales un proyecto de ley de “reforma del Código Civil en materia de adopción”. Sin embargo, la publicación del proyecto de 10 de marzo de 1986 no fue seguida del correspondiente iter legislativo debido a que se disolvieron las Cortes por la convocatoria anticipada de elecciones generales. Ya en la tercera legislatura, el Gobierno presentó un nuevo proyecto de ley que lleva de 4 de febrero de 1987 y por el cual se “modificaba determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Una vez cumplimentado el oportuno procedimiento legislativo, el proyecto de 4 de febrero de 1987 ha dado lugar a la Ley de 11 de noviembre de 1987”.

<sup>203</sup> Congreso de los Diputados, III legislación, Serie A, (BOCG núm.22-I de febrero de 1987), pg. 15.

*en situación de desamparo. Se considera una situación de desamparo aquella en la que se produce un incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección que la ley establece a favor de los menores. 2. La entidad pública asumirá solo la guarda y durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten por no poder atenderlo por enfermedad u otra circunstancia grave, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda. 3 La guardia podrá ejercerse, bajo la vigilancia de la entidad pública, por el Director de la casa o establecimiento en que el menor es internado, o por la persona que lo reciban en acogimiento. 4. Se procurará la reinserción del menor en la propia familia, y que la guarda o el acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona, todo ello en interés del menor”.*<sup>204</sup>

El texto de 1987 supuso un gran avance en nuestro ordenamiento. Se basaba fundamentalmente en dos principios: el primero llevaba consigo que la adopción solamente tendría cabida en aquellos supuestos muy excepcionales en los que los menores de edad se configuraban como un instrumento de integración familiar, referida esencialmente a quienes más los necesitaban. Se incluía en este principio, además, que el interés del beneficio del adoptado debía de predominar frente a las ventajas que pudiera ofrecer al adoptante y la aprobación judicial, generalmente en los términos exigidos, debiendo velar por la conveniencia para el adoptado. El segundo potencia el papel de las Entidades Públicas, que hasta este momento eran escasas, con competencias en protección de menores.<sup>205</sup>

Estos dos principios resultaban especialmente relevantes en la reforma de la adopción, al procurar dotar a esta institución de un contenido jurídico de carácter personal en a la relación que se crea entre el menor y las personas a quienes se confía, garantizando la plena integración, rompiendo todos los vínculos con la familia de origen, (Exp. Motivos. Preám. L/1987).<sup>206</sup>

En definitiva, la Ley de 1987 estableció, por primera vez, la definición del abandono como una situación de carácter grave, en la que no cabe posibilidad alguna de reinserción en el seno familiar y donde los poderes públicos deben de velar a partir de este momento por el menor. La solución definitiva a esta situación era el ingreso en un nuevo núcleo familiar. La intervención con el niño o niña que se encontraba desprotegido reforzaba de esta manera las relaciones de filiación.

---

<sup>204</sup> Proyectos de Ley, en 178 (BOCG núm. 22-4 de marzo 1987), cit., pg. 24.

<sup>205</sup> ADOPCION ORG. La adopción nacional  
[http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&id=60:adopcion-nacional&catid=25:conceptos-clave&Itemid=91](http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=60:adopcion-nacional&catid=25:conceptos-clave&Itemid=91).

<sup>206</sup> GIL MÁRTINEZ, A., *La reforma de la adopción Ley 21/1987*, ed., Dykinson S.L. Madrid, 1988, pg. 10.

Los cambios en la adopción se plasmaron en el Código Civil, donde se establecieron los supuestos de abandono.<sup>207</sup>

A lo anterior se suma el hecho de que la Ley de adopción supuso un paso importante en la agilización de los procedimientos de protección de los menores al eliminar trabas documentales que solo retrasaban el proceso. Aun así, la norma presentaba varias lagunas: la poca atención que ha dedicado el legislador en establecer un órgano competente para declarar el abandono,<sup>208</sup> además de la falta de definición de las distintas situaciones de desamparo de los menores.

*B) La intervención de la Administración Pública en los menores en situación de abandono, el acogimiento y la adopción*

Una vez aprobada la norma sobre adopción en 1987, el legislador establecía que las Administraciones Públicas serían las competentes en sus respectivos territorios, asumiendo las distintas situaciones de abandono que hasta el momento habían sido exclusivas de los progenitores o de las casas cunas o beneficencia, interviniendo en aquellos casos que exista una desprotección grave, estableciendo el control y la fijación de los requisitos.

Conforme a lo expuesto, la norma de 1987 introducirá por primera vez en el CC la guardia o el acogimiento familiar que permitirán la protección del menor. Llegados a este punto, se puede estimar que estas instituciones jurídicas son importantes porque estarán al servicio del menor, y desempeñarán una función primordial en las fases previas a la adopción.<sup>209</sup>

Otra distinción importante en materia de acogimiento es que la intervención de los menores por parte de las Administraciones Públicas va a estar más sometida a control, al asumir más competencias en relación con los menores desamparados y desprotegidos. Esta responsabilidad de las instituciones no dejará de estar vigilada, desde su inicio, por la autoridad judicial.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> GÓNZALEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el código civil*, cit., pg. 251.

<sup>208</sup> GÓNZALEZ LEÓN, C., *El abandono...*, cit., pg. 252.

<sup>209</sup> Como igualmente expresa en la Exposición de Motivos de la L/1987, “es una novedad importante que tiene su paragon en diversos europeos y que supone dar rango legal de primer orden a una institución haya hoy regulada por diversas normas administrativas”.

<sup>210</sup> VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción*, ed., Comares, Granada, 1995, pg. 2. “La adopción solo cabra salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad y que, como figura previa, no imprescindible, pero que se espera se utilice con frecuencia, se regula el acogimiento familiar con especial detalle”.

Por otra parte, como complemento del acogimiento familiar y la adopción en la nueva Ley de 1987, ante los supuestos de urgencia de desamparo que se puedan originar, se da la opción a una tutela automática y guarda por parte de la Entidad Pública correspondiente, (art. 173.1.2 L/1987). Asimismo, respecto al estudio previo de la valoración de la situación del menor, cabe señalar que se llevará a cabo buscando siempre la protección de unos menores siempre bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, quien podrá proponer al juez las medidas de seguridad que estime necesarias. Igualmente, se colaborará así con las instituciones privadas a las que se les encomienden, de modo casi exclusivo, las propuestas de adopción en relación con la colocación de niños y niñas en régimen de acogimiento familiar, (art. 176.2 L/1987).

La primacía del interés del infante se refleja en la necesidad de contar con su consentimiento para la adopción o para el acogimiento. Esto implicará también la posible negativa a ser adoptado cuando, aun siendo menor de dicha edad, tenga juicio suficiente. Por consiguiente, la adopción deja de ser un negocio privado entre el adoptante y los progenitores, en el momento que se cuenta con la aprobación del menor y evita, en ciertos casos, los intermediarios poco fiables que permitían otras legislaciones.<sup>211</sup>

La doctrina jurisprudencial se ha visto obligada a buscar soluciones a las cuestiones que ha suscitado la intervención de las Comunidades Autónomas. Ciertamente, han ido desempeñado un papel protagonista en este ámbito al estar especialmente capacitadas por su proximidad al ciudadano, y de su intervención han ido surgiendo nuevas necesidades y demandas sociales que la Ley de adopción de 1987 no contemplaba.<sup>212</sup> Una buena muestra de la respuesta ofrecida es la aprobación de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, “*de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, que va a intentar dar cabida a todas las situaciones de abandono de los

---

<sup>211</sup> Artículo 117 L/1987, “*habrá de consentir la adopción, en presencia del juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de doce años. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. 2º Los padres del adoptando, a menos que estén privados legalmente de la patria potestad o se encuentren incurso en causa para su privación o que el hijo se hallare emancipado. No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello. El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que haya transcurrido treinta días desde el parto. 3º Deberán simplemente oídos por el juez: 1º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. 2º. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores. 3º El adoptando menor de doce años, si tuviera juicio suficiente*”.

<sup>212</sup> VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, cit., pg. XXIV.

menores que se están produciendo como son, entre otras, la adopción, el acogimiento, el riesgo y el desamparo.

*C) El nuevo texto del artículo 174 del Código Civil*

La novedad de la modificación del texto del (art. 174 CC) dio pie a que se abriera un importante debate jurisprudencial en torno a dos puntos centrales: a) La existencia de una determinada doctrina que se inclinaba por una intervención mucho más directa por parte de la Administración Pública en los asuntos de abandono, al ser suprimida la intervención del juez competente establecida en el anterior texto de 1970. Por consiguiente, con pérdida de poder por parte del órgano judicial a los efectos de la privación de la patria potestad, y b) La vinculación de los menores abandonados con la intervención administrativa y si debe de ser necesaria para solucionar las circunstancias de los menores, pero con una decisión final por parte de un juez competente.<sup>213</sup>

Establecidas las distintas posiciones doctrinales que han dado origen a la modificación del (art. 174 CC), analizaremos a continuación cómo se ha llegado a estas situaciones respecto a los menores. En un principio, comentaremos que la Ley de 1970 establecía que las circunstancias de los niños y niñas en los establecimientos de casas cuna y beneficencia debían ser apreciadas y declaradas por un órgano judicial, a través de la existencia de documentos y escritos que se formalizaban en ese momento, ofreciéndoles una mayor garantía a la hora de llevar a cabo la adopción, permitiendo un mayor control jurídico por parte del órgano competente. Lo anterior, proporcionó una vigilancia y control que en la normativa de 1958 no existía, al considerar, en los hospicios, al menor como expósito, (preám. L/1970).

Sin embargo, la intervención con el menor abandonado cambió radicalmente al modificar el texto del (art. 174 CC) en la Ley 11 de noviembre de 1987, y establecerse sobre el abandono la autorización de la intervención de las Entidades Públicas y del Ministerio Fiscal. Este respaldo por parte de estas dos instituciones permitió atender con más claridad el estudio de las situaciones de los menores, siendo uno de los principales objetivos acabar con el tráfico de menores que se había convertido en una relación de carácter privado entre adoptantes y adoptados, aumentando el control en las medidas de protección.<sup>214</sup>

La actuación de estas dos instituciones va a influir de forma decisiva en la modificación del (art. 174 CC), dejando de ser competencia del juez los asuntos

---

<sup>213</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS M. *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas* ed. Tecnos S.A., Madrid, 1997, pg. 118.

<sup>214</sup> SEVILLA BUJALANCE, J. L., *El menor abandonado y su protección jurídica*, ed. Universidad de Córdoba, 2002, pg. 222.

de los menores. A partir de este momento, serán las Administraciones Públicas quienes autoricen la protección y defensa de los intereses de los infantes. Se establece, pues, una jerarquía entre estas dos instituciones y el Ministerio Fiscal supervisará todos los actos llevados a cabo por las Entidades Públicas.

El órgano judicial es el que asumirá, a partir de este momento, la adopción de las medidas de protección solicitadas por el Ministerio Fiscal tras la comprobación de la situación del menor (art. 174. L/1987). Disposiciones que establecerán también la necesidad de la existencia de una guarda judicial siempre que se den existan situaciones de abandono. Así, siguiendo con este esquema, uno de los problemas que quedaron sin resolver en la norma de 1987 fue especificar cuál iba a ser el órgano competente para declarar la situación de abandono del menor.

*D) Los problemas procesales y jurisdiccionales que supuso la situación de abandono conforme a la Ley de adopción*

La Ley de adopción de 1987 suscitó varios problemas en su aplicación: uno de ellos fue el procedimiento que se debía seguir desde que el menor fuese considerado desatendido por sus progenitores hasta que se resolviese su situación; y el otro, qué órgano jurisdiccional sería el competente para establecer la declaración de abandono. Ante un tema de tanta trascendencia, incluido qué institución es competente procesalmente, el legislador ni siquiera se pronunció. Estas lagunas legales originaron problemas para otorgar al menor en adopción y, al mismo tiempo, para solucionar los conflictos de desarraigo familiar y social que vivían los menores.

Asimismo, la falta de decisión por parte del legislador en estas cuestiones mantuvo las discrepancias doctrinales. Rives Sena,<sup>215</sup> por su parte, se opone a la

---

<sup>215</sup> RIVES SENA, J.M., “El menor de edad, o el mayor de edad, en situación de desamparo,” ed., revista *Diario la Ley*, núm. 4307, sección doctrinal 2010, ref., proceso sobre las capacidad de las personas, estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2009, pg. 25, “la cuestión de quien sea el órgano competente para declarar la situación de desamparo suscito arduas polémicas doctrinales tras la ley de 1987, ya que la anterior regulación en materia de adopción atribuía al juez la apreciación y declaración del abandono (antiguo art 174) y la reforma de 1987 omitía toda referencia que debía declarar el desamparo. La doctrina se hallaba dividida y algún sector llego incluso a propugnar la inconstitucionalidad de la ley por indefensión. Las diversas normas autonómicas fueron asumiendo que era a tales entes administrativos a quienes correspondía apreciar la situación de desamparo y finalmente, la cuestión ha quedado aclarada mediante la nueva redacción del art.172 que atribuye a la entidad pública competente, sin intervención, claro está, de la autoridad judicial, la constatación de un menor se encuentra en tal situación la tutela a cargo de las entidades públicas se constituye en virtud de una delación administrativa de la situación de desamparo y sin necesidad de intervención judicial”.

posibilidad de que un órgano judicial siga siendo el competente para solucionar los problemas y conflictos de los menores abandonados, apostando por una Administración Pública que resuelva las circunstancias derivadas de su abandono. Por otra parte, para González León,<sup>216</sup> es posible que las Entidades Públicas asuman la tutela de los menores en situación de desamparo, pero supervisada, por un órgano judicial competente que resuelva las circunstancias de los menores abandonados, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos.

Las discrepancias doctrinales surgieron con la reforma de la Ley de 11 de diciembre de 1987, al no admitir la apreciación judicial en la declaración de la situación del menor en estado de abandono. La anterior Ley, la de 1970, la permitía en el (art. 174 CC) a través de los establecimientos de beneficencia. Si al conflicto doctrinal le unimos un traspaso de las competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, sobre todo en temas de legislación de menores en estado de desamparo, tras la Ley de 1987 surgen dos formas distintas de atender la intervención de los menores en situación de abandono: una de carácter Administrativa y otra judicial.

Aunque la doctrina mayoritaria abra el debate porque se haya modificado el antiguo (art. 174 CC), referido a la intervención de los jueces en los establecimientos de beneficencia, se puede entender que esta controversia doctrinal y jurisprudencial se suscitó como consecuencia de una nueva reforma de la Ley de adopción de 1987 y la redacción del CC, donde se omitía toda referencia a la intervención del órgano judicial en situación de abandono de menores, ya que en la anterior regulación en materia de adopción se citaba textualmente la intervención del juez. La ausencia de un órgano judicial en situaciones de desamparo tras la reforma de adopción de 1987, no es motivo suficiente para

---

<sup>216</sup> GÓNZALEZ LEÓN, C., *El abandono....* cit., pg. 252, “uno representa por los que defienden que el silencio de la ley hay que interpretarlo entendiendo que son las mismas Entidades Públicas las competentes para declarar el desamparo. Estos autores suelen ser a su vez los mismos que creen que la Entidad Pública se convierte en tutora de los menores desamparados ope legis y sin necesidad de previo control judicial. En segundo lugar están los que estiman más conveniente seguir afirmando, como lo hacía el anterior art.174.Cc y como se establece hoy en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos que el abandono sólo puede declararlo el juez.” En la misma línea doctrinal GONZÁLEZ PILLADO, E., y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor* ed. Tirant lo blanc, Valencia, 2006, pg. 218, “frente a la opinión mayoritaria, otro sector de la doctrina estimó adecuado acudir a los tramites del juicio declarativo ordinario de menor cuantía ya sea basándose en el número 2 del art.484 LEC de 1881, por afectar las mismas al estado civil de las personas o por la posibilidad de incardinación en el número 4º del mismo precepto al no estar dispuesto otro cauce distinto de modo expreso”.

considerar a las Entidades Públicas competentes para declarar las circunstancias de desatención de los menores.

Por consiguiente, el órgano que decida la situación del menor en un centro benéfico debe ser administrativo, por ser el órgano tutelar, aunque la función de control de legalidad, vigilancia y convivencia de cada menor se encomiende a un órgano de jurisdicción ordinaria. De esta forma, se evita que los progenitores en desacuerdo con la intervención de la Entidad Pública tengan que verse en un proceso contencioso administrativo, dilatando así en el tiempo la situación de abandono del menor en un establecimiento, o familia de acogida. Por último, estos conflictos competenciales podrían haberse evitado si el legislador, en su momento, hubiera reformado la LECiv/1881.<sup>217</sup>

## **6. LOS JUZGADOS DE MENORES, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMPETENTES PARA SOLUCIONAR LOS PROBLEMAS**

Ya tuvimos oportunidad de comprobar que los Tribunales Tutelados de Menores eran los encargados de asumir tanto los asuntos de carácter penal como la protección de los niños y niñas que se encontraban en situación de abandono. Este inicio de razonamiento permitirá explicar, con claridad, que existen unos antecedentes que pueden avalar un posible planteamiento de que los Juzgados de Menores, en la actualidad, puedan asumir no solo competencias en el ámbito penal, sino también en el civil.<sup>218</sup>

A pesar de lo anterior, debemos considerar que la legalidad y el procedimiento para enjuiciar y auxiliar a los menores abandonados por las

---

<sup>217</sup> FELIU REY, M. I., *Comentarios a la Ley de adopción*, ed., Tecnos S.A., Molina, Madrid, 1989, pg. 139, “no obstante, hay que tener en cuenta el dato de que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que se refiere al procedimiento a seguir para tramitar la adopción, no sufrió variación alguna con las sucesivas reformas del Código Civil en esta materia, y ello no porque se adecuaron las normas de una con las reformas del otro, sino por falta de vista por parte del legislador, siendo ello fuente de posibles conflictos entre las normas de un cuerpo y las del otro”.

<sup>218</sup> GÓNZALEZ PILLADO, E., y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, cit., pgs. 216-217, “la situación de los dos ámbitos de actuación concretos en la relación al menor, de un lado la protección atribuida a la Administración, con una revisión judicial posterior por parte de los órganos jurisdiccionales civiles, y de otro, la corrección del menor infractor encomendada a los juzgados de menores, una vez extinguidos los antiguos Tribunales Tutelares de Menores que asumían ambos tipos de funciones, no estuvo acompañada por la regulación de un cauce procesal concreto para la tramitación de las cuestiones derivadas del mismo”. Concretamente el art.9 de la Ley de Tribunales Tutelados de Menores de 11 de julio de 1948 atribuía a estos órganos tanto la competencia relativa a la protección de los menores como la corrección de los mismos ante la posible comisión de un hecho tipificado como delito y falta”.

instituciones judiciales en épocas antecesoras no eran los más adecuados para canalizar todos los asuntos de los infantes en situación de abandono.<sup>219</sup> Aquella situación era muy distinta a la que se produce en los órganos judiciales contemporáneos. Sin embargo, en la actualidad los Juzgados de Menores podrían perfectamente, mediante procesos legales, atender todas las situaciones de los infantes y adolescentes, (art. 97 LOPJ/1985).<sup>220</sup>

Puede afirmarse que los Juzgados de menores no tendrían ningún problema en asumir competencias en el ámbito penal, ni tampoco en aquellos casos de infantes y adolescentes en que se les apliquen las Leyes. Es decir, el legislador ha elaborado normas en atención a las distintas edades y a su vez los distintos comportamientos de los infantes y adolescentes tanto en el ámbito civil (Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia de 2015) como en el penal (la Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, Reguladora de la responsabilidad penal de los menores). La propia existencia de estas normas permitiría unificar los hechos delictivos y los criterios civiles en un solo órgano jurisdiccional.

Una vez comprobado que los jueces de menores pueden asumir tanto competencias de ámbito civil como penal, se genera la cuestión de la masificación de casos que el propio juzgado no pudiera asumir. Frente a ello podrían ampliarse las Salas en el ámbito civil, de modo similar a lo que ocurre en el ámbito penal.

Este razonamiento viene acompañado del hecho de que la LOPJ/1985 y a través del Consejo General, podría abrirse la vía de que otros juzgados pudieran

---

<sup>219</sup> STC. Pleno, 14 de febrero 1991, (BDA RTC 36,1999) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente.), *”el art.15 LTTM. Infringe el art.9.3 ya que, al no disponer un procedimiento específico adaptado a la especial situación del menor, los jueces de Menores aplican diferentes normas procesales, provocando inseguridad jurídica. Con ello se vulnera igualmente el principio de igualdad garantizado en el art.14 CE, porque, al existir un vacío legal en cuanto al mínimo cauce procesal a seguir respecto del menor enjuiciado, se ha hecho posible que a los menores no se les haya aplicado las garantías procesales con que cuentan los adultos en idéntica situación, habiendo una desigualdad de trato”*.

<sup>220</sup> VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico* cit., pgs. 216-217, *“la situación de los dos ámbitos de actuación concretos en la relación al menor, de un lado la protección atribuida a la Administración, con una revisión judicial posterior por parte de los órganos jurisdiccionales civiles, y de otro, la corrección del menor infractor encomendada a los juzgados de menores, una vez extinguidos los antiguos Tribunales Tutelares de Menores que asumían ambos tipos de funciones, no estuvo acompañada por la regulación de un cauce procesal concreto para la tramitación de las cuestiones derivadas del mismo”*. *” Concretamente el art.9 de la Ley de Tribunales Tutelados de Menores de 11 de julio de 1948 atribuía a estos órganos tanto la competencia relativa a la protección de los menores como la corrección de los mismos ante la posible comisión de un hecho tipificado como delito y falta”*.

asumir, con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, otorgando la posibilidad de la creación de nuevos juzgados en cuestiones que puedan darse en el ámbito civil, sobre todo aquellos que conciernen a la vía administrativa. De hecho, ante un gasto económico importante como es la creación de nuevas salas de menores, la vía más viable es la utilización de juzgados ya existentes, (art. 98.1 LOPJ/1985).

Conforme a lo expuesto, situaciones como son el caso del abandono, desamparo, tutela, guarda, acogimiento, emancipación y adopción, deberían ser competencias instruidas por órganos jurisdiccionales de menores y, por el contrario, no correspondería ser abordadas por los juzgados de Primera Instancia. Pues bien, en mi opinión creo que es ilógico pensar que un adolescente que tenga que resolver un asunto de carácter civil que afecte en su esfera familiar y social tenga que terminar resolviendo su problema ante un órgano judicial distinto, como es el órgano de mayores correspondiente, por ser una institución que trata de asuntos relacionados con la familia.

Por otra parte, es interpretable que las cuestiones que incumben al menor sean resueltas en un procedimiento civil de mayores, como por ejemplo, divorcios, separaciones, etc., por ser, en ese momento, miembro de la unidad familiar. Sin embargo, una vez roto el vínculo y existiendo Derechos que pueden ser reivindicados por los menores, como son las relaciones paterno-filiares, estas nuevas demandas deberían resolverse en los Juzgados de Menores.

Sin embargo, el legislador determinó que los asuntos de adopción y acogimiento deberían resolverse en el ámbito civil, por los Juzgados de Primera Instancia, a tenor de la LOPJ/1985, y así se estableció en la Ley de adopción de 11 de noviembre de 1987. En consecuencia, lo único que realizó esta norma, según la (STC, 18 de octubre de 1993),<sup>221</sup> fue regular la situación de los menores, no

---

<sup>221</sup> STC Sala1ª, 18 de octubre de 1993, (BDA RCM 1993,298) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón), *“el problema nace de que, salvo cuando se trata de niños sometidos a la jurisdicción de los juzgados de menores (cuyas garantías han sido objeto de las SSTC 71/1990, 36/1991, y 211/1993), la situación de desamparo de los menores de edad es conocida por los juzgados de lo Civil comunes en el cauce de un pronunciamiento ad hoc, que no se encuentran perfilados por la Ley de manera clara ni acabada. Ni el Código Civil, ni la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, precisan de qué forma pueden defender sus derechos la madre biológica, ni otros parientes o los guardadores, cuando una entidad competente en materia de protección de menores (designada en la Disposición adicional primera de la Ley 21/1987) entiende que un menor se halla en situación de desamparo. la ley de adopción de 1987 se limitó a regular el acogimiento y adopción de los menores, y no dio normas expresas respecto al momento inicia: la constatación de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo”*.

estableciéndose en ningún momento cuál sería el órgano competente que instruyese el comienzo de una situación de abandono.

Al hilo de la resolución del Tribunal Constitucional debería haberse discernido entre los asuntos que deben ser instruidos y resueltos por un órgano judicial de menores y los familiares, al no existir institución competente que iniciara el proceso.<sup>222</sup> No obstante, puede entenderse que nueve años después, en lugar de acelerarse la reforma global de la legislación de menores que permitiría corregir las irregularidades procesales y recoger las garantías constitucionales, se aprobó una Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LECiv., (art.85. LOPJ/1985).

---

<sup>222</sup> GÓNZALEZ PILLADO, E., y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales...*, cit., pg. 217, “*el propio Tribunal Constitucional en la STC 298/1993, de 18 de octubre, reconoce el vacío legal en los siguientes términos, ni en el CC ni la LEC tras la reforma efectuada precisan cuando una Entidad pública competente en la materia de protección de menores entiende que un menor se halla en situación de desamparo. La ley de adopción de 1987 se limitó a regular el acogimiento y la adopción de menores y no dio normas expresas respecto al momento inicial: la constatación de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo*”.

## **CAPÍTULO III. ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR**

### **I. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y NACIONALES QUE CAMBIARON LA CONCEPCIÓN DE LA RELACIÓN CON EL MENOR**

#### **1. LAS NORMAS INTERNACIONALES**

Los menores han sido considerados, a través de la historia, como una propiedad de los progenitores, tutores o establecimientos de beneficencia. Los infantes no tenían derechos ni libertades reconocidas legalmente. Aunque, en teoría, la mayoría de los países estaban de acuerdo en la aplicación de normas protectoras, eran muy pocos ordenamientos en que se garantizaran. Lo común era la inexistencia de Leyes que regulasen las conductas de los menores junto a la falta de consideración a los niños y niñas como ciudadanos dentro de las comunidades sociales. De hecho, hasta principios del S.XX, las Instituciones Públicas no empezaron a considerar a los menores como personas que debían ser integradas plenamente en el contexto social mundial.<sup>223</sup>

Será en el S. XX cuando comience a desarrollarse una normativa de carácter internacional que progresivamente será ratificada e incorporada al marco legal de los diferentes Estados. “*La Declaración de los Derechos del niño*”, de 1924, fue uno de los primeros movimientos legales en defensa de los intereses del menor, en 1924. Esta norma responsabilizaba a los países y a las sociedades miembros de los mismos a asegurar el futuro de los menores, con el fin de reconocer que era necesario pasar de una situación de necesidad infantil a otra de Derechos reconocidos internacionalmente.<sup>224</sup>

#### *A) La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño de 1924*

Este acuerdo, ratificado en “*la Declaración de Ginebra*”, fue el primer texto internacional histórico que separa las necesidades de los derechos específicos de los menores. En el citado Convenio se recogieron los cinco principios en los que se basaba la protección del menor, marcando una nueva etapa en una concepción social que veía necesaria la intervención internacional para regular las situaciones

---

<sup>223</sup> OCÓN DOMINGO, J., “Normativa internacional de protección de la infancia”, *cuadernos de trabajo social* núm. 19, ed., Universidad Complutense Madrid, 2006, pg. 114.

<sup>224</sup> DÁVILA BALSERA, P., y NAYA GARMENDIA, L. M<sup>a</sup>. “La evolución de los Derechos de la infancia: Una visión internacional”, *revista encuentros sobre la educación* vol.12 núm.7, ed., Universidad Complutense Madrid, 2011, pg. 73.

personales en las que vivían algunos infantes y adolescentes necesitados de protección especial.<sup>225</sup>

*“1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe de ser alimentado, el niño enfermo debe de ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe de ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe de ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentido del deber que tiene que poner sus mejores cualidades para el servicio del prójimo”.* (DD. Ginebra 1924).

Esta Declaración surgió a raíz de las condiciones en las que se encontraban los niños y niñas que habían sido víctimas de los horrores de la primera Guerra Mundial, en particular aquellos que se habían quedado huérfanos. Posteriormente, al conflicto bélico influyó en el seno de la Sociedad de las Naciones, en 1919, en el *“Tratado de Versalles”*. Acuerdo que permitió el control de la trata de mujeres y la protección de los menores. Esta medida de control y vigilancia no fue la única que se adoptó. En 1920 se fundó en Ginebra *“la Unión Internacional de Socorros”* con el fin de recoger fondos para los menores abandonados y sin alimentación alguna.<sup>226</sup>

Estos acuerdos y tratados permitieron acelerar la necesidad de la responsabilidad de protección que debían de contraer los Estados sobre los menores, que se plasmaron el 24 Septiembre de 1924 en *“la Declaración de Ginebra”*,<sup>227</sup> adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas.

---

<sup>225</sup> DÁVILA BALSERA, P., y NAYA GARMENDIA, L. M<sup>a</sup>. “El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales,” *revista educación infantil* núm.10, ed., Universidad de Huelva, 2008, pg. 17, *“esta Declaración es muy sucinta y se recoge en cinco principios, observándose una serie de derechos dentro de las dimensiones protectoras: alimento, cuidado, ayuda, acogida y socorro (título 2); educación (2,4 y 5); reinserción del niño delincuente (2) y protección en caso de peligro (3). Todo lo cual supone un “esbozo” de la integridad de los derechos, si bien no está recogido ni el derecho de los niños a unos padres ni tampoco estos son considerados como sujetos de derecho Esta Declaración se ha criticado desde el punto de vista de la técnica jurídica, aunque se aprecia la fundamentación del derecho de los niños al desarrollo de su personalidad. Así pues, estos derechos están planteados desde una nueva ética a favor de la infancia”*.

<sup>226</sup> VICENTE SALAZAR, R., “Antecedentes nacional e internacional sobre la percepción y los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes,” *revista Electrónica Educare* vol.12, núm.1, ed., Universidad Nacional de Costa Rica, 2008, pg. 61.

<sup>227</sup> OCÓN DOMINGO, J., “Normativa internacional de protección de la infancia.” cit., pgs. 114-115, *“los efectos de este primer impacto bélico sobre la conciencia colectiva hicieron que, desde la perspectiva internacional, la Sociedad de Naciones, reunida en la ciudad de Ginebra en su V Asamblea, de fecha 24 de septiembre de 1924, aprobara la primera Declaración de*

Sin embargo, algunos organismos privados especializados llegaron al convencimiento de que los Estados no solo debían contribuir a las necesidades físicas de los menores, sino también intervenir en aquellas carencias de integración de carácter social. Así ocurrió con el “Fondo de las Naciones Unidas para la infancia” (*United Nations Children’s Fund*) o “Unicef”, asociación que participó activamente en ayudar y proteger los Derechos de los niños después de “la Segunda Guerra Mundial”, el 11 de diciembre de 1946. Esta Institución enunció que las particulares necesidades de los menores debían estar plasmadas en un texto que buscara un absoluto bienestar del menor.<sup>228</sup>

#### *B) Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959*

Una vez terminada la segunda contienda militar mundial, los Estados fundadores de la O.N.U. se convencieron de la necesidad de proteger los Derechos fundamentales de las personas, lo que se plasmó en los Convenios Internacionales de los Derechos de todas las personas. De esta forma, se estableció “la Declaración Universal de los Derechos Humanos”, en la Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, en París. En este documento declarativo se recogerán los principios de la libertad, la igualdad, la justicia y la paz, en referencia a la obligación del respeto de los Derechos y Libertades a lo largo de los treinta artículos básicos considerados a partir de “la Carta de San Francisco”, de 1945.<sup>229</sup> Este Convenio fue ratificado en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de forma unánime, por los setenta y ocho países que forman la Organización. Los Estados miembros establecieron una Declaración sobre los Derechos del niño, de 1924, recogidos en diez principios, que tendría como base la de Ginebra.

*“Principio 1: Derecho a la igualdad. Principio 2: Derecho a una protección especial para su desarrollo integral en condiciones de libertad y dignidad, y de que al promulgar leyes, están atenderán a su superior interés. Principio 3: Derecho a un*

---

*Derechos del Niño. En esta Declaración se realiza un compendio de todos los deberes inherentes a hombres y mujeres de cualesquiera de las naciones y se destaca la necesidad, que surge en cualquier menor abandonado, de recibir una protección especial”.*

<sup>228</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. J., “La infancia: Una misión, un reto,” *revista española de educación comparada* núm. 9, ed. UNED, 2003. pg. 50, “este organismo nacía como un organismo de emergencia en la posguerra y los Estados Miembros no pretendían darle continuidad, pero en los 50 y ante la fuerte presión de representantes de África, América Latina y Asia, así como un sector de la opinión pública surgió el llamamiento ¿cómo podría considerarse concluida la acción internacional a favor de la infancia cuando millones de niños y niñas de esos tres continentes permanecían postrados en medio de la enfermedad, el hambre y la pobreza? En 1953, la Asamblea General confirmaba como elemento permanente del sistema de las Naciones Unidas a la organización”.

<sup>229</sup> ÓCON DOMINGO, J. “Normativa internacional de protección de la infancia”, cit., pg. 115.

nombre y a una nacionalidad. Principio 4: Derecho a la alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos. Principio 5: Derecho a la educación y cuidados especiales de los niños con dificultades físicas o psíquicas. Principio 6: Derecho a crecer al amparo de su familia, en un clima de afecto y seguridad moral y material. Las autoridades opinarán de los niños sin familias. Principio 7: Derecho a la educación y al juego. Principio 8: Derecho a ser el primero en recibir auxilio. Principio 9: Derecho a no ser maltratado ni explotado. Principio 10: Derecho a no ser discriminado, vivir en paz, tolerancia y comprensión.” (DD. 1959).

No obstante, en la nueva Declaración del menor aparecen las medidas que se deben imponer al niño y la niña para establecer la nueva forma de protección del infante. Estas medidas debían caracterizarse por velar por el interés del menor abandonado, basándose en el derecho a la comprensión y al amor a los progenitores y a la sociedad, (ppio. 6 DD 1959). De esta forma, se evitaba que los infantes fueran separados contra su voluntad de los padres, y que dicha protección legal se tuviera que mantener desde antes de su nacimiento.

Este manifiesto presupone un cierto reconocimiento de los Derechos Civiles de los menores que permitieron asentar por primera vez unos nuevos conceptos legales que garantizaran la protección de los menores por encima de cualquier otro interés, incluso el familiar, estableciéndose esta teoría en la Convención de 1989. Esta nueva forma proteccionista del menor resultó controvertida en el ámbito jurídico ya que se basaba fundamentalmente en “*El interés superior del menor*” (ppio. 2 DD 1958).<sup>230</sup>

### C) *La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989*

Los Estados miembros de las Naciones Unidas, treinta años más tarde, aprueban en Nueva York “*la Convención sobre los Derechos del Niño*”, con cincuenta y cuatro artículos. En España, fue adoptada el 30 de noviembre de 1990 y abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, el 20 de noviembre, de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990. Se fundamentaba en la familia como un grupo que tiene su reconocimiento social, así como en la exigencia de una mayor protección y asistencia del niño y la niña, dentro del núcleo social, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad en la sociedad. Esta Convención dejaba atrás los conceptos arcaicos de la protección del menor, que se amparaban en las casas de expósitos, establecimientos de acogida o beneficencia.<sup>231</sup>

<sup>230</sup> DÁVILA BALSERA, P., y NAYA GARMENDIA, L. M<sup>a</sup>. “El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los tratados internacionales”, cit., pg. 20.

<sup>231</sup> RODRÍGUEZ GARCIA, A., *Los Menores en un Estado de Derecho*, cit., pg. 19, “*la Carta Magna de los derechos de la infancia. Se trata de una legislación básica, obligatoria para*

La Convención de 1989 permitió meditar sobre la evolución protectora de los Derechos Fundamentales de los menores, alcanzando su grado máximo en “*el interés del niño y la niña*”, reforzando la idea del menor como sujeto al que había que proteger. Aún así, la Declaración de 1989 venía precedida, entre otras, por “*el Convenio de La Haya*”, de 5 octubre de 1961, “*sobre la protección de los menores*”. El término “*menor*” se estableció para toda persona que reuniera una serie de condiciones, entre las que se incluía la edad, (art. 12 HCCH/1961). El manifiesto de 1989 sustituyó este concepto por el que se determinaba, en el pasado, “*niño y niña*” a toda persona menor de dieciocho años, (art. 1 CDN/1989). De esta forma, se desvinculaba la edad de protección de las diferentes edades por las que los Estados diferenciaban entre infantes y adolescentes de aquellos que alcanzaban la mayoría de edad, (art. 3.1 CDN/1989).<sup>232</sup>

El citado manifiesto de 1989 permitió que el menor se hiciera visible y se individualizara al pasar del ámbito privado de los establecimientos de beneficencias y expósitos, a la vigilancia y custodia pública, en los supuestos de abandono que se originaban en el núcleo familiar; o en aquellas circunstancias de desahucio que desaconsejaban proseguir con él, debido al comportamiento del menor. Es en este momento cuando los poderes públicos empiezan a velar por los intereses de los niños y niñas. Obligación que vendrá impuesta mediante la ratificación de España con el Convenio de 1989, correspondiendo esta competencia a los organismos del Estado. A su vez, estas Instituciones transfirieron las intervenciones a menores en las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, con arreglo a las Leyes que correspondieran en el ejercicio de esa función en el territorio de que se trate.<sup>233</sup> Por consiguiente, la protección del

---

*todos los Estados Miembros que recoge los derechos de la infancia formando un todo con las garantías de protección de los mismos, recogiendo y desarrollando la Declaración de los Derechos del niño y de la niña. Así aparece tanto en la LO 1/1996 y LO 5/2000 en la exposición de motivos en ambas”.*

<sup>232</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y FORNER DELAYGUA, J. J., (AAVV). *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño*. ed. Marcial Pons Barcelona, 2010, pg. 13.

<sup>233</sup> LIGERO LASA J, A., y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Familia, infancia y derechos: Una mirada cualitativa desde la percepción adulta”, *revista trabajo social*, vol.3, ed., Universidad de Huelva, 2003, pg. 56, “*el Estado (o las Administraciones Públicas) se entiende como un garante subsidiario de la infancia cuya intervención sólo es legítima en el caso que el actor legítimo para ello, la familia, no pueda o no sepa mantener una pauta socialmente aceptada. Entonces, si lo público interviene, se entiende por ello presupone que han existido comportamientos “anormales o deficitarios”. De esta forma, encontramos un sistema de valores que preserva a los sujetos y familias “normalizadas” en el ámbito de lo privado, mientras lo público se utiliza sólo y exclusivamente ante situaciones de conflicto. Establecer,*

menor por parte de los Organismos e Instituciones Públicas se encaminará a una serie de actuaciones para prevenir y corregir las situaciones de riesgo, desamparo y abandono que se daban en el ámbito familiar, (art. 20.1 CDN/1989).

En síntesis, se puede decir que esta nueva forma de concepción del interés por el menor abandonado ha hecho que Organismos e Instituciones Públicas estatales amplíen sus fronteras en búsqueda de actuaciones adecuadas. Así ocurre con la adopción internacional, que se presenta como una nueva medida que ayuda a dar a una familia, de forma permanente, a un niño o una niña que no pueda encontrar un hogar adecuado en su Estado de origen. A lo anterior se une la aprobación 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*”. Además, en algunos países las normas nacionales han reforzado las ideas internacionales de la protección del menor, como ocurre en el territorio español a través de la Constitución Española de 1978, y sus Leyes sobre menores.

## 2. NORMAS ESTATALES

### A) *Los menores en la Constitución Española de 1978*

El proceso de renovación del ordenamiento jurídico español en materia de menores comenzó tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. El motivo principal no fue otro que aprobar, por parte del Gobierno español, una norma suprema que protegiera los intereses de los menores. Es así porque se contaba con un sistema normativo agotado, ineficaz e insuficiente que ya no defendía los Derechos y Libertades fundamentales de los menores como consecuencia de la existencia de muchas normas obsoletas que no solucionaban las circunstancias personales de los infantes y adolescentes.<sup>234</sup>

---

*otros cauces de relación con la infancia, diferentes a los ya existentes es visto como una intromisión ilegítima. La acción es comparada con el robo: “Coger lo que no es de uno”.*

<sup>234</sup> Los principales textos normativos en la protección de la infancia fueron los siguientes: Orden, de 30 de diciembre, de 1936. “*Sobre la solicitud de familias en acogidas niños y niñas huérfanos y abandonados*”; Orden, de 1 de abril de 1937. “*Acogimiento de huérfanos abandonados*”; Decreto, de 23 de noviembre de 1940. “*Regulación de los huérfanos nacionales*”; Ley de 17 de octubre de 1951. “*Regula la adopción de las casas de beneficencia y expósitos*”; Ley de 4 de diciembre de 1941; “*las inscripciones en el Registro Civil*”; Ley de 24 de abril de 1958. “*Adopción que se modifica determinados artículos del Código Civil*”; Ley de 4 de julio de 1970. “*Modificación del Capítulo V del Título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción*”; Ley, de 13 de marzo de 1981. “*De modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*”; Ley de 11 de noviembre de 1987. “*Por la que se modifica determinados artículos el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*”.

Por otra parte, conviene indicar que el inicio de la influencia del Derecho Internacional en materia de menores en nuestro ordenamiento jurídico español facilitó que se adoptaran posiciones más favorables respecto a los Derechos de los menores. Esto impuso, consecuencia además de los Tratados con los Estados Unidos en 1953, el ingreso de España en la ONU en 1955 y los acuerdos con la Santa Sede en 1976, a la aprobación y entrada en vigor de la Carta Magna de 1978, a que se reflejara en la misma el respaldo a la familia y al menor.

La Carta Magna de 1978 permitió establecer unos Derechos y Libertades Fundamentales reconocidos a todos los españoles, con independencia de su edad. En la norma destacan algunos artículos que hacen referencia a los menores como son el limitar la libertad de expresión para proteger la infancia y la educación. Asimismo, la norma suprema, aunque solucionó la problemática de la abundancia legislativa en materia de menores, solamente reconoció los Derechos de los infantes de forma generalizada en su articulado, (art. 10.2 CE).<sup>235</sup>

A la hora de aplicar España los acuerdos internacionales en materia de menores, tenemos que diferenciar los convenios que sí son ratificados por el Gobierno español y, una vez publicados en el Boletín Oficial del Estado, formarán parte del ordenamiento interno, de aquellos otros que, aunque estén firmados, carezcan de aprobación. Los Derechos de los niños y niñas reconocidos en los acuerdos internacionales, al faltar la ratificación, ofrecerán mayores dificultades en su aplicación en el territorio español, al no considerarlos parte del Derecho por no permitirlo la Constitución Española de 1978. Del mismo modo los acuerdos internacionales aprobados cumplirán una función normativa como fuente de inspiración del futuro legislador y servirán como criterios interpretativos de otras normas en nuestro Derecho interno, (art. 96 CE).

La ratificación, por parte del Gobierno español, de “*la Convención sobre los Derechos del Niño*”, de 1989, en cuanto al Derecho interno de la Constitución Española de 1978, introdujo los Derechos y Libertades sobre el menor que hasta entonces no existían y los establecerá en su Capítulo III del Título I “*los principios rectores de la política social y económica.*” Los poderes públicos, con independencia de su filiación, tienen encomendada la protección de la familia y de los menores; sin embargo, la obligación de prestar la necesaria asistencia a los hijos e hijas durante la minoría de edad, corresponderá a los padres, (art. 39 CE).

La norma magna de 1978, a nivel interno, permitió abrir las puertas a desarrollar textos legales que supusieron un desarrollo normativo a la protección

---

<sup>235</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Aspectos constitucionales de la protección integral de la infancia” *revista de los investigadores del instituto de investigación de la infancia* núm.12, ed., Universidad de Veracruzana, México, 2005, pg. 7.

de la infancia y una adaptación a las normas progresistas de la época. La Ley Orgánica de 4 de julio de 1985 “*reguladora del Derecho a la Educación*” (LODE), estableció la enseñanza como un derecho de todo menor y permitió el desarrollo de otras normas como la Ley de 3 octubre de 1990, de “*Ordenación General del Sistema Educativo*”, (LOGSE), con el objetivo de asegurar la educación a los menores, (art. 65.4 LOGSE), (art. 27 CE).<sup>236</sup>

En síntesis, el menor se convierte en titular de una serie de Derechos y Libertades Fundamentales, reforzando su valor como persona y un reconocimiento jurídico que carecía en legislaciones anteriores. Sin embargo, la Constitución Española de 1978 no deja claro cuándo empieza y termina esa protección del menor por parte de los poderes públicos.<sup>237</sup> Asimismo, la Carta Magna ha permitido un desarrollo continuo y constante de la producción normativa en la protección del infante, y no solamente tiene interés en los Convenios Internacionales y en la norma suprema, sino a través de unas series de normas han ido garantizando, con posterioridad, la nueva forma de intervención en la protección del menor y sus Derechos.<sup>238</sup>

#### *B) La Institución del desamparo en la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996*

Los últimos antecedentes históricos de los menores abandonados los encontramos en la Ley de adopción de 1987. Esta norma favoreció la reforma de ciertos artículos del Código Civil a favor de la situación del menor. Asimismo, la Constitución Española de 1978 reforzó la institución de la unidad familiar y asentó las bases de los Derechos y Libertades Fundamentales de los niños y niñas en el territorio español. Principios todos ellos establecidos en los acuerdos internacionales que permitieron conceder al menor desatendido un reconocimiento a nivel mundial.

---

<sup>236</sup> Posteriormente a la Constitución española 1978, se aprobaron las siguientes normas: La Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2002, “*la calidad de la educación*” (LOCE). Ley Orgánica de 23 de mayo de 2006, “*educación*” (LOE). Ley Orgánica de 9 de diciembre de 2013, “*la mejora de la Calidad Educativa*”. (LOMCE).

<sup>237</sup> TORRES-SÁNCHEZ MORENO, J., *El desamparo de menores*, ed., Thomson Aranzadi, S.A., Cizur Menor, 2005, pg. 21.

<sup>238</sup> Destacando entre otras normas: La Ley de 11 de noviembre de 1987, “*por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*”, la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1 de julio de 1995, que modificó la Ley Tribunales Tutelares de Menores; la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, “*de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, la Ley de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”.

Ante una compilación de normas que no solucionaban los problemas de los menores desatendidos, se promulgó una Ley Orgánica en 1996, “*sobre la protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, que establecía los principios legislativos en los que debían asentarse los Derechos y Libertades Fundamentales de los infantes y adolescentes. Esta norma introdujo una nueva forma concepción que permitía un papel más representativo en su esfera social y personal del menor, así como ampliar sus Derechos y Deberes, pudiendo ejercitarlos directamente o, en su defecto, que tengan las mayores garantías en su beneficio.<sup>239</sup>

Esta Ley Orgánica de 15 de enero de 1996 supuso un importante avance normativo a la hora de solucionar las lagunas legales que presentaba la norma de adopción de 1987. Permitted asentar los conceptos de riesgo y desamparo en España al reformar en profundidad las tradicionales Instituciones de los menores reguladas en el Código Civil, y abrió el desarrollo de varias figuras nacionales con la finalidad de que los menores ejercieran sus Derechos, los desarrollasen, les fueran respetados y reconocidos por los mayores. Casos como la patria potestad, emancipación, tutela, guarda, acogimiento familiar y adopción, (art. 11.2 LOPJM).<sup>240</sup>

Asimismo, esta norma de 1996 ofreció un marco legal de actuación más acorde con las nuevas necesidades y demandas de la sociedad española del momento. Como se indica en su Exposición de Motivos, el concepto anticuado de abandono que existía en la Ley de adopción de 1987 evoluciona al de “*institución de desamparo*”. Este cambio dio lugar a una considerable agilización de protección en los procesos de menores, al permitir, de forma automática, la tutela de aquel por parte de la Entidad Pública competente en los supuestos de desprotección grave del mismo.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> MONTÓN GARCÍA, M., *Derechos y Garantías de los Menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1.996 de 15 de enero*, ed. Artes Gráficas y encuadernaciones, Sdad. Coop. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 2003, pg. 43.

<sup>240</sup> MONTÓN GARCÍA, M., *Derechos y Garantías de los Menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1.996 de 15 de enero*, cit., pg. 44, “*se diferencian dos grandes cuestiones: Aquellas en que el menor puede o debe tener participación activa, dado que lo que se dilucida puede tener consecuencias directas o indirectas sobre sus derechos o intereses y que se manifiesta esencialmente en su participación en actuaciones administrativas o judiciales; y aquellas en las que se encuentra desprotegido y para las que se prevén una serie de mecanismos, algunos no absolutamente nuevos, cuyo objeto es conseguir que esa desprotección desaparezca, o al menos quede muy paliada, en búsqueda esencialmente de la normalización de la situación del menor y de un entorno familiar estable*”.

<sup>241</sup> Expresada en la Exposición de Motivo de la LOPJM/1996, “*la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, es la que sin duda, ha introducido cambios más sustanciales en el ámbito de la*

Esta Ley Orgánica de 1996 buscó siempre primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro.<sup>242</sup> Esta preocupación, por parte del legislador, de dotar al niño y a la niña de un marco jurídico de protección deriva también de diversos Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, de la “*Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*”. Norma esta que marca el inicio de una nueva filosofía en la relación con los infantes, basada en un mayor respeto por parte de la sociedad española, encomendando a los poderes públicos la obligación del cumplimiento de las Leyes.<sup>243</sup>

Con la finalidad de buscar la protección del menor, la Ley Orgánica de 1996 preserva otros Derechos como: el de la información, libertad ideológica, participación, asociación, reunión, libertad de expresión, a ser oído; este último, como principio general que la norma establecía, atendiendo al concepto “*ser escuchado si tuviera suficiente juicio*” teniendo en cuenta el aspecto evolutivo del niño y niña en todas aquellas cuestiones que les afecten. Aunque los órganos judiciales podrán poner limitaciones en el reconocimiento pleno de sus Derechos que se centrarán en los procedimientos judiciales que sean más adecuados a la edad del menor.<sup>244</sup>

Asimismo, se determinó que las resoluciones en las que se apreciase la existencia de la situación de desamparo deberían notificarse a los padres biológicos, tutores y guardadores legales, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Además, se les informará, a ser posible, de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración Pública y de los posibles efectos de la decisión adoptada, (art. 18.1 LOPJM).

---

*protección del menor. A raíz de la misma, el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del desamparo. Asimismo introdujo la consideración de la adopción como un elemento de plena integración familiar como una nueva institución de protección del menor”.*

<sup>242</sup> Artículos. 1 y 2. LOPJM/1996.

<sup>243</sup> Artículo. 3 LOPJM/1996.

<sup>244</sup> Entre otros Derechos que se le reconocían a los menores en la LOPJM/1996, los siguientes: “*Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar. Y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación, que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal familiar o social. en toda intervención se procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar”.*

Desde un aspecto no meramente terminológico, la Ley Orgánica de protección del menor de 1996 vino a solucionar, de alguna forma, el abandono de los niños y niñas. Esto es así al diferenciar el riesgo y el desamparo como dos situaciones distintas de desprotección del infante que implicaban un grado diferente de intervención por parte de las Instituciones Administrativas. Las actuaciones de protección se realizarían en las formas establecidas en la norma, por medio de la prevención y reparación, prestando la atención inmediata al menor (art. 14 LOPJM).

La norma de 1996 estableció que, ante las situaciones de riesgo, cuando exista un perjuicio para el menor pero no lo suficientemente grave como para alejarlo del hogar, la intervención por parte de la Administración Pública consistiría en eliminar el factor peligro y promover la protección del infante y su familia, (art.17 LOPJM).

Por el contrario, si la situación de desamparo del menor se debiera al alejamiento del menor del núcleo familiar, la Entidad Pública asumirá la tutela del niño o de la niña y se suspenderá la patria potestad de los padres biológicos. La norma obliga a los poderes públicos a velar para que los progenitores, tutores y guardadores legales ejerzan su responsabilidad, ofreciendo servicios para el buen funcionamiento del menor, (art. 18 LOPJM).

Por último, permitió también como alternativa a las situaciones de desamparo, en busca del interés del menor, el acogimiento con las distintas clases que se establecían en la norma civil, y la adopción, que poseía carácter internacional de amparo. Correspondiendo a las Entidades Públicas la vigilancia del cumplimiento de la acogida.<sup>245</sup>

De igual modo, se establecía la obligación de toda persona que detectase una situación de riesgo o posible desamparo de un menor de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o a sus agentes más próximos. Asimismo, y con carácter específico, se previó el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes las ausencias de los menores de los centros escolares, (art. 13.2 LOPJM).

---

<sup>245</sup> Véanse otras alternativas como el acogimiento y la adopción en la LOPJM/1996: *“El acogimiento familiar, de acuerdo, con su finalidad y con independencia del procedimiento en que se acuerde, revestirá las modalidades establecidas en el Código Civil. La adopción se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable. La recepción y tramitación de las solicitudes, ya sea directamente o a través de entidades debidamente acreditadas. La expedición, en todo caso, de los certificados de idoneidad y, cuando lo exija el país de origen del adoptando, la expedición de compromiso del seguimiento. La acreditación, control, inspección y la elaboración de las directrices de actuación de las entidades que realicen funciones de mediación en su ámbito territorial”*.

*C) Modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.  
Ley 28 de julio de 2015*

Ahora bien, sentadas las bases de las situaciones de riesgo y desamparo en la Ley Orgánica de 1996, la norma se había quedado obsoleta en comparación con las nuevas tendencias proteccionistas europeas de la adopción y el acogimiento. El texto normativo tuvo que ser reformado veinte años después para mejorar los medios de protección jurídica de la infancia y adolescencia. El Gobierno español, en Consejo de Ministros, aprobó un anteproyecto de Ley, el 25 de abril de 2014,<sup>246</sup> para abordar la evolución y transformación de la sociedad española a los nuevos cambios sociales y familiares y los instrumentos internacionales que afectaban a los menores dentro y fuera de las fronteras ratificadas por España.

El cambio se operó a través de dos normas la Ley Orgánica de 22 de julio de 2015, que introduce las variaciones necesarias en aquellos ámbitos considerados de los Derechos fundamentales y las Libertades Públicas, y la Ley de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, formando ambas normas un único cuerpo unificado.

Asimismo, se adoptaron medidas para modificar los Derechos y Deberes de los infantes, considerados en la nueva norma estatal como ciudadanos. El contenido de las enunciadas normas, en lo concerniente a la protección de los menores en situación de desamparo, reformó la Ley Orgánica, del 15 de enero de 1996, “*de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

Las nuevas normas estatales de 2015 para la protección de los menores obligaron a las Entidades Públicas competentes a revisar las medidas de protección que iban adoptando con cada menor, en los plazos que se señalaban. Esto suponía el seguimiento personalizado de cada niño y niña. El objeto principal llevaba aparejado no solamente respetar los Derechos que se les reconocían en los textos normativos, sino sus Deberes como menores. En este sentido, se tenían que regular aquellas responsabilidades que, por parte de las Entidades Públicas, afectaban a la esfera de los menores en situaciones familiares, escolares, sociales y particulares.<sup>247</sup>

---

<sup>246</sup> LA MONCLOA., *Consejo de Ministros Informe sobre el anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia. Viernes, 25 de abril 2014*, <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/250414EnlaceMenor.aspx>

<sup>247</sup> Sesión Ordinaria del Pleno., Dictamen núm. 3, de 28 de mayo de 2014, “*Sobre el anteproyecto de Ley de protección a la infancia*”, <http://www.ces.es/documents/10180/1339655/Dic032014.pdf>

La nueva regulación contemplaba novedosas medidas para la protección del menor frente a los abusos sexuales, como la creación de un Registro Central de Delincuentes Sexuales,<sup>248</sup> en el que figuraría la identidad de los condenados por delitos contra la libertad sexual, trata de seres humanos y explotación de menores, así como información confidencial del perfil genético de estos delincuentes.<sup>249</sup>

Como medida preventiva, si el trabajador tiene contacto con menores, se establece la obligación de aportar la certificación, emitida por el Registro, de no haber sido condenados por estos delitos. Conforme se estableció en la normativa que venía recogida en la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, 2011/93/UE, del 13 diciembre de 2011, relativa a la lucha “*contra los abusos sexuales y la explotación de los menores y pornografía infantil.*” Con esta medida el nuevo texto normativo de protección de la infancia pretende evitar los abusos de los adultos en la figura de los menores y reforzar el carácter institucional ante los casos de abandono o desamparo, (art. 13.5 L/2015).

Se reguló así de forma completa y a nivel estatal, y posteriormente sirvió de base para que todas las Comunidades Autónomas gestionaran uniformemente a los menores tutelados, previniendo también los nuevos conflictos sociales que pudieran terminar en situaciones de peligro, como por ejemplo, el embarazo de la madre. Sin embargo, a partir de 2015, la pobreza, que era considerada en la anterior norma de protección de 1996 como una de las circunstancias que los servicios sociales debían valorar para determinar el desamparo del menor, se tendrá en cuenta como una situación de penuria y se evaluará el conjunto de requisitos que rodean la esfera del niño y la niña para considerar la desatención, (art. 17.9 y 18.2 párr. L/2015).

Por último, hay que destacar algunas de las reformas operadas por la Ley de 2015 en materia de protección del menor: Ley Orgánica de Protección Jurídica del

---

<sup>248</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR., “ El Registro Central de Delincuentes sexuales”, ed., *Diario la nueva España*, Asturias, 26.07.2015, <http://www.lne.es/espana/2015/07/25/registro-delincuentes-sexuales-estara-listo/1791319.html>. “este Registro es una de las medidas más destacadas de la nueva norma. Sin embargo, es una obligación que España lleva omitiendo desde 2010, cuando suscribió el Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa que obliga a adoptar este tipo de medidas para evitar la explotación de los niños a situaciones de riesgo. Países como Francia o Reino Unido, que también ratificaron ese acuerdo, ya lo están aplicando”.

<sup>249</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Un borrador del CGPJ alerta de que un registro de delincuentes sexuales puede ser inconstitucional,” ed., *Diario ABC*, Madrid, 08.10.2015, <http://www.abc.es/espana/20151008/abci-cgpj-informe-sexuales-201510081932.html>. “CGPJ alerta de que un registro de delincuentes sexuales puede ser inconstitucional, aspectos como la identificación del delincuente y su ADN tienen que ser regulados por ley orgánica ya que afectan a Derechos Constitucionales”.

Menor, Código Civil, Ley de Adopción Internacional, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Estatuto de los Trabajadores, Ley del Estatuto Básico de Empleo Público, Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia informática y documentación clínica, Ley de protección de las familias numerosas, Ley de extranjería, Ley para la Mejora del Crecimiento de Empleo, Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.<sup>250</sup>

El Código Civil, en su (art. 172 y Ss CC), y la Ley Orgánica de 1996 de protección jurídica del menor ordenaban el conjunto de Instituciones Jurídicas y medidas de protección de los infantes que integraban el sistema de protección de menores, esto es, el desamparo, el riesgo, la tutela, la guarda, el acogimiento familiar, el acogimiento residencial y la adopción. Por consiguiente, las Comunidades Autónomas, con el traspaso de sus competencias, deberán, conforme a la reforma legislativa de 28 de julio de 2015, modificar en sus respectivas regulaciones las diversas intervenciones en materia de menores.

### **3. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR CONFORME SE ESTABLECE EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

#### *A) Introducción*

Las transformaciones sociales y culturales en España han influido en la protección del niño y la niña. Y, como consecuencia, se ha dado un nuevo enfoque que va más allá del ámbito de la seguridad en los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, al considerarlos como ciudadanos. Se ha favorecido un creciente intervencionismo administrativo en la esfera del infante y adolescente, tanto en el ámbito personal, social como en lo familiar, llegando a considerar las circunstancias de los menores, materia propia del Derecho Público.

Asimismo, la abundante normativa estatal y autonómica llevó a las Administraciones Autonómicas a asumir la intervención de los infantes en sus respectivos Estatutos. De hecho, todas las Comunidades Autónomas cuentan con normativa en materia de protección de menores, que en algunos casos es anterior a la Ley Orgánica de 1996. Así, al hilo de los nuevos cambios legislativos, analizaremos las normativas actuales no modificadas, comparándolas con la

---

<sup>250</sup>“Contenido y novedades de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, de “modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia,” ed., *Diario Noticias Jurídicas* <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10390-contenido-y-novedades-de-la-ley-organica-8-2015-de-22-de-julio-de-modificacion-del-sistema-de-proteccion-de-la-infancia-y-adolescencia/>

reforma que deberán haber llevado a cabo las Comunidades Autónomas como consecuencia de la aprobación de la Ley de 28 de julio, de 2015.

El objetivo de la Ley de protección a la infancia y adolescencia de 2015 fue introducir los cambios necesarios que permitiesen a los menores continuar la protección, pero de forma “uniforme” en todo el territorio español y que constituyeran un referente para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en materia de menores. Sin embargo, el traspaso de autoridad, por parte de la Administración del Estado a las Entidades Públicas competentes, tiene que ser asumido a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Estas normas autónomas favorecerán la elaboración de Leyes sobre la protección de los infantes y adolescentes, que a su vez atenderán las situaciones de riesgo y desamparo dentro de su propio territorio. Este traspaso de competencias por parte de las Instituciones Públicas estatales es una cuestión irrenunciable debido a la proximidad de las entidades administrativas autonómicas con los problemas de los menores.

*B) Los Estatutos de Autonomía y su gestión en el desarrollo de normas en materia de menores*

Los Estatutos, aunque están reconocidos como normas del Estado español, son de aplicación en su respectiva circunscripción, y su eficacia en materia de menores residirá en que se aplique la Ley de protección de la infancia, de 2015, de forma uniforme en todo el territorio español.<sup>251</sup> Este objetivo de la Administración estatal dista mucho de poder ser alcanzado al considerar, en el traspaso de competencias, una soberanía total en la gestión llevada a cabo por las Entidades Públicas Autonómicas en materia de infantes y adolescentes, dentro de su respectivo territorio, en lo referente a los Derechos y los Principios Rectores, reconocidos conforme se contempla en la Carta Magna, así como los demás Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España.

---

<sup>251</sup> Conforme se establece en los artículos (7 y 9 EAA/2007), “las leyes y normas emanadas de las instituciones de autogobierno de Andalucía tendrán eficacia en su territorio. Podrán tener eficacia extraterritorial cuando así se deduzca de su naturaleza y en marco del ordenamiento constitucional”. “1. Todas las personas en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en, la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España, en particular en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea. 2. La Comunidad Autónoma garantiza el pleno respeto a las minorías que residan en su territorio”.

La intervención de las Comunidades Autónomas se realizará a través de sus respectivas normas en materia de menores que regularán las situaciones de riesgo y desamparo y que tendrán que ir encaminadas a la protección del menor, cuando la situación de abandono sea considerada de máxima gravedad, o cuando la desatención de los niños y niñas en el medio familiar de origen sea patente y no se hayan podido evitar.

Las Entidades Públicas territoriales ejercerán, a través de sus respectivas Consejerías, la protección y atención integral necesaria para el desarrollo de la personalidad del menor y su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social. Para ello, se servirán de los órganos sociales, que serán los competentes para gestionar las situaciones de desprotección de las personas dentro del territorio autonómico.

*C) Las Instituciones u Órganos competentes para designar el riesgo y desamparo conforme se establece en los Estatutos de Autonomías*

A través de los respectivos órganos autonómicos se protegerá y atenderá integralmente al menor y su bienestar en el ámbito familiar escolar y social. Así se constata, por ejemplo, en el Decreto de 12 de febrero de 2002, de “*la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía*” que regulará el régimen del abandono. Esta institución, una vez detectada una situación de desprotección de menores, podrá solicitar información de las Administraciones Locales donde residan los infantes en torno a su situación personal y familiar, con el objeto de adoptar medidas ante las circunstancias de desamparo, (art. 6.1 DA/2002).

Otras Comunidades Autónomas, como la de Extremadura, disponen de un órgano administrativo que será el encargado de socorrer socialmente a los niños y niñas que se encuentren en “*situación desatendida*”. Por otra parte, queda patente que la aplicación de la “*Ley de protección y atención a la infancia*”, de 1994, es una continuación de la norma de adopción de 1987, al tomar como ejemplo esta Ley para solucionar los problemas de los menores abandonados. En este mismo sentido, se puede decir que la norma extremeña, al carecer de preceptos de desatención a los menores abandonados, no los puede calificar de situaciones de desamparo y riesgo, circunstancias que tuvieron que ser regulados en su momento por la Ley orgánica de 1996. Por lo tanto, a falta de criterios, estos conceptos deberían ser valorados por una autoridad administrativa competente, y aunque se encuentra sin determinar en el texto normativo,<sup>252</sup> debe adaptarlos a la “*Ley de*

---

<sup>252</sup> Como se expresa en su artículo 1 en la LEX/1994, “*en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, la entidad pública competente en materia de atención y protección de menores es la Junta de Extremadura, que ejercerá sus funciones a través de la Consejería de Bienestar Social*”.

*modificación sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, de 2015 y al Código Civil.

“*La Ley de Atención Integral a los Menores*”, de 1997, de Canarias, garantizará las necesidades materiales y personales de los infantes a través de sus programas de integración, sin especificar qué órgano administrativo asumirá las intervenciones en materia de asistencia social. La falta de un responsable dentro de la Administración Autonómica o Local ofrecerá muchas lagunas para aquellos padres biológicos, tutores o responsables legales que, estando en desacuerdo con la intervención del Ente Público, en materia de desamparo, no sepan la Entidad a la que deban dirigir sus quejas, (art. 10.1 LCAN/1997).

La Comunidad de Castilla-La Mancha, en su normativa “*de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia*”, de 2014, aunque asegura la protección del menor a través de las distintas Administraciones Públicas Autonómicas y promueve los Derechos y Deberes de los infantes y adolescentes cooperando entre las distintas corporaciones y organismos competentes en materia de menores, establece como Institución que asumirá la custodia de la situación de desatención una “*Comisión Tutelar de Guarda del Menor*”. Sin embargo, la norma no establece qué órgano es el competente para la iniciación de la declaración de desamparo, si las Instituciones Autonómicas a través de la Comisión o, en su defecto, las Corporaciones Locales en el traspaso de competencias, (art. 30 LCyLM/2014).

Algunas Comunidades Autónomas atribuyen a las Consejerías la regulación de las conductas de desarraigo social, y remiten sus intervenciones en situación de desatención a las Entidades Públicas que sean competentes a través de sus Direcciones Provinciales, órganos colegiados, departamentos, Comisiones o agencias de protección de los menores. Por otra parte, otras Comunidades Autónomas no determinan qué órgano o Institución sería el competente para resolver las situaciones de desamparo.

Esta diversidad ha dado lugar a una gran confusión. Depende de la Comunidad Autónoma, una Consejería atenderá las circunstancias de los menores desatendidos, pero sin determinarse qué órgano será el competente para instruir el proceso de desamparo. Es el caso, de “*la Ley de protección de la infancia de Asturias*”, de 1995, que establece que será la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales la que asumirá la Administración de la protección de los menores, actuando bajo los principios rectores que señalan la Constitución Española de 1978 y los Tratados Internacionales, (art. 4.2 LPAS/1995).

Para conocer de las situaciones de desatención en Asturias se crea la Comisión del Menor como órgano instrumental que permitirá el ejercicio de las funciones de protección de los niños y niñas, (art. 6.2 LPAS/1995). Asimismo,

corresponderán a las Entidades Públicas Autónomas del Principado la organización y funcionamiento de estas Instituciones que deberán estar presididas por la necesaria agilidad para intervenir con la debida prontitud en aquellos casos en que así resultase preciso en interés del infante, (art. 23 LPAS/1995).

Del mismo modo, La Ley de 29 de abril de 1999, reguladora de “*la Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid*”, dedica su Título IV a las Instituciones y órganos de atención a la infancia y la adolescencia que se encargaran de las circunstancias de los menores. A su vez, en el Capítulo V se regula un Consejo que coordinará estos organismos para ofrecer una mejor calidad de vida del menor, (art. 2. LCM/1999).

Las Comunidades de Ceuta y Melilla no asumen en sus respectivos Estatutos de Autonomía competencias legislativas en materia de desatención ni de protección de menores en situación de riesgo y desamparo. En cambio, responsabiliza de la tutela y custodia a un órgano colegiado administrativo que asumirá las atribuciones en materia de protección a los infantes a través del Real Decreto, del 1 de marzo de 1996, por el que se crean “*las Comisiones de atención a la infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla*”, (art. 2 RD/1996).

“*La Ley Foral de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia*” de Navarra, 5 de diciembre, de 2005. A su vez, instaura una sección que se encuentra incluida en la Administración Autonómica y será la encargada de los menores en situación de riesgo y desamparo, sin determinar qué órgano o institución será la encargada de asumir las competencias de los menores, (art. 7.2 LFN/2005).

La Comunidad Autónoma de Galicia, conforme se establecía en La Ley, de 9 junio de 1997, “*de la familia, la infancia y la adolescencia*”, acordó que la Consellería de Administración Autonómica sería la autoridad que se responsabilizará de las situaciones de los menores en desamparo, sin especificar el órgano público que asumiría esa labor. Sin embargo, la Orden de 31 agosto de 1989, que fue derogada por la norma de 1997 que trataba “*del acogimiento y a la adopción*”, permitía a estas instituciones realizar estas funciones a través de la Consellería de Trabajo y Bienestar social, como la única Entidad Administrativa que se encargaba de las circunstancias de los menores, (art. 5.1 f, LG/1997).

Este conflicto de competencias entre Consellerías, unido, en la actualidad, al incremento de las situaciones de necesidad de los menores en Galicia provocó una nueva regulación que se basara en la intervención de la Administración Autonómica desde el punto de vista de la figura del núcleo familiar. Por esto se aprobó la Ley de 30 de junio de 2011, “*de apoyo a la familia y a la convivencia*”, que atribuye competencia a Instituciones Colegidas dotadas de personalidad jurídica, con autonomía en su gestión, (art. 4 LG/2011).

*D) El órgano competente a través de la cesión de competencias o colaborando con otras Instituciones Públicas*

No obstante, otras Comunidades Autónomas no determinan en su regulación qué Institución u órgano de la Administración Pública asumirá los problemas de desatención de los menores, llegando a delegar en cualquier Institución privada o pública colaboradora y que asuma la responsabilidad de la protección de los menores. La Ley de 2, de abril de 1985, “*reguladora de las Bases de Régimen Local*”<sup>253</sup>, preveía la posibilidad de que los Ayuntamientos coordinasen sus competencias entre sí y con las demás Entidades Públicas, (art. 10.2 LB/1985).

La colaboración entre las distintas Entidades Públicas va a permitir así que las corporaciones locales, en el ejercicio de sus competencias, desarrollen una labor de detección y averiguación de aquellos casos en que aparezcan indicios de desprotección garantizando la reinserción social, (art. 18.1 LAN/1998).

La Comunidad de las Islas Baleares, en su Reglamento de 13 de noviembre de 2006, que trata de “*la integración de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia*”, concluye que son competentes para intervenir en asuntos de riesgo o desamparo, de forma genérica, cualquier Administración Pública. Además, permite remitir sus intervenciones en situaciones de desatención de los menores a las Entidades Locales que estén cualificadas en materia de menores, sin establecer cuáles son estos órganos sociales, (art. 6.2 LIB/2006).

La Comunidad Autónoma Valenciana establece, en su texto normativo de 3 de julio de 2008 “*protección e integral de la infancia y la adolescencia*”, que para prevenir, evitar y atender las situaciones de abandono, deben llevarse a cabo un conjunto de acciones encaminadas a la protección de los menores. La Administración Autonómica, de forma exclusiva, se responsabilizará de las circunstancias de riesgo y desamparo, colaborando con otras instituciones locales implicadas en el auxilio de la defensa de los niños y niñas, (preám. VI LCV/2008).

Sin embargo, la Ley de 23 de diciembre de 2010, “*garantías de derechos y atención a la infancia y la adolescencia*” de la Comunidad Cantabria, no especifica en su legislación cuál va a ser el órgano administrativo de la Entidad Pública que va asumir las atribuciones en materia de menores, (art. 2.5 LCTB/2010).

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia elabora la Ley de 21 de marzo de 1995, “*de la infancia*” donde se recogen los principios generales que deben de regir la protección. Pero no anuncia en su articulado qué órgano o Administración Pública será la autoridad para asumir los Derechos de los menores en situación de riesgo o desamparo, (art. 11.2 LRM/1995).

---

<sup>253</sup> Vigente hasta el 2 de octubre de 2016.

El Decreto de 7 de abril de 1988, de Castilla-León, en su artículo 2, establecía que la Consejería de Cultura y Bienestar social sería el organismo encargado de la protección de menores en desamparo, recogidos y proporcionándoles educación. Posteriormente, esta norma fue derogada por la Ley de 25 de julio de 2002, que vino a solucionar el problema de competencias en la norma “*de Promoción, Atención a la Infancia en Castilla-León*”, no dispuso qué organismo administrativo sería el competente para asumir la intervención de los menores en estado de abandono. Solamente estableció las distintas modalidades de atención a la infancia, destacando la tutela que se realizará siguiendo unos principios rectores recogidos en el artículo 4 de la presente norma, preocupándose de los Derechos de la integración social de los menores.<sup>254</sup>

La Comunidad de Cataluña ratificó la Ley de 30 de diciembre de 1991, “*sobre medidas de protección sobre los menores desamparados y de adopción*”, permitiendo a Cataluña ser la primera Comunidad del Estado español que aprobó una regulación moderna y ajustada a los principios Constitucionales de la protección de los niños y niñas en situación de desamparo y aquellas que manifestaban conductas de riesgo social como pueden ser: falta de comunicación familiar, abandono del núcleo del hogar, sentimientos de frustración, infelicidad, soledad y tristeza, practica de violencia como estilo de vida, etc. Ahora bien, en la legislación autonómica actual de 27 de mayo de 2010, “*sobre los Derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*” se sigue sin fijar qué organismo público asume la protección de los menores en situación de desatención.<sup>255</sup>

---

<sup>254</sup> Así por ejemplo los artículos 3 y 19 LCyL/2002, que contienen las actuaciones de los poderes públicos sobre los Derechos de la integración social, “*la atención a la infancia se lleva a cabo a través de las acciones de promoción y defensa de sus derechos; de las actuaciones para la prevención de todas las situaciones que interfieren en el normal desarrollo del niño o adolescente y en especial las de desigualdad, desprotección, marginación e inadaptación; de la acción de protección de los casos de desamparo y riesgo. Los poderes públicos de Castilla y León velarán para asegurar la realización personal más completa, la integración social y efectiva, y el acceso al sistema público de servicios sociales de todos los menores y en especial de aquellos que por cualquier condición encuentren dificultades para ello o puedan ser objeto de trato discriminatorio*”.

<sup>255</sup> Los artículos 1 y 16 LCA/2010, que hacen referencia al órgano competente en la Generalitat de Cataluña, “*mediante, el organismo que tenga atribuida esta competencia, ejerce, la protección sobre los menores desamparados domiciliados o que se hallen eventualmente en Cataluña. En el momento en que se tiene conocimiento de que un niño o adolescente puede encontrarse en situación de desamparo, el departamento competente en materia de protección de menores desamparados debe de incoar el expediente de desamparo*”.

*E) Las Institución sociales los organismos competente en situaciones de desarraigo social según lo establecido en los Estatutos de Autonomía*

Las distintas Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias exclusivas sobre los menores, jóvenes y los emigrantes necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación. Por consiguiente, los niños y niñas que se encuentren en riesgo, desamparo y abandono obtendrán de las Administraciones Autonómicas las prestaciones de los servicios sociales con diversas denominaciones en sus respectivas Entidades Públicas.

Asimismo, corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a través de sus respectivos Servicios Sociales Autonómicos, realizar las diligencias necesarias encaminadas a la atención de los menores en situación de desamparo y riesgo. Este órgano declarará las circunstancias de abandono de los niños y niñas, ejecutando las medidas protectoras previstas en la Ley de 28 de febrero de 2006, “*de protección de menores de la Rioja*”, (art. 3.1 LLR/2006).

La Comunidad de Aragón, a través de la Dirección Provincial del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, intervendrá como órgano competente en los casos de menores cuando existan circunstancias que requieran adoptar medidas necesarias para su protección, o cualquier instrumento de seguridad previsto en la Ley de 7 de octubre de 2008, “*por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo*”, (art. 2 DARG/2008).

La Ley 18 de febrero de 2005, “*de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco*” contempla la elaboración y aprobación de los instrumentos de evaluación necesarios para determinar las circunstancias del desamparo y riesgo de los menores. Asimismo, el órgano administrativo encargado de asumir las situaciones de abandono será la Dirección de Servicios Sociales del Gobierno Vasco. La finalidad es establecer una comunicación desde la Institución Pública competente con el resto de personas y servicios autonómicos que permitan la integración social del menor.<sup>256</sup>

Otras Comunidades Autonómicas, a través de sus respectivos Estatutos, han determinado que el órgano competente que deberá resolver las circunstancias de los menores en situación de desamparo debería ser las Instituciones Sociales de sus respectivos territorios.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> Véanse los arts. 5 y 42.5 LPAV/2005.

<sup>257</sup> La Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, “*Estatuto de Autonomía del País Vasco*”. Art.10.12, Asistencia social, (BOE núm.306 de 22 diciembre); Ley Orgánica de 6 de abril de 1981, “*Estatuto de Autonomía Gallego*”. Art.27.23, (BOE núm.101 de 28 abril); Ley Orgánica

Se puede concluir que la crítica más firme es la falta de determinación de la Institución u órgano social administrativo competente para instruir una situación de abandono. En relación a esta cuestión, habrá que atender a la normativa autonómica correspondiente del lugar del menor, al tratarse de una materia compleja donde, en la mayoría de los casos, las Entidades Autonómicas que han asumido competencias de menores en riesgo y desamparo no han designado cuál es el órgano competente.

En cambio, las Administraciones Públicas, ante una situación de desarraigo, sí promoverán las condiciones idóneas que facilitarán la participación de todas las personas en la vida social, a través de sus normas autonómicas que permitirán la integración de los menores. Algunas Comunidades Autónomas han establecido, a través de sus respectivos Estatutos, normas de carácter general que garantizarán el adecuado ejercicio de los Derechos y Deberes fundamentales, atendiendo a los problemas sociales y culturales de los menores, en virtud de la Constitución Española de 1978, siendo reconocidos dentro de su respectivo territorio, (art. 149.1.8 CE).

Sin embargo, algunas Comunidades han regulado aspectos concretos sobre la protección de los menores, diferenciando entre los problemas en la edad infantil y los jóvenes adolescentes,<sup>258</sup> sobre todo mediante programas de prevención o reinserción.<sup>259</sup>

Finalmente, la delegación de competencias del Estado español en materia de menores a favor de las Entidades Autonómicas ha permitido que existan distintas formas de legislar en cada autogobierno, defendiendo la calidad de vida de los infantes y su forma de vivir. Por lo tanto, los poderes públicos autonómicos en la defensa y promoción de los Derechos Universales de las personas también

---

de 9 de junio de 1982, “Estatuto de Autonomía de la Rioja.” Art.10.30, (BOE núm.146 de 19 junio); Ley Orgánica de 9 de junio de 1982, “Estatuto de Autonomía de Murcia” Art.10.18, (BOE núm.146 de 19 junio); Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982, “Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.” Art.31.20, (BOE núm.195 de 16 agosto); Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982, “Estatuto de autonomía de Canarias.” Art.30.13, (BOE núm.195 de 10 agosto); Ley Orgánica 10 de agosto de 1982, “Reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.” Art. 44.17, (BOE núm.195 de 16 agosto).

<sup>258</sup> Conforme se establece en los artículos 24 y 26.1, EACM/1983, “la Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el Estatuto, tiene competencia exclusiva en materia de protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud”.

<sup>259</sup> Según los artículos 12 y 16, EACyL/2007, *Los poderes públicos de Castilla y León deben orientar sus actuaciones de acuerdo con los principios rectores que establecen en la constitución y el Estatuto. En el ejercicio de sus competencias, deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar, la plena integración de los jóvenes en la vida pública y en la sociedad, facilitando su autonomía, en especial mediante el acceso a la formación, al empleo y a la vivienda*”.

incluirán a los niños y niñas dentro del territorio español. En fin, estas Instituciones Públicas en auxilio de los ciudadanos se centrarán primordialmente en la protección y tutela de los menores, conforme se establece en sus Estatutos Autonómicos, elaborando normas que regulen las circunstancias de riesgo, desamparo y desarraigo social, dentro de su respectiva circunscripción.

Sin embargo, como veremos más adelante, La Ley Orgánica de 1996 “*de protección jurídica del menor*” no estableció qué órgano debía ser el encargado de responsabilizarse del amparo de los menores en las Comunidades Autónomas.<sup>260</sup> Veinte años después, una norma estatal, “*la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*” de 2015 sigue sin determinar a qué Institución u órgano dentro de su organigrama corresponde iniciar la custodia de los menores en situación de desarraigo social, riesgo o desamparo, (art. 18.3 L/2015).

*F) Las normas autonómicas reguladoras de los principios de protección de la infancia*

#### ***a) Consideraciones Generales***

La regulación de las normas autonómicas sobre la situación de riesgo o desamparo se orienta a la protección de los menores, como última solución cuando se alcanza la máxima gravedad por ser la desatención que sufre el menor patente y no se ha podido solucionar el problema con medidas de menor calado. Las Leyes de las Entidades Autonómicas pretenderán, sobre todo, paliar los problemas de los menores dentro del ámbito familiar, social o educativo; es decir, no solo van a concretar el abandono para considerar el desamparo, sino que preverán las circunstancias concretas sobre las que se emitirán unos juicios de valor para considerar la situación de desamparo o desarraigo social.

La Ley Orgánica de 1996 de “*protección jurídica del menor de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*” no establecía un catálogo de circunstancias, causas, ni medidas de intervención de menores encaminadas a que puedan considerar una situación de riesgo o desamparo, sino que solo nos remitían al Código Civil, (art. 18 LOPJM/1996). Por el contrario, la Ley de 2015 “*de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia*” establece una exposición de supuestos y actuaciones dirigidas a unificar los criterios de

---

<sup>260</sup> Algunos Estatutos de Autonomía, que no han desarrollado en sus respectivas Administraciones el órgano competente que asumirá la defensa de los Derechos y Libertades de los menores, (art. 24 EAARr/2007), (art. 16 EAIB/2007), (art. 17. EAC/2006), (art.6. EACyL/1983).

protección del Estado con el resto de Comunidades Autónomas.<sup>261</sup> Así y todo, algunas Entidades Públicas ya introducían en sus reglamentos las distintas situaciones de desprotección de los menores.<sup>262</sup>

En definitiva, las Entidades Públicas Autónomas, debido a la proximidad con los menores, son los organismos públicos más preparados para atender las necesidades urgentes. Este acercamiento por parte de las Instituciones administrativas permitirá buscar la forma más protectora y que mejor se ajuste al problema familiar y real.

### ***b) Las normas autonómicas***

Las normas de todas las Comunidades Autónomas debían tratar las materias de los menores en situación de riesgo y desamparo. Estos textos emanarían de sus Estatutos de Autonomía y serían los adecuados debido al acercamiento de las Instituciones Públicas a las circunstancias personales y sociales de los infantes y adolescentes. Sin embargo, Comunidades Autónomas como Extremadura solamente asentaron conceptos de carácter general de desamparo que serían evaluados por un órgano administrativo competente en su legislación de 10 de noviembre de 1994 “*de protección y atención a los menores*”, pues la falta de concentración de familias en grandes urbes impidió el desarrollo de un catálogo de situaciones de riesgo que tipificasen las medidas de protección de menores, (art. 6 LEX/1994).

En la misma línea se encuentra la Comunidad del Principado de Asturias. La existencia de pequeñas poblaciones no hace necesario mencionar específicamente las situaciones de riesgo en las que se pueden encontrar los menores. Solamente hace referencia como primera medida de protección en la Ley de 27 de enero de 1995, “*de Protección del Menor*”, estableciéndose también una clausula abierta, como en la Entidad Autónoma de Extremadura, ante la posibilidad de que

---

<sup>261</sup> Como se expresa en el Preámbulo de la L.2015.”*La presente Ley tiene como objetivo introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia 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. Además, y de modo recíproco, esta Ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas*”.

<sup>262</sup> Art. 5. LCTB/2010,”*respeto al principio de igualdad. Garantizar los derechos. Satisfacer las necesidades de las personas menores. La inclusión de las políticas de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Garantizar el estilo de vida cotidiano. Integración familiar, social y educativa. La prevención de las situaciones de explotación, desasistencia, inadaptación, marginación, abandono, o desprotección que pueden afectar a las personas menores*”.

concurrían otras situaciones que traigan consigo el incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guardia del menor.<sup>263</sup>

Asimismo, la Región de Murcia, siendo una Comunidad más pequeña que la extremeña y con más concentración de población que el Principado de Asturias, tampoco mencionó cuáles eran aquellas situaciones de riesgo. La Ley de 21 de marzo de 1995, “*de la infancia*”, solamente atendió las medidas de sostenimiento y prevención que permitieron arbitrar un sistema de apoyo a las familias biológicas del niño y la niña que se encontraban desatendidas, (art. 22 LRM.1995). Igualmente, estableció las personas que debían asumir esta responsabilidad, impidiendo que ciertas situaciones de peligro desembocasen en el desamparo del menor. Además, favorecieron que otras circunstancias permitiesen a los menores permanecer en el núcleo familiar.<sup>264</sup>

Ante la falta de definición de los supuestos de abandono en las normas autonómicas, los problemas solamente se solucionaban desde el punto de vista del seno familiar. El Estado español, ante estas situaciones, tuvo que aprobar una Ley Orgánica, la de 15 de enero de 1996, “*de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, que solamente recogía los supuestos. Esta norma estatal, al no citar cuáles eran las nuevas situaciones de riesgo y desamparo, obligó a algunas Comunidades Autónomas a aprobar normas nuevas o a aplicar otras ya existentes, que contemplaran las circunstancias de los menores desatendidos. En algunos casos estaban motivadas por su situación geográfica, como ocurre con el archipiélago Canario, debido a la proximidad con los países del Magreb y a la problemática existente de la inmigración. En fin, la protección de los menores no se hizo esperar. Se desarrollaron Leyes con prontitud, siendo la Canaria de las primeras Comunidades Autónomas que desarrollaron una norma de integración de la infancia, (art. 73 LKAN/1997).

La Ley de 7 de febrero de 1997, “*de atención integral a los menores de Canarias*”, en su Título. V, Capítulo. I, seguía sin recoger los Derechos de los menores, esto es, una enumeración de carácter específico los expuso de forma general, acudiendo al artículo 172, del Código Civil, cerrándolos con una cláusula abierta, ante la posibilidad de que existieran nuevos casos de desatención, (art. 46.1 LKAN/1997).

Otras Ciudades Autónomas, como son Ceuta y Melilla, también debido a su proximidad con el continente africano, tienen que regular las situaciones de riesgo y desamparo. Estas circunstancias, que no fueron recogidas en el Decreto, de 9 de

---

<sup>263</sup> Véase el art.18.1 a) y h) LPA/1995.

<sup>264</sup> TORRES-SÁNCHEZ MORENO, J., *El desamparo de menores* , cit., pg. 200.

febrero de 1996 “*de la Dirección General del Menor y la familia, por la que se delega atribuciones de trabajo, y Asuntos Sociales en Ceuta y Melilla,*” tuvieron que ser resueltas, al igual que en los Cabildos Insulares de Canarias, por normas internacionales de adopción. Posteriormente, el Decreto de 20 de diciembre de 2000, aprueba definitivamente un Reglamento “*por el que se regula la estructura orgánica y funcional del área de menores*”. Esta norma permitió la creación del Servicio de Infancia y Familia que regularizó el funcionamiento de la atención al menor en la ciudad autónoma de Ceuta, (art. 2 L/1996).

La Administración gallega, que elaboró en un principio la Ley de 1997, “*de la familia, la infancia y la adolescencia*” al amparo de la norma estatal de 1996, no solo regulaba lo referente a las situaciones de desamparo de los menores, sino que también incluía las relaciones en el seno familiar. La Ley fue derogada por la norma de 2011, “*de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia*”, y de forma global incorporó toda la problemática de los menores y adolescentes, basados en los principios que debían regir la organización social, (art. 6 LG/2011).

Esta norma permitió que el Organismo Gallego traspasara competencias a las Entidades Locales, generando un estudio más personalizado de las circunstancias relativas a los menores, y llevando a término funciones de prevención, apreciación e intervención de aquellas situaciones de riesgo o exclusión social en las que pueden encontrarse los menores, (art. 8.Ss. LG/2011).

La Comunidad de Castilla-La Mancha, a través la Ley de 31 de marzo de 1999, “*del menor*” fue de las primeras en tipificar, enumerar y valorar aquellas situaciones de riesgo, diferenciándolas de las que pueden ser situaciones de desamparo, estableciéndose la competencia para ello a través de la Comunidad Autónoma. Esta norma fue posteriormente derogada por la Ley de 9 de octubre de 2014, “*de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha*”. El texto normativo recoge los informes de los servicios sociales que permitieran elaborar conjuntamente un programa de integración del menor y su familia, en cuyo documento debería constar la participación del menor y la colaboración con los padres, (art. 3.1 g, LCyLM/2014).

La falta de puntualización de determinadas Comunidades Autónomas para concretar las circunstancias de riesgo y desamparo propició que algunos Organismos Públicos tuvieran problemas a la hora de legislar en materia de abandono. Esta problemática derivó en que algunas Comunidades no fueran capaces de elaborar Leyes específicas de protección y atención del menor. Pero a partir de las normas andaluzas sobre protección a la infancia, mediante la Ley de 20 de abril de 1998, “*de los Derechos y Atención del Menor*”; el Decreto de 12 de febrero de 2002, “*sobre Régimen de Desamparo, tutela y guarda administrativa*”; y el Decreto de 12 de noviembre de 2002, “*de Acogimiento Familiar y Adopción*”,

se pudo constituir, por primera vez, un catálogo de intervenciones en circunstancias de riesgo y desamparo que fueron referente para que el resto de Comunidades pudieran mediar respecto a las obligaciones de los progenitores con sus hijos e hijas. Todo ello se hizo sin menoscabar aquellas situaciones que otras Leyes de protección de menores y adolescencia pudieran establecer.<sup>265</sup>

Con esta relación de supuestos, en Andalucía se logró una adecuada regulación del régimen de protección de menores, estableciendo los Derechos de los menores como base de todo el procedimiento, organización y medios necesarios en busca de su propio interés como principio rector de toda actuación administrativa.<sup>266</sup>

Asimismo, los Organismos Públicos Autonómicos, a medida que desarrollaban actuaciones encaminadas a la protección de los menores, deberían incluir en sus textos normativos aquellas nuevas situaciones de desatención que observasen como indiciarias de abandono. Por ejemplo, “*el alcoholismo de los progenitores*”, no fue introducido en el decálogo andaluz para alegar riesgo o desamparo. Sin embargo, tendría que haberse tenido en cuenta puesto que afecta a la atención del menor por parte de los progenitores, (art. 19 DAN.42/2002).

Estos preceptos permitieron a la Administración Pública de la Junta de Andalucía, a través de las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, cerciorarse de las situaciones de riesgo y desamparo. Para ello tenía que verificar su certeza, adoptando las medidas necesarias para asegurar la asistencia del menor y apartarlo de la situación de desprotección en que se encontrara, con el fin de garantizar los cuidados y atenciones necesarias para su desarrollo integral, (art. 3 DAN.42/2002).

En definitiva, el ordenamiento jurídico andaluz parte de la idea de que la familia es el medio adecuado para el progreso educativo e integral del niño y la

---

<sup>265</sup> La Comunidad de Andalucía, en los artículo 22 y 23 LAN/1988, “*el abandono voluntario del menor por parte de la familia, ausencia de escolarización, malos tratos físicos o psíquicos, abuso sexual Introducción a la mendicidad, delincuencia, prostitución. Drogadicción Alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres o guardadores El trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda. 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 socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad. 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*”.

<sup>266</sup> DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J., “Los futuros juzgados de menores”, *anuario de la Facultad de Derecho* núm.4, ed., Universidad de Extremadura, 1986, pg. 12.

niña. De ese modo, resulta lógico pensar que la primera actuación de los poderes públicos debe ir encaminada, preferentemente, al mantenimiento del menor en su propia unidad de origen, (preám. DAN.282/2002).

La Comunidad de Madrid fue una de las Administraciones Públicas que permitió, sobre todo en lo referente a la identificación de los recién nacidos, elegir el medio más fiable que se llevara a cabo para la identificación del niño o la niña. Pero la falta de acuerdos para determinar qué método era el más legal pudo dejar alguna laguna para lograr la máxima precisión en su filiación, siendo admitidos, según su articulado, todos aquellos procedimientos que lograsen su identidad.<sup>267</sup>

La Ley de 28 de marzo de 1995, de la Comunidad de Madrid, “*de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*”, no contempló el procedimiento que debía seguirse con los menores, ni qué órgano sería competente para dictar una resolución de declaración de situación de riesgo, (art. 11.1 LCM/1995). Estos problemas quedaron superados con la aprobación de la norma de 29 de abril de 1999, “*reguladora de los Consejos de atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid*”, (art. 50 LCM/1995).

La flexibilidad normativa de algunas Comunidades Autónomas, como la de Aragón, permitió contemplar más medidas de protección de los menores en situaciones de abandono, hasta ese momento solamente reguladas por la Entidad Autonómica de Andalucía. Pero no contempló la competencia ni el procedimiento de declaración de riesgo y desamparo e instrumentos de protección en la Ley de 2 de julio de 2001, “*de la infancia y la adolescencia*”. El citado texto normativo solamente añadió una relación de supuestos, con el peligro de dejar alguno fuera al establecer conceptos generales de desamparo. En cambio, situaciones como “*el absentismo escolar*” o “*la negligencia sanitaria*”, que hasta entonces no estaban reguladas por ninguna norma autonómica, permitían observar la existencia de una desprotección de los menores en el seno familiar, (art. 28.2 LARG/2001).

El legislador pudo tener en cuenta estos estados del menor, (art. 59.2 a, LARG/2001). Sin embargo, no consideró en el texto normativo aragonés situaciones como “*la no escolarización*” como un supuesto de desamparo. Y la omisión de la obligación de escolarizar al menor por parte de los progenitores debemos entenderla como un indicio suficiente para llevar consigo aparejada una situación de peligro para la integridad física del menor, (art. 57 LARG/2001).

La Comunidad de Castilla y León, aunque desarrolló las situaciones del desamparo amparándose en el Código Civil, incluyó una catalogación de circunstancias que de forma original daban origen al abandono de los menores por

---

<sup>267</sup> HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. *La situación Jurídica menor en el marco leyes de las Comunidades Autónomas*, ed., Dykinson. S.L., Madrid 1998, pg. 51.

parte de los progenitores, (art. 53 LCyL/2002). Igualmente, abrió la posibilidad de incluir aquellos otros estados de desatención que la norma no contemplase pero que otras Leyes, tanto autonómicas como internacionales, pudieran incluir. Asimismo, El texto normativo de 25 de julio de 2002 “*promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León*”, valoró e interpretó los casos de riesgo en el seno familiar, pero no contempló, de forma específica, ningún procedimiento administrativo por ningún órgano competente. Solamente intervendría la Autoridad de la Entidad Autonómica en aquellos casos que supusieran un agravamiento para el menor, (art. 56 LCyL/2002).

Sin embargo, La Comunidad Autónoma del País Vasco, a diferencia de la de Castilla y León, marcó unas pautas de intervención en el momento en que la Administración Pública en materia de protección de menores tuviera conocimiento de que un niño, niña o adolescente pudiera encontrarse en estado de abandono. Ante estas circunstancias, como medida de protección oportuna adoptó la tutela automática por el órgano competente, sin contemplar en el texto normativo de 18 de febrero de 2005, “*de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia*”, una declaración formal de las circunstancias de riesgo, (art. 51 Ss. LPVAS/2005).

La Comunidad Foral de Navarra, en materia de prevención y protección de menores, estableció que el órgano competente para declarar una situación de riesgo o desamparo corresponderá a un Departamento de la Administración Autonómica que, a través de los entes locales, debería ejercer la acción ejecutora de los actos que resuelva, debiendo remitir anualmente al órgano en materia de la infancia una memoria relativa a sus actuaciones, con el fin de conseguir la mayor eficacia dirigida a los menores. El texto normativo de 5 de diciembre de 2005, “*de Promoción, Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia*” no tuvo en cuenta las circunstancias de situaciones de riesgo, aunque recopiló un repertorio de situaciones de desamparo, (art. 8 LFN/2005).

La Administración Pública de la Rioja introdujo, en su norma de 28 de febrero de 2006, “*de Protección de Menores*”, que las resoluciones fueran motivadas por un órgano competente en materia de riesgo. Esta nueva manera de resolver una situación de peligro exigía un estudio más individualizado del núcleo familiar y el entorno social donde se desarrollaba el menor. Sin embargo, no tipificó ni motivó las situaciones de los menores en desamparo. Simplemente elaboró un listado de circunstancias que marcaba la institución encargada de la protección de los infantes, (art. 41.1 Ss. LR/2006).

La Comunidad de las Islas Baleares, en su normativa de 13 de noviembre de 2006 “*integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia*”, alude a una declaración de oficio y a una resolución motivada de las situaciones de riesgo, al igual que la Entidad Autonómica de la Rioja. Pero no ha regulado un

procedimiento preciso, dando competencia a los Consejos Insulares para la iniciación, ordenación, tramitación y resolución de los expedientes de declaración. Asimismo, observamos cómo se tratan las cuestiones de riesgo como una alternativa a las circunstancias de desamparo, ya que sólo en los estados donde el menor sea desatendido en su medio, se habrá de declarar una situación más grave, (art. 65 LIB/2006).

La mayoría de las Entidades Públicas Autónomas han definido en sus normativas las distintas situaciones de abandono de los menores, atendiendo a la gravedad de desprotección social de los menores si son circunstancias de desamparo. Pero la Comunidad Valenciana, en su norma de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, "*de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana*", además ha sabido discernir y motivar los distintos estados de riesgo, (art. 93.Ss LCV/2008).

El legislador ha efectuado una distinción entre las situaciones de riesgo "*aquellas a causa de circunstancias personal o familiar del menor*" o "*por influencia de su entorno*", situaciones ambas que se caracterizan por la existencia de un perjuicio para el infante que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar. Pero, al no establecerse una catalogación de las situaciones de riesgo sobre los posibles supuestos citados, las Entidades de la Comunidad Valenciana no saben distinguir si se encuentran ante una situación de riesgo o desamparo, o bien ante los dos, (art. 24 DOGV/2001).<sup>268</sup>

Dentro de las normas autonómicas, resulta interesante el planteamiento efectuado en Catalunya en la norma de 27 de mayo de 2010, "*Ley de los Derechos y Oportunidades de la Infancia de Cataluña*". Es el texto más completo, al discernir los conceptos utilizados para delimitar a los menores, niños, niñas y adolescentes ante las situaciones de riesgo y desamparo, así como el procedimiento administrativo, notificación, efectos de la declaración y medidas cautelares, (arts. 102.1 y 105.1 LCAT/2010). Sin embargo, no determina qué órgano es el competente para la tramitación de las circunstancias de abandono, (art. 110.1 LCAT/2010).

La Comunidad Cantabria, siendo de las últimas Entidades Autonómicas que aprobó una normativa de protección de menores, el 23 de diciembre de 2010, "*de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia*", antes de la entrada en vigor de la Ley estatal de 2015, sí consideró que la intervención de la Administración Pública en la desprotección de los infantes y adolescentes debía estar motivada al considerar las circunstancias de peligro en varios estados.

---

<sup>268</sup> CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores* ed., La Ley, Madrid, 2008, pg. 50.

Estableció: “*riesgo*”, en aquellas situaciones en el ámbito familiar que no son las más propicias para el menor, (art. 50 LCTB/2010). “*moderada*”, la falta de atención física o psíquica producida por sus progenitores sin considerarse grave, (art. 53. LCTB/2010). “*riesgo de desamparo inminente*”, supuestos exclusivos de quien ejerce la patria potestad o solicite a la Entidad Autónoma la tutela de los menores, (art. 60. LCTB/2010). Por último, consideró la Administración pública, “*muy grave el abandono*”, como una acción negligente de las obligaciones por aquellos que ejercen la patria potestad, tutela o guarda, dando origen a la situación de desamparo, (art. 61. LCTB/2010).

Las Comunidades Autónomas, en su mayoría, solucionaban los problemas de los menores interviniendo desde el seno familiar. Pero este núcleo, en ocasiones, resulta problemático al plantease conflictos que afectan al desarrollo del menor por actuaciones de los progenitores, tutores o guardadores legales que menoscaban y lesionan los Derechos de los primeros. Por lo tanto, el Estado, en la búsqueda de la homogenización de las actuaciones por parte de las Comunidades Autónomas, aprobó la Ley de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, instando la puesta en práctica de los mecanismos necesarios para velar por los Derechos del menor. Estableció, por primera vez, una norma general que contenía un elenco de situaciones que definieran y regularan el riesgo y el desamparo. Asimismo, hemos de recalcar que una de las características de la citada Ley es la flexibilidad, al permitir otras circunstancias de abandono no contempladas en el texto normativo, (art. 18.f, L/2015).

La Ley de 2015, de protección de la infancia y adolescencia, tuvo que modificar el artículo 17 de Ley Orgánica de 1996, con el fin de unificar criterios de actuación entre las distintas Comunidades, que seguían estando en concordancia con la derogada norma estatal, (art. 17.6 L/2015).

En síntesis, podemos decir que las Administraciones Públicas, en sus normativas sobre la vigilancia y custodia de los menores, no han solucionado todas las situaciones de abandono. La falta de tipificación o declaración de una situación de riesgo o desamparo del menor por algún órgano competente puede llevar consigo errores en el inicio del procedimiento administrativo por parte de la institución designada.

Asimismo, la protección de los menores es una competencia asumida por las Comunidades Autónomas, recordándonos que nos encontramos en la esfera de la Administración Pública, y no en la judicial. No hay que olvidar que cuando la Entidad Autónoma inicie los trámites de investigación sobre un supuesto menor en estado de abandono que lleve consigo consideraciones jurídicas, dejaremos la

vía administrativa para iniciar la judicial civil, que posteriormente desarrollará en ulteriores trámites procesales ante el órgano judicial competente.

Sin embargo, podemos decir que, la aprobación de la Ley de 2015, de protección de la infancia y la adolescencia, y la intervención de los órganos judiciales, serán decisivos para solucionar las lagunas normativas de las Comunidades Autónomas y posibilitar que aparezcan nuevas situaciones de riesgo y desamparo que no estaban legisladas, permitiendo que no sea una enumeración cerrada.<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Hacemos referencia a las APS. de los distintos supuestos de situaciones de desamparo que pueden dar lugar, entre otras resoluciones se pueden citar las siguientes: SAP Valencia, Secc. 10ª, 19 de mayo de 2008 (JUR 2008,224131) (Ponente Ilma. Sra. María Pilar Manzana Laguarda), “*malos tratos*”. SAP Valencia, Secc. 1ª, 18 de abril de 2006 (JUR 2006,254118), (Ponente. Jesús maría Huerta Garitano), “*abandono hija de cuatro años sola en el domicilio*”. SAP Valencia, Secc. 10ª, 9 de julio de 2009 (JUR 2010,72771) (Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de Motta García-España), “*absoluta desatención material y moral desde que nació*”. SAP Jaén, Secc. 2º, 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006,143222) (Ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega), “*deficiencias higiénicas en el cuidado y de la vivienda.*” SAP Valencia, Secc. 10ª, 6 de junio de 2005 (JUR 2005,199877) (Ponente Ilmo. Sr. D. José Bonet Navarro), “*déficit en habilidades educativas*”. SAP Castellón, Secc. 2ª, 12 de julio de 2007 (JUR 2007,317780) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Cristina Domenech Garret), “*hallándose ambos progenitores en tratamiento psiquiátrico y el padre además en proceso de rehabilitación por dependencia al alcohol: dejación de los deberes inherentes a la patria potestad*”. SAP Ávila, Secc. 1ª, 10 junio de 2005 (AC 2005,2233) (Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Callejo Sánchez), “*padres carentes de trabajo y sin vivienda: abandono por parte de la madre que ni siquiera ha cumplido sistemáticamente el régimen de visitas y que no ha sido sometida a tratamiento de la drogodependencia y padre en prisión*”.

## **CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN INFANTIL, ADOLESCENTE Y MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS ANTE LAS ENTIDADES PÚBLICAS**

### **I. LOS MENORES COMO SUJETOS PASIVOS DE LAS SITUACIONES DE ABANDONO Y SU PROBLEMÁTICA INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

#### **1. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS**

A la hora de asentar cuales van a ser las bases de la intervención de las Entidades Públicas en las situaciones de abandono de los menores tenemos que analizar la problemática de los infantes y adolescentes desde el punto de vista de dos grandes cuestiones. La primera, observar al infante como un individuo pasivo que pertenece a un núcleo familiar, como tal, observar si se encontrara desprotegido o estuviera en circunstancias de desamparo, para averiguar cuáles son los mecanismos que se pueden preveer para evitar la desatención por parte de las Administraciones Públicas consiguiendo que esa desprotección desaparezca o, al menos, paliarla, buscando la normalización de la situación del menor en su entorno familiar. La segunda cuestión consiste en indagar la situación familiar o personal del infante o adolescente como sujeto activo debido a su implicación en la vida social. Para ello las Instituciones Publicas tendrán que analizar su actitud y su comportamiento, investigar las consecuencias directas o indirectas que afecte a sus Derechos e intereses en cuestiones administrativas como judiciales.

Por consiguiente, los Poderes Públicos serán los organismos encargados de buscar las fuentes y llevar a término las actuaciones de desprotección, de tal manera que las decisiones que se adopten en beneficio del menor se encuentren por encima de cualquiera otra medida que pudiera concurrir, teniendo en cuenta que estas intervenciones son las que tienen que prevalecer en perjuicio de otras que pueden considerarse como menos dignos, (art. 11.2 L/2015). Resulta lógico pensar que la prevención del perjudicado, por parte de los poderes públicos, supone un deber legislativo impuesto para garantizar la situación de desprotección. Sin embargo, la intervención de las Entidades Públicas, al establecerse un repertorio normativo, ha permitido que la mediación no sea idéntica en todos los sucesos de inseguridad, es decir, deberemos estar al “*caso concreto*” para diferenciar las distintas situaciones de abandono y establecer otro tipo de actuación encaminada

a la protección del menor. La consiguiente intervención administrativa no es, ni puede ser, la misma.<sup>270</sup>

En síntesis, hemos de decir que las circunstancias de abandono en la infancia han evolucionado hasta tal punto que, como consecuencia de la desatención de los progenitores respecto a los menores, se han dado nuevas situaciones que no existían. Entre otras, se encuentra la drogadicción, el alcoholismo, el absentismo escolar, la violencia de género, etc. Situaciones que se han calificado como circunstancias de riesgo o desamparo en el núcleo familiar. Además, la sociedad actual en la que vivimos ha fomentado otras nuevas situaciones de desatención, no porque se haya producido como consecuencia de una mala gestión por parte de los padres biológicos, tutores o acogedores por no darles aquellos elementos y estímulos que deberían proporcionarles su medio familiar, sino porque el menor no ha conseguido su bienestar social, dando origen, a episodios de delincuencia, maltrato social, etc. Por lo tanto, las Administraciones Públicas deben de prevenir y atender no solo a los progenitores, sino también a los menores, con el objeto de evitar situaciones de mayor gravedad o daños irreparables.

## 2. SITUACIÓN DE RIESGO

### A) *El concepto normativo*

El problema de la definición del riesgo del menor radicaba en que las normas del ordenamiento jurídico nacional o autonómico no daban con una explicación concreta de la situación de peligro. Por su parte, la jurisprudencia, más que definir el mismo, daba criterios orientativos. Ante la ausencia del concepto de las circunstancias de riesgo, estas se producían cuando el desarrollo y el bienestar de la persona menor de edad se veían limitados o perjudicados a consecuencia de que concurriesen causas originarias, carencias, dificultades de las necesidades personales o familiares del niño, de la niña o por influencia de su entorno. Por lo tanto, hemos de definir una situación de riesgo como aquella que, sin alcanzar la intensidad de desamparo, fundamente una situación de peligro y sea precisa la intervención de las Administraciones Públicas competentes para evitar la desatención del menor.<sup>271</sup> Ahora bien, el legislador, atendiendo a la gravedad de las circunstancias citadas, efectuó una distinción entre las situaciones de riesgo y desamparo, plasmándolas en la Ley Orgánica de 1996 “*de Protección Jurídica del menor, de Modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento*”

---

<sup>270</sup> LÁZARO GÓNZALEZ, I., *Los menores en el Derecho español* ed. Tecnos, Madrid, 2002, pg. 351.

<sup>271</sup> ALLUEVA AZNAR L. “Situación de riesgo y desamparo en la protección de menores”. *Revista para el análisis del derecho*, ed. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 2011, pg. 14.

*Civil*”, básicamente con el objeto de diferenciar la actuación de los menores por parte de la Administración Pública, (art. 17 LOPJM/1996).

Con posterioridad, La Ley de protección a la infancia y adolescencia de 2015 reformó el (art. 17 LOPJM/1996). Con ello estableció una regulación estatal más completa de la situación de riesgo, eliminando el concepto jurídico indeterminado.

*“La noción del riesgo se trata de un concepto indeterminado especialmente resbaladizo y que la legislación contribuye a enmarañar. Etimológicamente significa” lo que depara la providencia” y el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define como “un daño que puede o no suceder”; la posibilidad de que algo pueda ser perjudicial”.*<sup>272</sup>

El Gobierno español, por primera vez, define, en una normativa de rango estatal, el concepto de riesgo que, básicamente, incorpora como contenido en su texto las jurisprudencias y las legislaciones autonómicas recogidas durante estos años. Por consiguiente, la intervención por parte de las Entidades Públicas deberá ser adecuada y proporcional, en función de la gravedad que pueda existir en el seno familiar. Asimismo, en el caso de que la acción sea llevada a cabo por parte de la autoridad administrativa, tendrán que tener en cuenta los indicadores de riesgo familiares que existan en el momento, no apartando al menor del núcleo social donde resida, (art. 17.1 L/2015).

Los factores que pueden llegar a determinar una situación de peligro pueden ser varios, destacando entre otros: La falta de atención física o psíquica del menor por parte de sus progenitores o de la persona que ejerza la tutela o guarda que suponga un perjuicio leve para su salud física o emocional; la utilización del castigo que, sin llegar a ser severo, perjudique el normal desarrollo del menor; las carencias de productos básicos que no pudiendo ser dado en el ámbito familiar desemboquen en situaciones de marginación, inadaptación o desprotección. A estas situaciones debemos añadir la convivencia de los niños y niñas no deseados, por parte de su progenitores, que presentan deficiencias, enfermedades crónicas, problemas de conducta, pues son indicios que influyen en las situaciones de riesgo familiares, sobre todo en aquellos núcleos desestructurados que presentan conflictos en el hogar como son peleas, riñas, miembros alcohólicos, drogadictos, delincuentes, presencia de enfermedades mentales, excesivo número de hijos, falta de recursos económicos, etc.<sup>273</sup>

---

<sup>272</sup> MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *Protección del menor*, ed. Pirámide Madrid, 2009, pg. 77.

<sup>273</sup> BENAVENTE MORENA, P., *Riesgo desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego*, ed. Universidad Autónoma Madrid, 2011. pg. 36, “*la promoción: es el conjunto de actuaciones sociales que se desarrollan aunque nada vaya evidentemente mal, porque obedecen a objetivos de mejora social y responden a anhelos o aspiraciones colectivos, particularmente a los de un bienestar personal y social mayor. La*

En resumen, La sociedad moderna y el incremento de la rapidez de la vida actual han incluido circunstancias sociales que con anterioridad no se daban en los estados de adopción del S. XX. Asimismo, nos encontramos ante escenarios de peligro, aquellos que suponen un perjuicio de cualquier índole para el menor sin llegar a ser lo suficientemente grave como para declararlo en situación de desamparo. El infante se encuentra ante una posición real de amenaza, y no potencial, que va a originar un perjuicio, siendo necesaria la intervención de las Entidades Públicas autonómicas. De acuerdo con las definiciones anteriores, estas causas personales o familiares del menor y sus factores van a dar origen a lo que se denomina situaciones de riesgo.<sup>274</sup>

Asimismo, hay que decir que la intervención de estas Administraciones, surgirá cuando los padres biológicos, tutores o guardadores legales no asuman sus responsabilidades para asegurar el normal desarrollo del niño, niña o adolescente, pero, sin embargo, no revistan de gravedad suficiente para justificar la separación del menor de su núcleo familiar y social. Circunstancias que no implican desamparo del infante y que normalmente se trata de episodios circunstanciales.<sup>275</sup>

### *B) El procedimiento*

En cuanto al sistema de participación de las Entidades Públicas competentes en las situaciones de riesgo, consistirá en la apreciación y declaración de la situación de peligro en un procedimiento administrativo, iniciado por un órgano local o autonómico, que dependerá de la situación geográfica donde se encuentre el menor, dando audiencia a los interesados, (art. 17.3 L/2015).

Tal como hemos comprobado, las legislaciones autonómicas contemplan diversas medidas de actuación para corregir las situaciones de peligro, (art. 50.2. LCM/1995). Como se pudo apreciar en el capítulo precedente, los servicios

---

*prevención: es el conjunto de actuaciones sociales destinadas a preservar al niño o al adolescente de las situaciones que son perjudiciales para su sano desarrollo integral o para su bienestar. La atención: Es el conjunto de actuaciones sociales para cuando las cosas empiezan a ir mal o para cuando sólo van un poco mal y existe la probabilidad, y no la certeza, de que el desarrollo integral del niño o el adolescente puede resultar afectado negativamente. La consecuencia jurídica de estos casos es la declaración de riesgo. La protección: Es el conjunto de actuaciones sociales reservadas cuando las cosas van mal, cuando el desarrollo integral del niño o el adolescente parece claro que resulta seriamente afectado, a la vista de los conocimientos científicos actuales. Una de las consecuencias jurídicas es la declaración de desamparo”.*

<sup>274</sup> Según el artículo 51 LPV/2005, “se consideran situaciones de riesgo aquellas que perjudiquen el desarrollo personal o social del niño, niña o adolescente, que no quepa calificar de desamparo y que, por tanto, no requieren la asunción de la tutela ministerio de la Ley”.

<sup>275</sup> GERVILLA CASTILLO, A., *Familia y Sociedad: Menores en Situación de Riesgo*, ed. Dykinson SL., Madrid, 2000, pgs. 30-31.

sociales de las Entidades Locales, junto con los servicios sanitarios y educativos, serán fundamentales para detectar y analizar los factores que han intervenido en las situaciones de riesgo, (art. 12.2 g, LCAN/1997).

En general, recordemos que serán aquellos casos en los que pueda existir algún daño para el menor, pero sin llegar a tener la consideración de graves, y que deberán ser acometidos por los órganos administrativos con el propósito de evitar estas situaciones peligrosas, de lo contrario, supondría un perjuicio para los interesados, (art. 30.1 LCyLM/1997).

Es decir, la actuación de los Poderes Públicos no solamente contempla la declaración de la situación de riesgo, sino que además se orientará a disminuir los indicios que incidan en la esfera personal y social del menor garantizando su protección, y asistiéndolo en aquellos derechos que le son reconocidos. Por consiguiente, una vez apreciadas las circunstancias de peligro en el seno familiar, la Entidad Pública correspondiente en materia de menores, pondrá en marcha una serie de actuaciones para reducir la amenaza y llevará a cabo un seguimiento del infante para ver su evolución, (art. 55.1.b LPV/2008).

Como hemos tenido oportunidad de anotar en las páginas precedentes, las Entidades Públicas, para solucionar los factores sociales que desencadenan las circunstancias de peligro, deben actuar con la gravedad o intensidad que el propio riesgo suponga para solucionar el ambiente de inseguridad. El Problema que debe atenderse es su carácter de temporalidad. Es decir, ese primer auxilio que la Administración Pública debe prestar para que las causas que lo motivaron sean solo de amenaza, y no se conviertan en una situación más grave en el núcleo familiar, comprobando los requisitos de inseguridad del menor, (art. 104 LCAT/2010).

El procedimiento culmina poniendo en funcionamiento el servicio social especializado, que valorará y tomará las medidas necesarias al caso que se plantee, con colaboración de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guardia. Asimismo, las Comunidades Autónomas, a través de sus legislaciones en materia de menores, impulsarán diversas medidas de intervención para corregir las situaciones de riesgo. Con actuaciones que evitan sacar al menor del seno familiar, (art. 17.5 L/2015).

La actuación pública se limitará, por un lado, a la elaboración y puesta en marcha de la ejecución de programas específicos de carácter social y, por otro, a ejecutar las medidas que consisten en las ayudas a las familias.<sup>276</sup> Estas medidas

---

<sup>276</sup> GÓNZALEZ, E., y GÓNZALEZ, R., y (AAVV), *Intervención con familias y atención a menores en riesgo social* ed. Garceta Grupo Publicaciones S.L. Madrid. 2011. pg. 56, “*estos programas tratan de entrenar a los padres proporcionándoles estrategias para corregir las*

irán destinadas a los progenitores y se fundamentarán en la prevención y reunificación del núcleo familiar o, en su defecto, la separación definitiva del mismo, en función de la gravedad del asunto del que se trate, (art. 17.4 L/2015).<sup>277</sup>

La vigilancia y el control llevado a cabo por los servicios sociales dependerán directamente de la Entidad Pública Autonómica. Los agentes trabajarán conjuntamente con el menor, los progenitores, tutores o acogedores valorando la situación y eliminarán aquellos factores de riesgo que impidan la protección del infante, (art. 104.b, h, LCAT/2010). El objetivo que se busca con estos proyectos de trabajo es que el niño, niña o adolescente siga viviendo en su núcleo familiar, medidas que son adoptadas igual que si se encontrara en una situación de desamparo, (art. 103.6 LCAT/2010).

Con la aprobación de la Ley de protección de la infancia y adolescencia del 2015, que modificó el artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, se posibilitó entablar recursos contra las resoluciones administrativas en materia de protección de los menores. Asimismo, las Administraciones Públicas siguen sin acordar un procedimiento de impugnación contra aquellas actuaciones llevadas a cabo por los servicios sociales en asuntos de menores.<sup>278</sup>

En conclusión, podemos decir que la actuación por parte de la Entidad Pública es buscar la prevención y reinserción de los menores en el seno familiar, con la colaboración por parte de los titulares de la patria potestad, tutores, guardadores y acogedores, cumpliendo el compromiso de sus obligaciones, que evitará llegar a una situación de desamparo. Por lo tanto, estamos ante una competencia de la Administración Pública que debe ser resuelta sin necesidad de un proceso judicial.

---

*conductas no deseadas de sus hijos a la vez que intentan aumentar su tolerancia hacia ellas, a disminuir sus conductas verbales negativas y aumentar las positivas, a reducir las conductas aversivas de los padres, etc. En estos programas se trata de identificar las situaciones que provocan especial tensión, identificar las señales de ansiedad y de irritabilidad, emplear pensamientos y comportamientos alternativos, utilizar técnicas de relajación etc.”*

<sup>277</sup> SAP Burgos, Secc. 2ª, 13 de noviembre de 2015. (Cendoj ROJ. 2015,797) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández), “*visto el contenido del propio informe de los servicios sociales a la vista de evolución de los menores en la situación actual y la compleja problemática que el caso presenta, este Tribunal considera imprescindible el desarrollo inmediato por los padres de un programa de intervención familiar (P.I.F.) que facilite la adquisición por los progenitores de la habilidades necesarias para el adecuado ejercicio de las funciones de patria potestad. Este programa se iniciará de forma previa a la reinserción de los menores en su familia natural, reinserción que se deberá producir en el plazo de 3 meses a contar desde el inicio de aquel, pudiendo continuar el Programa (P.I.F.) por el tiempo que se considere preciso en interés de los menores*”.

<sup>278</sup> Véase el artículo 748.7º LECiv/ 2000.

### 3. UN PROBLEMA ADMINISTRATIVO PERO NO PROCESAL

Tal como hemos señalado, las situaciones de riesgo son aquellas que su propio nombre define como una situación que aún no ha ocurrido, pero que por sus características tiene todos los indicios de que pueda llegar a producirse. Esta serie de factores son los que nos van a permitir la intervención, “*a priori*”, por parte de la Administración Pública.

Sin embargo, no se puede afirmar que el ambiente precario donde vive el niño o la niña con pocos recursos económicos, dentro de una situación estable socialmente, sean motivos suficientes para considerar la Entidad Pública que el menor se encuentra en una situación de abandono. Por el contrario, si el núcleo familiar no se sostiene por sí solo, encontrándose circunstancias de indigencia, suciedad, abandonos temporales, falta de escolaridad de los menores, recursos económicos, etc., la intervención del órgano administrativo será esencial para la valoración de todas las causas que rodean al menor y para establecer la existencia o no de una situación de riesgo o desamparo, (art. 18.2 f, L/2015).

Ahora bien, podemos estar ante un núcleo familiar estable donde, aparentemente, no tengan ningún problema social, pero personalmente lo puedan sufrir los padres biológicos, tutores y acogedores. La Administración Pública, antes de tomar una decisión, valorará la madurez de los progenitores o el grado de minusvalía de estos, en el caso de que la hubiere.<sup>279</sup>

Una vez analizados los dos grupos de riesgo: aquellos que se producen en el núcleo familiar y los que afectan a la esfera personal de los padres biológicos, podemos afirmar con rotundidad que nos encontramos ante el umbral del desamparo. Ante ello, las Entidades Públicas, considerando el caso concreto, ponderarán la intervención, evitando dejar el peligro en manos de los órganos judiciales. Por estos motivos, podemos decir que el problema del riesgo de los

---

<sup>279</sup> SAP Zaragoza, Secc. 5ª, 15 de julio de 2004 (AC 2004,990) (Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver), “*notorio deseo de la madre de convivir con sus hijos y acentuado desconocimiento sobre el comportamiento adecuado a seguir: falta de madurez: orden a los servicios sociales para que realicen un plan detallado de actuación en el tiempo a fin de lograr la plena convivencia. Obviamente, esto requiere la intervención de la Sociedad para suplir las carencias de los individuos (padres o tutores) en una materia que hay que calificarse de “orden público” por lo tanto la legislación marca las pautas interpretativas de la realidad y que podemos sintetizar de la siguiente manera. Necesaria coordinación de la defensa de los intereses del menor con la integración en su propia familia. 2) interpretación restrictiva del concepto de desamparo. 3) No confundir las situaciones de “riesgo” 4) En los supuestos de “riesgo elaboración de un plan técnico de apoyo a la familia a cargo de los servicios sociales correspondientes, a fin de lograr la reinserción del menor en ella”.*”

menores es administrativo y no procesal, siempre y cuando los padres biológicos cumplan con sus deberes de guardia y custodia.<sup>280</sup>

Para resolver esta situación de riesgo en la que se encuentran los menores, el Gobierno español, a través de la Constitución Española, cedió estas competencias a las Comunidades Autónomas no siendo necesaria la intervención tutelada de la Ley en aquellas circunstancias de peligro, (art. 148.20 CE/1978).

Desde esta perspectiva, las Entidades Públicas Autonómicas deberán atender los episodios de peligro de carácter temporal y aquellas circunstancias de riesgo del momento con posibilidad de solucionarlo. La crisis económica ha dado como resultado que muchas familias que se encontraban sin trabajo y domicilio hayan tenido que recurrir a la necesaria intervención de los órganos sociales como instituciones encargadas de la asistencia. Un claro ejemplo lo encontramos en aquellos casos en los que los padres sean drogadictos y, aunque se encuentren en estado de rehabilitación, no puedan hacerse cargo de sus hijos e hijas. En estas situaciones es necesaria la intervención de los órganos sociales hasta que se efectúe esa recuperación.

Si bien ya ha quedado claro que estos episodios deberían solucionarse de forma temporal, evitando su agravación en el tiempo, la realidad es distinta, pues suelen convertirse en situaciones de carácter permanente. Para resolver este asunto, la intervención principal a la hora de actuar se orienta a salvaguardar siempre el interés del menor y la necesidad de darles un papel mucho más importante en el seno familiar. Estas conclusiones son motivos suficientes para que circunstancias esporádicas de riesgo no se acentúen.

Asimismo, la búsqueda de un reconocimiento social de los menores en situación de riesgo y desamparo por parte de las Administraciones Públicas encuentra su sustento en la aprobación, por parte del Gobierno Estatal, de una norma que asegura el futuro del menor desatendido. La nueva Ley impulsará la convivencia en el núcleo familiar dando un importante cambio en las relaciones paterno-filiares, que hasta ahora habían sido deficientes. La Ley, de 28 de julio del 2015 *“de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”*, además, buscará la unificación de las intervenciones en las Entidades Públicas Autonómicas.

Las Administraciones Públicas, para solucionar los problemas de riesgo en el seno familiar elaboran planes de choque para ayudar a las relaciones paterno-

---

<sup>280</sup> SAP Islas Baleares, Secc. 4ª, 13 de junio de 2008 (JUR 2008,338389) (Ponente. Ilmo. Sr D Miguel Álvaro Artola Fernández), *“declarar la situación de riesgo de la referida menor, disponiendo como actuaciones pertinentes para reducir o eliminar el riesgo apreciado. El cumplimiento del plan de trabajo”*.

filiares. Una vez apreciada la situación de peligro, la Administración 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. Pero no siempre estos planes de choque dan los frutos que se espera por parte de los padres biológicos. En este sentido, la jurisprudencia entiende que ya no estamos ante una cuestión de peligro entre los progenitores y los hijos e hijas, sino que el problema es mucho más grave de lo que en un principio atendió la Institución Pública. Esta nueva circunstancia ya no es solamente un conflicto en el núcleo familiar, sino un problema que debe ser atendido desde otro prisma distinto. Por consiguiente, la negativa de colaborar por parte de los padres biológicos con el objeto de intentar dar solución al problema planteado, hace que el órgano público competente lleve a cabo otro tipo de actuación, sin garantizar el interés del menor, dejando de ser una situación de riesgo para convertirse en una situación de desamparo.<sup>281</sup>

#### **4. SITUACIÓN DE DESAMPARO**

##### *A). Concepto*

Según define el diccionario de la Real Academia de la Lengua, desamparo es sinónimo de abandono, y aplicado al menor supone encontrarse privado del cariño de los progenitores.<sup>282</sup> Esta situación puede adoptar diversas formas producidas por varias causas, destacando entre otras: los niños y niñas sin padres legalmente reconocidos, orfandad absoluta sin personas unidas a ellos por vínculos familiares, padres biológicos que incumplen sus obligaciones y deberes con los infantes por negligencia o imposibilidad, o ausencia de escolaridad por parte de los

---

<sup>281</sup> SAP Murcia, Secc. 4ª, 26 de enero de 2012 (JUR 2012,63347) (Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader), *“negativa de los padres a someterse a un plan de intervención que se les ofrece, por lo que no ha sido posible mantener a los menores con sus padres. Fue correcta la intervención de la Administración a raíz de la comunicación del colegio donde acudían los menores ,pues se detectaron indicios de maltrato del hijo varón, y tras las actuaciones oportunas (contacto con la médico de los menores ,con la de cabecera de los padres ,con el propio centro, donde se rellena el protocolo previsto para dichos casos, y con la policía local de su población),se acuerda abrir el expediente y entrevistar a los padres, que no admiten la situación de riesgo de los menores y no aceptan la intervención propuesta por la Administración, lo que motiva que se asuma por la misma la tutela y se recurra a la vía de acogimiento por familia extensa.”* En la misma línea, SAP Albacete, Secc. 1ª, 14 de julio de 2011 (JUR 2011, 250979), (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer), *“estimación: situación de riesgo para la menor: madre que tiene un comportamiento conflictivo y no sabe alimentar, bañar, vestir y en definitiva, educar a la misma, considerándola un objeto de su posesión: incumplimiento del plan de intervención propuesto por la Administración”*.

<sup>282</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA., RAE. <http://lema.rae.es/drae/>

progenitores. Por consiguiente, la situación de desamparo de un menor es más grave que la de riesgo, implicando una salida automática de su núcleo familiar.

*“En particular se entenderá que existe una situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad o mental del menor: 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. El transcurso de la guarda voluntaria. El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. 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 y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de los progenitores, tutores o guardadores. El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares. La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra exploración del menor de similar naturaleza o gravedad. La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria” (art. 18.1 L/2015).*

La Ley “de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, establece que las Entidades Públicas deben considerar que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando carezca de los elementos básicos para que el niño o la niña pueda desarrollar su personalidad como ciudadano. Por lo tanto, si el menor está atendido por otras personas que tienen la guardia, aunque no sea los padres biológicos, no se está dando una situación de abandono. Esta nueva concepción va a proporcionar una relación más directa del menor con el órgano administrativo al permitir mayores medidas de protección junto a la puesta en conocimiento del Ministerio fiscal y, en su caso, del juez que acordó la tutela ordinaria. Todo ello actuando conforme se establece en el (art. 172 Ss. CC).<sup>283</sup>

En relación al citado artículo, hemos de decir que la definición legal de la situación de desamparo contempla dos aspectos: El primero, una omisión o ejercicio inadecuado por parte de los padres, tutores, acogedores o guardadores de hecho legales de sus deberes de protección; y el segundo, un resultado como es que el menor quede privado de la necesaria asistencia moral o material. El análisis de ambos puntos deberá realizarse siempre de forma absolutamente objetiva por parte de las autoridades administrativas competentes. Siempre que nos encontremos ante un infante privado de la necesaria asistencia moral o material, debemos presumir que existe una omisión o ejercicio inadecuado de los deberes

---

<sup>283</sup> Ley 26 de julio 2015. Modifica el Art.172 CC.

de protección, y resultará indiferente si esa omisión o ejercicio inadecuado es imputable a los responsables de los niños y niñas o a circunstancias de hecho que lo impidan, ya que la Ley “*de protección a la infancia y a la adolescencia*” de 2015 expresamente prevé que existirá desamparo cuando el cumplimiento de los deberes, por parte de padres o tutores, sea imposible.

Asimismo, se puede pensar que las modificaciones efectuadas como consecuencia de la aprobación de la Ley 2015, en referencia a los artículos del Código Civil que regulen la situación de desamparo, han favorecido las relaciones entre los padres biológicos y las Entidades Públicas competente para solucionar los problemas de los niños y niñas, permitiendo un nexo que no existía antes de la reforma de la norma estatal y de la situación de abandono en la Ley de adopción 1987. Esta nueva norma “*de protección de la infancia y la adolescencia*” va a suponer una nueva herramienta en esta relación con los progenitores, tutores, acogedores y guardadores de hecho legales, permitiendo un mayor control en las intervenciones con los menores y adolescentes, evitando los posibles errores o abusos que puedan surgir por parte de las Entidades Públicas.

#### *B) La declaración de la situación de desamparo*

La declaración de la situación del desamparo corresponde a la Entidad Pública Autónoma competente, bien sea porque ha recibido una denuncia por parte de un particular sobre una posible situación de abandono o porque la ha detectado por ella misma.<sup>284</sup> Ante estas circunstancias, la Institución Pública se verá obligada a verificar la condición del menor en el seno familiar y adoptar las medidas que estime pertinentes, poniendo el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal y notificando a los padres biológicos, tutores, acogedores y guardadores la situación de desamparo. El correspondiente informe de la declaración de la situación de desamparo será redactado conforme se establece en la Ley de 2015, siendo competente la Comunidad Autónoma en los supuestos de menores privados de la necesaria “*asistencia moral o material*”, conforme se establece en el (art. 172.1 CC).

Por idéntica razón, hemos de creer que cuando la situación del infante sea de tal gravedad que no sea posible la relación paterno-filial, el órgano administrativo competente aconsejará la salida del menor del seno familiar. Las Corporaciones Públicas asumirán la custodia del niño o de la niña, con la consiguiente suspensión de la patria potestad de los padres biológicos o aquellos que ostentan la tutela ordinaria. A continuación, se establecerá una relación bilateral entre la Entidad Pública Autónoma y el menor, objeto de protección. Sin embargo, el desamparo,

---

<sup>284</sup> Véanse los artículos. 13.1 y 13.4 Ley/2015, “*de protección a la infancia y adolescencia*”.

al ser apreciado por el mismo organismo que declaró la situación, vendrá obligado con una resolución motivada.<sup>285</sup>

Siguiendo el mismo esquema, la Ley de 2015 no recoge en su (art. 18 L/2015) el compromiso resolutorio por el órgano administrativo. Los progenitores, tutores, acogedores y guardadores solamente podrán recurrir los actos de las Administraciones Públicas a través del procedimiento administrativo.<sup>286</sup>

A tal efecto, cuando la Administración Pública Autonómica tenga conocimiento de una situación de desamparo en que pueda encontrarse el menor, incoará el oportuno expediente administrativo y los equipos técnicos valorarán razonablemente la existencia de los factores de riesgo social que justifiquen la apreciación de la circunstancia de desamparo.

## 5. EL DESAMPARO DEL MENOR POR PARTE DE SU FAMILIA

Las situaciones de desamparo pueden llevar aparejadas la pérdida de la patria potestad si se considera fundamentalmente el incumplimiento de los deberes de carácter asistencial que provienen de la familia derivadas de las relaciones de los progenitores, la tutela y la patria potestad. Manifestándose de dos maneras: cuando exista una intencionalidad, y en aquellos casos donde el desamparo se origina en la esfera personal que perjudica al seno familiar.

---

<sup>285</sup> SAP Toledo, Secc. 1ª, 23 de septiembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,776) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Urbano Suarez Sánchez), *“lo primero que se ha de reseñar es que la resolución por la que se acuerda la declaración carece por completo de motivación, en ella no se expone los hechos que se ha acreditado, los medios por los que se han conseguido tales datos y cuál es la valoración que desde ellos lleva a quien la dicta a concluir que lo expuesto en los antecedentes de hecho es cierto, se contenta con hacer afirmaciones generales y apodícticas, lo que impide hacer un control adecuado del ajuste de la citada resolución a derecho, siendo que de acuerdo con el art.9.3 de la Constitución y arts.89 y 54 1 a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común. Y dado que esta resolución lo que se combate con la presente demanda esa nulidad, por falta de motivación, art.62, 1 de la citada Ley, no puede servir de amparo a la Administración que la ha generado. Y dado que luego, al contestar a la demanda, tampoco se ha suplido aquella carencia nos encontramos ante una resolución arbitraria, en el sentido expuesto, dado que no se conocen los hechos, ni tampoco se expone por qué se estima que la declaración de desamparo es la solución que en este caso resultaba más beneficiosa para la menor”*.

<sup>286</sup> La Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común estuvo vigente hasta el 2 de octubre de 2016. Posteriormente fue derogada por la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

### A) *La intencionalidad*

Cuando existe voluntad por parte de la madre biológica de no cumplir con sus obligaciones de guardia y custodia, intervendrán las Entidades Públicas, conforme se establece en la Ley de 2015, en relación a un posible riesgo o desamparo por parte de la madre gestante, que tendrá que cooperar con los servicios de salud correspondientes. Quizá en caso contrario, la Administración Pública Autonómica correspondiente adoptará las medidas adecuadas de prevención, intervención o seguimiento para evitar circunstancias de desatención del recién nacido, (art. 17.9 L/2015).

En España, esta situación de desatención por parte de los progenitores no colaboradores se entendió como una situación de abandono. El Código penal lo tipificó como un delito, en aquellos casos donde se originó por la persona encargada de su guarda. Podemos considerar como una situación más grave cuando el abandono de un menor de edad se lleva a cabo por los padres biológicos, tutores, acogedores o guardadores legales en el momento del nacimiento o renuncia de la madre. Esta Situación atiende a un carácter definitivo de abandono al no cumplir con sus obligaciones. Pero el legislador también ha tenido en cuenta en el texto penal que las circunstancias de desatención pueden ser temporales y no definitivas, (arts. 229 y 230 Cp).<sup>287</sup>

Las Administraciones Públicas y los tribunales que velarán por el interés del menor, tendrán en cuenta si la intencionalidad de los padres tutores o guardadores legales es la inducción del menor a la mendicidad, la delincuencia, la prostitución o cualquier otra forma de explotación económica o sexual del menor de análoga naturaleza, o si existe cualquier incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, (art. 18.2 d, L/2015). Del mismo modo, investigarán los malos tratos físicos o psíquicos al menor en el entorno familiar como consecuencia de la violencia de género, o la mutilación genital, entre otras, (arts. 232 y 233.1 Cp).

### B) *La esfera personal*

El núcleo familiar es el entorno en donde se desarrollan, crecen y educan los menores. Ante el incumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia, los tribunales adoptarán la medida privativa de la patria potestad, basándose principalmente en la gravedad de las situaciones y, en otras ocasiones, en su

---

<sup>287</sup> MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *El desamparo.....*,” cit., pg. 139, “en este caso únicamente se puede plantear la adopción del menor. este supuesto se puede plantear en mujeres inmigrantes que no tienen quien les ayuden en la crianza del hijo o simplemente no lo desean, en cuyo caso no se plantea la búsqueda de otros familiares que atiendan al menor”.

constante reiteración. El órgano judicial en beneficio del interés del menor, pretenderá proteger su integridad física y psicológica.<sup>288</sup>

Las causas que llevan a la situación de desamparo son varias, atendiendo al caso concreto. El trastorno mental grave de quienes tienen la patria potestad o la tutela, siempre que impida o limite gravemente los deberes de asistencia que conlleva, el alcoholismo o la drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar, y en especial de los progenitores, siempre que menoscaben gravemente el desarrollo y bienestar del menor; los abusos sexuales o comportamientos o actitudes de violencia grave por parte de familiares o terceros en la unidad familiar del infante. En consecuencia, podemos decir que, agotados todos los medios que las normas de protección a la infancia nos permiten para superar el abandono, será el órgano judicial, mediante sentencia firme, el que establezca la situación y, en consecuencia, la pérdida de la patria potestad.<sup>289</sup>

En este sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la situación de desamparo en (STS, de 4 octubre de 2001), estableciéndose la diferenciación que debe existir entre las distintas circunstancias que rodean al menor y cuándo nos encontramos ante casos que deben ser resueltos por la vía penal o aquellos otros en los que la Administración Pública Autonómica debe asumir su competencia.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, ed. Aranzadi S.A., Granada, 2008, pg. 41.

<sup>289</sup> SAP Valencia, Secc. 4ª, 21 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2523) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. Olga Casas Herraiz), *“en este caso, es patente, y no se puede minimizar, la existencia de unos deficientes cuidados higiénicos del menor, lo que puso de manifiesto la directora de la guardería a la que acudía el niño, situación que resulta absolutamente indeseable, sin embargo, debe advertirse que la misma no ha sido de tal intensidad que haya provocado problema alguno de salud en el menor, es más, ni tan siquiera en relación con la “candiasis de otros sitios urogenitales” (impresión diagnóstica del parte de asistencia médica) consta que no haya sido tratada o la haya sido inadecuadamente, en los partes de asistencia médica no consta que el menor esté malnutrido, siendo su coloración e hidratación normales con buen aspecto general, también el informe de asistencia médica respecto al menor se halla normocoloreado, normonutrido y bien hidratado. En similares términos, el informe del médico forense refería que el menor de dos años de edad, acudió a la consulta con su madre estaba consciente, aseado, con buen estado de nutrición, presentando el menor gran inquietud motora”*.

<sup>290</sup> STS Secc. 1ª, 4 de octubre de 2001 (Cendoj ROJ 2001,2565) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta), *“el tipo penal de abandono de menor de edad es un delito cuyo bien jurídico trata de proteger al menor al que debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogidas en el Código civil y la ley de protección jurídica del menor. La conducta típica consiste en la realización de una conducta, activa u omisiva, provocadora de una situación de desamparo para el menor por el incumplimiento de los deberes de protección establecidos en la normativa aplicable. La situación de desamparo, concepto normativo del tipo penal,*

## **II. LOS MENORES COMO SUJETOS ACTIVOS DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO Y SU PROBLEMÁTICA INTERVENCIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **1. LAS CONDUCTAS ANTISOCIALES**

Hasta este momento hemos partido de la base de que los menores son sujetos pasivos de unas situaciones que se dan en el ámbito familiar, como consecuencia de unos factores que afectan al núcleo, dando como resultado del mismo un estado de riesgo o desamparo. Sin embargo, las distintas circunstancias en las que se pueden encontrar los infantes en situación de abandono también pueden venir establecidas por causas tanto a nivel social como personal, afectando a menores nacionales o extranjeros que residan o no en el territorio español. Asimismo, las condiciones de los infantes no solo van a ser social-personal sino también geográficas, lo que implica la existencia de regulación estatal, autonómica e internacional, de las situaciones de abandono de los menores, (art. 18.5 L/2015).

*A). El menor en situación de desamparo social deja de ser un sujeto pasivo para convertirse en el núcleo familiar como un sujeto activo*

La responsabilidad en la educación, enseñanza y valores sociales de las personas menores de edad corresponderá a la familia, que deberá garantizar, en la medida de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo

---

*aparece definida en los estudios de protección a la infancia que refieren tal situación, en síntesis, a supuestos en los que el niño quede privado de la necesaria asistencia moral y material, que incidan en su supervivencia, su desarrollo afectivo, social y cognitivo, a causa de un incumplimiento o cumplimiento inadecuado de las obligaciones de los padres o guardadores. El Código civil, en su art. 172, refiere la situación de desamparo a 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. Esta situación de desamparo ya supone un riesgo para el menor por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante intervenciones de carácter administrativo que las leyes protectoras regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. El abandono en los términos señalados supone una acción u omisión, provocadora de la situación de desamparo. Cuando esa situación es provocada y alcanza una singular relevancia la conducta se subsume en el tipo penal del abandono, arts. 229 y 230, tipicidad compatible con las medidas administrativas pues en tanto las autoridades administrativas adaptan medidas de protección del menor, constituyendo éste el objeto de su actuación, el Código penal interviene para reprochar una conducta provocadora de la situación de desamparo. Cuando el riesgo aparece concretado en una situación de peligro para un bien jurídico del menor, como pudiera ser el recogido en el hecho probado, podremos encontrarnos con un delito intentado que, en este caso, no ha sido objeto de acusación. El hecho descrito en el relato fáctico es claro en la descripción de una situación de riesgo para el menor que fue abandonado a su suerte”.*

integral del adolescente. El problema del desamparo de los infantes surge cuando los padres biológicos, tutores, acogedores y guardadores legales, no cumplen con sus obligaciones y deberes, convirtiéndose estos en sujetos activos de la situación de abandono del menor. Si bien debemos señalar que el adolescente deja de ser un individuo pasivo en el seno familiar al convertirse en una persona en situación de desarraigo social.

#### ***a) Adolescentes en situación de desamparo***

La primera cuestión que debemos analizar es el momento en que se produce el desarraigo social de los menores del núcleo familiar. Como hemos examinado, el incumplimiento de las obligaciones paterno-filiares, puede ser el desencadenante de muchas de las situaciones de abandono. Sin embargo, en ocasiones los motivos principales son otros: el comienzo de pequeños delitos, absentismo escolar, consumo de drogas y alcohol, pertenencia a grupos violentos antisistema, etc. Actitudes que llevan aparejadas una situación de inadaptación social por parte de los adolescentes. Por consiguiente, la Administración Pública Autonómica, ante tales hechos, puede tramitar la tutela del adolescente, bien a instancia de los progenitores o del Ministerio Fiscal, solicitando a la Entidad Pública correspondiente que asuma la tutela del menor correspondiendo a fiscalía dar cuenta al Juez de Primera Instancia de la situación del niño o de la niña, así como de las circunstancias que han motivado el estado de desarraigo, (art. 19.1 L/2015).

Por otra parte, los padres biológicos, atendiendo al conflicto con el hijo e hija, intervendrán informando a la Administración Pública y, en su defecto, solicitarán al órgano judicial un procedimiento de jurisdicción voluntaria que permita dar una solución al conflicto social que se vive en el seno familiar.<sup>291</sup>

*“A fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantiza por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible*

---

<sup>291</sup> FERNÁNDEZ MÁRTINEZ, J. M., *Jurisdicción Voluntaria*, Diccionario Jurídico, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pg. 484, “conforme al criterio legal se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. La competencia para conocer de los mismos corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, siendo muy variables los fueros determinantes de la competencia territorial, no siendo admisible la sumisión, tramitándose en un procedimiento sencillo y breve, que concluirá por auto. En el momento actual existe la nueva ley sobre jurisdicción voluntaria. Dentro de los procedimientos de jurisdicción voluntaria cabe distinguir: los relativos al Derecho de personas, al de cosas, al Derecho de Familia a los procedimientos en materia de sucesiones y los relativos a negocios de comercio. respecto a la aplicación de la Ley de Protección Jurídica del Menor, de aplicación a los supuestos de tutela, acogimiento, y adopción”.

*desamparo del menor, el juzgado comunicara las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria” (art. 158.6 CC).*<sup>292</sup>

Con esta medida procesal, la finalidad que se busca es que el adolescente sea ingresado en un centro especializado. El fiscal de menores, a instancia de los padres biológicos también puede solicitar su internamiento, teniendo que indicar que esta forma de intervenir por parte de los progenitores puede ir en contra de la privacidad “*necesaria moral y material del menor*”, para establecerse una situación desamparo establecida en el (art. 172.1 CC), al ser un acto opcional de los padres biológicos. Pero analizando la Ley de protección a la infancia y adolescencia del 2015, para dar una solución al problema planteado, puede decirse que admite a trámite la guardia voluntaria de menores, evitando la vulneración particular del menor, (art. 19.2 L/2015).

Con la aprobación de la Ley Orgánica del 2015 “*de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*”, no solo se plantea como objetivo introducir los cambios jurídicos-procesales, en los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas para evitar la vulneración “*moral y material del menor*”, sino que la norma busca, además, los mejores instrumentos de protección de los adolescentes en todo el territorio español, modificando las principales Leyes autonómicas que regulaban las instituciones o centros públicos que estaban destinados para la protección de los menores en el ámbito social, (art. 25.1 párr.2 LO/2015).

Esta medida de unificación de Leyes y criterios de actuación por parte de las Administraciones Públicas se produce como consecuencia de una ascendente situación de desamparo del menor en su núcleo social y familiar. El legislador entendió que había que adoptar todas las actuaciones necesarias para impedir aquellas conductas que llevasen aparejadas posibles desarraigos de los menores, evitando aquellas situaciones en las que los adolescentes tratan con especial dureza a los padres biológicos o les dan órdenes que vayan en contra de las normas de convivencia, la moral, o el orden público.<sup>293</sup>

---

<sup>292</sup> La Ley 28 de julio 2015 “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”. Modifica el Art.158 CC. el número 4º, añadiendo los números 5º y 6º y el último párrafo.

<sup>293</sup> Conforme al artículo 155 CC, “*obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre*”.

Estos sujetos, cuando adoptan estas posturas, pueden presentar focos de violencia. El llamado *síndrome del emperador*<sup>294</sup>, según los psicológicos, es uno de los casos más claros de violencia doméstica que se dan en el seno familiar.

Como consecuencia de ello se plantea una jurisdicción voluntaria en el caso en el que se incumplan los preceptos del Código Civil. En este caso, serán los padres biológicos o tutores los que soliciten el ingreso en un establecimiento especializado de forma provisional.

Con este internamiento no se priva de “*la asistencia moral y material*” que necesitan los menores, sino que se busca la reinserción del menor al núcleo familiar, (art. 9 bis L/2015).

En lo relativo a los conflictos de menores inadaptados socialmente, no solo pasan por solicitar la jurisdicción voluntaria, el Código Civil plantea otra alternativa a los padres biológicos frente a los jóvenes en situación de desamparo por motivos de violencia doméstica: la emancipación del adolescente por parte de las Entidades Públicas. Para solicitarla, es necesario que existan unas condiciones generales, esto es, que el menor quiera emanciparse y que tenga la edad reglamentaria.

La solución podría venir planteándose a las Entidades Autonómicas a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, permitiendo la elaboración de normas que atendiesen a la independencia de los menores inadaptados. Con esta medida creemos que se evitarían muchos problemas burocráticos y se agilizaría la independencia de los adolescentes.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> MIRALLES CONTIJOCH, F., *Diario El País*, F. 31.05.2009, Madrid, 2009, ¿Cuál es tu síndrome? [http://elpais.com/diario/2009/05/31/eps/1243751211\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2009/05/31/eps/1243751211_850215.html) pg. 7, “*cada vez son más frecuentes las denuncias de padres contra hijos que sufren el síndrome del emperador. El término hace referencia a la conducta de los niños o adolescentes que se comportan como pequeños tiranos y no dudan en maltratar verbal y físicamente a sus progenitores para lograr sus caprichos. El emperador se relaciona con los padres como si fueran sus súbditos, y si no le complacen, reacciona de manera violenta. Las estadísticas arrojan que las denuncias por agresiones de los hijos se han multiplicado por ocho en los últimos años. ¿A qué se debe este fenómeno? Según la psicóloga Montserrat Domenech, "detrás de estos episodios de violencia hay unos padres que no han sabido fijar límites". Coincide en este diagnóstico Javier Urra, autor de El pequeño dictador, que denuncia que algunos pedagogos "transmiten el criterio de que no se le puede decir no a un niño, cuando lo que le neurotiza es no saber lo que está bien y está mal. Ésa es la razón de que tengamos niños caprichosos y consentidos, con una filosofía muy hedonista y nihilista". En los estudios realizados sobre este síndrome, el 55% de las agresiones se producen como reacción a la autoridad de los padres, mientras que un 17% está relacionado con la exigencia de dinero por parte de los hijos*”.

<sup>295</sup> Véase el artículo 317 CC.

***b) La Administración Autonómica como instrumento social de integración de los infantes y adolescentes en situación de desamparo.***

Llegado a este punto y habiendo analizado los aspectos más fundamentales de los menores en situación de abandono, corresponde investigar una segunda cuestión. Para comenzar, si las Comunidades Autónomas han evolucionado solamente en sus legislaciones autonómicas, pautas encaminadas a solucionar los problemas de menores en circunstancias de riesgo y desamparo, o por el contrario, en sus textos normativos han tenido en cuenta a los jóvenes desarraigados socialmente. Las indicadas cuestiones exigen un nuevo estudio de las Leyes autonómicas para examinar, por una parte, las Administraciones Públicas que han desarrollado con carácter general formas de actuación e interpretar las circunstancias de los menores, frente a otras que han buscado las fuentes de los conflictos antisociales de los adolescentes.<sup>296</sup> Sin embargo la Ley de 2015 permitió a las instituciones autonómicas contar con una nueva concepción social para aunar criterios de intervención, (art. 9 quinquies L/2015).

Un claro ejemplo lo encontramos en la Ley de 9 de octubre de 2014 “*de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia*” de la Comunidad de Castilla-La Mancha, que promoverá acciones dirigidas, de forma genérica, a los menores, evitando de esta forma que fomenten conductas inadaptadas que contribuyan al conflicto familiar y cívico. Estas exigencias mínimas de convivencia social por parte de la Administración Pública se basarán en la tolerancia y en el derecho al respeto a los demás. Asimismo, la base para que los infantes con dificultades personales puedan solucionar sus problemas, consistirá en completar sus estudios para poder ser parte de la sociedad española, (art. 46 LCyLM/2014).

En la misma línea, la Ley del 2015 reconoció en su texto las responsabilidades de los menores en las sociedades que participa y, por tanto, estableció que son titulares tanto de derechos como también de deberes, (art. 9.1 quáter. L/2015). En este sentido, la Administración en Extremadura, como los

---

<sup>296</sup> MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J., *El desamparo....* cit., pgs. 81- 82, “*habría que cuestionar si en estas situaciones se produce el requisito de la privación de la necesaria asistencia moral o material que exige el artículo 172 del Código Civil y que habría que encuadrar en el supuesto que las legislaciones autonómicas mencionan como 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. Pero dado que nos encontramos ante un fenómeno emergente, en el sentido de que existe pero está oculto ya que la denuncia y puesta en conocimiento de servicios sociales de estas situaciones es la última alternativa, si se abre la puerta del sistema de protección para estos menores, puede que no se posible darle cabida a todos los casos. Más bien se trata de variar la política integral dirigida a la educación, tanto de los padres como de los hijos*”.

órganos judiciales, tendrán la obligación de intervenir no solamente en cuestiones de carácter general que afecten a los menores, sino también en aquellas conductas antisociales de los adolescentes establecidos en la Ley de 10 de noviembre de 1994, “*de protección y atención a menores*”.<sup>297</sup>

Del mismo modo, la Comunidad Autónoma de la Rioja, en su Ley de 28 de febrero de 2006, “*de Protección de Menores*” asienta como principio rector de la actuación administrativa el interés superior del menor. Intervendrá en el bienestar del infante en su propio medio, respetando y garantizando los Derechos constitucionales, normas internacionales y nacionales. Sin embargo, dentro de su ordenamiento jurídico, la norma no especifica cómo lo va a llevar a cabo (art. 5.b, LLR/2006).

La Ley de la Comunidad de Madrid, de 28 de marzo de 1995, “*de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*”, procuró asentar las bases esenciales generales de lo que debía ser la acción administrativa respecto a los menores en situación de abandono. La intervención debía prestarse de forma directa, fomentando actividades y servicios esenciales para que los infantes se integrasen socialmente, ajustándose cada actuación a la edad del momento, (art. 30 LCM/1995).

En consecuencia, conforme se establece en la Ley del 2015, tienen la obligación y el deber de intervenir siempre, no distinguiendo entre aquellas actuaciones que tengan como obligación los servicios públicos de atender en situaciones de urgencia, del resto de circunstancias sociales que rodean a la esfera del menor, como ocurre en la Ley, de 21 de marzo del 1995, “*de la infancia de la Región de Murcia*”.<sup>298</sup>

De lo visto hasta ahora, puede afirmarse que algunas Comunidades Autónomas han desarrollado aspectos comunes para todos los menores, sin discernir entre infantes en estado de desamparo o jóvenes en desarraigo social. La crítica a esta forma de intervenir no se puede generalizar en todos los casos cuando encontramos Administraciones Públicas Autonómicas que han sabido legislar entre las circunstancias de los menores en edad infantil, y los adolescentes. Las Instituciones Públicas del País Vasco son un claro ejemplo al incluir en su Ley de 18 de febrero de 2005, “*de Atención y Protección a la infancia y la Adolescencia*” la desigualdad entre infantes y adolescentes, sustituyendo la palabra menor, por niños, niñas y jóvenes. Estableciéndose su protección a todas las “*personas menores*” como concepto genérico, (art. 49. LPV/2005).

---

<sup>297</sup> Véase el artículo 10 LEXT/1994.

<sup>298</sup> Véase el artículo 14 LRM/1995.

Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Cantabria, en su legislación de 23 de diciembre de 2010, *“de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia”*, califica de *“persona menor”* y estableció que, cuando se cumplan una serie de requisitos, la Administración Pública Autónoma deberá considerar si se han dado las condiciones necesarias para que los jóvenes necesiten medidas de protección, al ser titulares de Derechos, (art. 40 LCTB/2010).

Al hilo de esto último, hemos de decir que el órgano competente de la Administración de Andalucía aprobó, en un Decreto-Ley de 12 de febrero de 2002, *“del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa”*, los planes de integración social de los menores que se encontrasen en situación de desamparo. Esta medida de protección permitió a la Entidad Autónoma Pública competente la integración de los niños y las niñas en un centro residencial o familia acogedora, (art. 9. LCA/2002).

Con todo, cabe apuntar que, de forma temporal, la mayoría de las Administraciones Autónomas han sabido dividir en sus legislaciones a los menores protegidos de los adolescentes. Esto le ha permitido actuar mediante programas de integración individualizados con el objetivo de insertar al menor socialmente. El estudio de las distintas normas comunitarias nos ha ofrecido, por primera vez en la Comunidad Navarra, a través de la Ley, de 5 de diciembre de 2005, *“de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia”* una definición del joven inadaptado que desconocíamos hasta este momento.<sup>299</sup>

Pero, aunque los programas de reinserción social y laboral que ofrecen las Administraciones Públicas son obligatorios, una vez que el adolescente los ha solicitado voluntariamente, tendrán que contar con el apoyo y participación familiar. Ahora bien, la intervención preventiva en jóvenes en situación de desamparo será decisiva para evitar la inadaptación y la delincuencia. Por consiguiente, algunas Entidades Públicas como la aragonesa dan prioridad, en su legislación de 7 de octubre de 2008, *“por el que se aprueba el reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”*, aplicando un modelo de planteamiento de prevención, y reinserción de los adolescentes en situación de conflicto social, (art. 79 LARG/2008).

A lo anterior se suma que la Administración de la Comunidad Valenciana, en su normativa autonómica, de 3 de julio de 2008, *“de protección integral de la infancia y la adolescencia”*, además de los programas de autonomía personal, introdujo los estudios de prevención a la agresividad y a la violencia en centros de enseñanza, (art. 550.1 Cp). Con esta medida, se persiguió no solamente evitar el

---

<sup>299</sup> Véanse los artículos 83.1 y 85.3 LNA/2005.

acoso del adolescente a los padres biológicos, sino también a los educadores y docentes, (art. 34 LCV/2008).

Asimismo, nos referimos nuevamente a la Administración Foral de Navarra, en materia de educación, al colaborar con las Entidades Locales, con los responsables de los centros educativos, los consejos escolares y personal docente, en el desarrollo de programas de integración social que garanticen la escolaridad obligatoria y el control del absentismo escolar. La prevención del fracaso escolar. Las medidas compensatorias concretas dirigidas a menores procedentes de medios desfavorecidos, (art. 29.2 LFN/2005).

En nuestra opinión, al igual que creemos necesaria la división de actuación de los menores por parte de las Entidades Públicas Autonómicas mediante programas o modelos de prevención y reinserción social, las Administraciones Autónomas deberían estudiar aquellas circunstancias de riesgo que pueden influir en el desarraigo social de los jóvenes. En relación a este aspecto, la Comunidad Balear, en su norma, de 13 de noviembre de 2006, “*de integración de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia*”, introduce en su normativa, además del control del consumo de alcohol y drogas, el peligro que lleva consigo que un menor pertenezca a una secta, grupo de delincuencia juvenil o similar, (art. 39 LIB/2006).

A lo analizado se suma el hecho de que la situación geográfica de los archipiélagos españoles junto a las costas del continente africano ha facilitado la integración de los adolescentes en desarraigo social en grupos de delincuencia y terroristas. Las críticas a estas asociaciones por parte de la Comunidad Canaria no se hicieron esperar, definiéndolos en la Ley, de 7 de febrero de 1997, “*de Atención Integral a los Menores*” como “*grupos nocivos*”, negándoles cualquier tipo de prestación de carácter público, (art. 24 LCAN/1997).

El estudio de la materia de los menores en situación de desamparo social, nos ha llevado a comprobar que existen Comunidades Autónomas como la Cántabra que garantizan, de forma generalizada en su norma del 2010, “*los Derechos*”, tanto individuales como colectivos de los menores en edad infantil y adolescente. Y además, participan en la creación de espacios sociales conforme se establece en las normas, por encima de cualquier programa de prevención o de reinserción, (art. 5.2 LCTB/2010). Asimismo, resulta escasa la intervención por parte de las Entidades Públicas en circunstancias de desarraigo social, participando de forma complementaria en la responsabilidad de los padres biológicos, tutores, acogedores o guardadores legales, (art. 12 LCTB/2010).

La Comunidad del Principado de Asturias, conforme se determinó en su normativa interna, además de respaldar los derechos individuales y colectivos de los menores, buscó como objetivo principal en su norma de 27 de enero de 1995,

“de Protección del Menor”, asumir aquellas competencias en defensa de los infantes y adolescentes, (art. 7 LPAS/1995).

Una vez analizados los motivos particulares, educacionales y sociales que han llevado al desarraigo de los menores, sin adentrarnos aún en los procedimientos judiciales como solución a las circunstancias de abandono, es necesario observar como Comunidades Autónomas, a través de sus servicios públicos, colaboran en el desarrollo de las actuaciones preventivas en la “integración familiar” en los términos que legalmente se determinan, evitando situaciones de desarraigo social. La finalidad de la Administración Pública de Galicia fue promover en su legislación de 30 de mayo de 2011 “de apoyo a la familia y a la convivencia”<sup>300</sup> el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en su medio familiar de origen, (art. 38 LG/2011).

La Junta de Castilla y León contempló en su legislación de 25 de julio de 2002, “de Promoción, Atención y Protección a la infancia”, entre sus prioridades, las actuaciones previstas en el cuidado y amparo de la infancia y adolescencia en defensa de sus derechos y de todas aquellas circunstancias de abandono en que se encontraran los menores, (art. 3 LCyL/2002).

La complejidad de la normativa autonómica originó que los infantes y adolescentes en estado de desamparo fueran considerados de forma desigual por los servicios públicos dependiendo de la Comunidad Autónoma donde residían. Por lo tanto, hemos de creer que la solución al problema de equidad social se ha resuelto con la Ley de 28 de julio de 2015, “de Protección a la infancia y a la adolescencia” que posibilitó unir todos los conflictos sociales, particulares, familiares y educativos en una norma.

Finalmente, diremos sin miedo a equivocarnos que la Comunidad Catalana, es la única que cumple en su normativa de menores con todas estas características.<sup>301</sup> Asimismo, la Ley de 27 de mayo de 2010, “de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia”, dividió entre el bienestar de los niños, niñas y los adolescentes, en todo el territorio donde residan de forma temporal o permanente, (art. 2.1 LCAT/2010). Por último, añadir que en esta norma existen programas de intervención y prevención que garantizan los Derechos de los menores e integridad familiar conforme a la edad, (art. 2.2 LCAT/2010).

En síntesis, en distintas situaciones de menores hemos visto cómo las Leyes de las Comunidades Autónomas han diferenciado derechos, obligaciones, familia y otros aspectos entre infantes y adolescentes, por lo que hay que tener claro el

---

<sup>300</sup> Véase el artículo 1 LG/ 2011.

<sup>301</sup> Véase el artículo 1 LCAT/2010.

concepto de menores, siendo todos aquellos individuos que todavía no han alcanzado la edad adulta o la mayoría según la legislación vigente. Asimismo, tal concepto dependerá estrictamente de lo que estipule la normativa del país donde residan. La edad del niño o de la niña será determinante para las Entidades Públicas como otras circunstancias, además de la situación activa o pasiva para establecer las condiciones de abandono.

***c) La edad del menor como factor para establecer la situación de abandono***

La consideración de menor ha dependido de unas determinadas edades distintas según la época. El Derecho Romano contempló tres periodos de edad: la infancia, que se extendía hasta la edad de doce o de catorce. La impúbertad, época de la adolescencia o mocedad y por último la pubertad, siendo la mayoría de edad a los veinticinco años. En nuestro Derecho Histórico, el Fuero Juzgo fijaba la mayoría de edad a partir de los veinte años; en el Fuero Real, la misma edad. Sin embargo, el Fuero de Castilla la estableció a partir de dieciséis, mientras que en las Partidas de Alfonso X “*El Sabio*”, influidas por el Derecho Romano, se elevaba a veinticinco la edad, hasta que descendió a veintitrés en el Código Civil primeramente, y después a veintiuno. Actualmente, en nuestra Constitución Española, se deja en dieciocho años, (art. 12 CE.).<sup>302</sup>

En la actualidad, la edad representa un factor decisivo que nos permitirá saber cuáles han sido las causas del abandono, y la situación de los menores en el núcleo familiar o en la esfera social. Para poder llegar a esta conclusión, la Administración Pública, en el momento de intervenir, tendrá en cuenta si estamos ante una situación de riesgo o desamparo, o si nos encontramos ante circunstancias relevantes en el orden civil o incluso en el penal. Una vez dilucidadas estas cuestiones, las Entidades Públicas Autónomas, actuando conforme se establece en la Ley Orgánica de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, establecieron la diferenciación de edad entre los no nacidos, menores, infantes (a partir de los doce años) y adolescentes hasta los mayores de edad. Determinó que son sujetos pasivos de una situación de abandono todos los menores de esta edad. Sin embargo, como hemos analizado, la realidad es otra, ya que la edad, en las relaciones familiares, sociales y educacionales ha dividido a los infantes, como sujetos pasivos, y a los jóvenes como sujetos activos.

Las Entidades Públicas Autónomas competentes solamente auxiliarán, en un principio, los casos de desamparo o riesgo en que las normas contemplen la ayuda, quedando exentas en aquellos supuestos de emancipación que rigen su persona

---

<sup>302</sup> DE LA ROCHA GARCÍA, E., *Los menores de edad en el derecho español*, ed. Comares S.L., Granada 2000, pg. 34.

como si fueran mayores de edad, así como también los obtenidos judicialmente, (art. 20.2 b, L/2015).<sup>303</sup>

Del mismo modo, la Administración Pública auxiliará a los jóvenes en aquellos casos de responsabilidad penal donde el menor, como sujeto activo de actuaciones penadas por la Ley, tiene que responder de sus actos ante la justicia, conforme se establece en la Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, “*reguladora de la responsabilidad penal de los menores*” con indiferencia de las circunstancias familiares y sociales que les rodean. El gobierno estatal, para evitar situaciones de abandono o desamparo por delinquir, aprobó la Ley Orgánica de 22 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”, previendo el ingreso en acogimiento residencial en centros de protección específicos aquellos menores con problemas de conducta, (art. 1 LORPM/2005).

Por otra parte, hemos de decir que la falta de formación educacional, las pocas oportunidades de trabajo que encuentran los adolescentes y el aumento de la violencia juvenil, son características esenciales para que los jóvenes encuentren en el delito una forma de subsistir, (art. 3 LORPM/2005). Por consiguiente, el legislador cuando ha tratado la responsabilidad penal, ha sabido establecer unas pautas diferenciando entre los mayores de edad y los menores. Asimismo, el Código Penal estableció cuáles eran las causas que eximían de responsabilidad criminal, (art. 19 Cp).

En resumen, podemos decir que la Administración del Estado, a través de sus Entidades Públicas Autonómicas, pondrá en funcionamiento todos los recursos disponibles para solucionar las circunstancias que rodean las situaciones de desamparo, conforme se establece en la Leyes Orgánicas del 2015 de protección a la infancia y adolescencia, el Código Civil y aquellas normas penales que les competan. Normas que serán de aplicación a los sujetos pasivos y activos, teniendo en cuenta a los infantes y a los adolescentes y en concreto a todos lo que se encuentren en el territorio español, como a los nacionales fuera del país y los extranjeros en situación de abandono.

## **2. LOS MENORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO DENTRO DEL TERRITORIO ESPAÑOL**

### *A) Consideraciones generales*

Resulta patente que los menores son uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad, por lo que requieren de una protección específica. El auxilio tutelar

---

<sup>303</sup> MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup> V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, ed. Comares Granada 1999, pg. 85.

se acrecienta cuando el menor, además de ser extranjero, se encuentra en una situación de ilegalidad y no está acompañado de sus progenitores. Se crea así una situación de desamparo que aumenta y requiere de una seguridad mayor por parte de las Administraciones Públicas.

Estas situaciones se originan de diversas maneras en el contexto español. En un primer momento, aquellos foráneos menores que entran en nuestro país acompañados de personas mayores que se hacen cargo de ellos. La segunda forma de inmigración consiste en los adolescentes que, de forma ilegal, se han introducido en España y, una vez dentro del propio territorio nacional, dejan de tener alguna vinculación con los adultos, o simplemente deambulan por las ciudades, creándose entonces una situación de desamparo.<sup>304</sup>

Los motivos que han llevado a que estos infantes o adolescentes abandonen el seno familiar y sus países son diversos: las malas circunstancias familiares y sociales que han tenido que vivir en sus territorios de origen; la pérdida de referentes educativos a una edad en la que deberían estar escolarizados y en proceso de formación; una carencia de recursos personales y materiales para afrontar la situación de abandono con el peligro que lleva terminar en redes de explotación de menores; la búsqueda de nuevas oportunidades para empezar una nueva vida, las guerras, la hambruna, etc.<sup>305</sup>

#### *B) Menores extranjeros no acompañados en el territorio español*

Tradicionalmente, el concepto del infante inmigrante no acompañado engloba una serie de características que lo definen como una persona menor de dieciocho años, en su mayoría varones, en proceso migratorio fuera de su país de

---

<sup>304</sup> SAP Barcelona, Secc. 18ª, 14 de septiembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,8942) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Pérez Tormo), *“la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de enero de 2015 seguida de otras de 18 de junio y 3 de julio de 2015, a propósito de la minoría de edad de menores extranjeros en situación irregular y sobre la realización de pruebas para descartar la veracidad de los documentos oficiales que aseveren la minoría de edad ha señalado, recogiendo la doctrina jurisprudencial recogida en sentencias de 23 y 24 de septiembre de 2014” que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de la edad*. En la misma línea jurisprudencial. SAP Barcelona, Secc. 18ª, 13 de octubre de 2015. (Cendoj ROJ 2015,10812) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Myriam Sambola Cabrer).

<sup>305</sup> AJA, E., *Los derechos de los inmigrantes en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 209. pg. 494. *“Hoy sigue siendo mayoritaria la nacionalidad marroquí, con la diferencia de que ahora muchos de ellos emprenden su viaje embarcados en “patera”, pero al mismo tiempo también crece el número de menores subsaharianos que siguen las huellas de las rutas creadas por sus mayores y llegan a Canarias, sobre todo desde Senegal. Así que, a pesar de su juventud son inmigrantes en el sentido general”*.

origen, separada de ambos progenitores y no se encuentra bajo el cuidado de ningún adulto que por Ley esté a su cargo, accediendo a territorio español a través de una solicitud de asilo, refugiado o irregular.<sup>306</sup>

Los menores inmigrantes no acompañados que se encuentren en España sin la tutela de un adulto constituyen un colectivo extremadamente vulnerable que ha experimentado a lo largo de su historia constantes reformas legislativas. En los últimos años puede constatarse un aumento de su población, hasta el punto que representa actualmente una grave preocupación para las Instituciones Públicas.

El tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados se inició en nuestro ordenamiento jurídico con el Real Decreto de 2 de febrero de 1996, "por el que se aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985". Regulaba la situación de los infantes en situación de desamparo, siendo encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniendo su situación de desatención, en conocimiento del Ministerio Fiscal, (art. 13.RD/1996).

Esta preocupación, por solucionar el problema de los menores inmigrantes, se plasmó en la Directiva Europea de 25 de noviembre de 2003, "relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración" que permitió introducir, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de menor extranjero no acompañado, Real Decreto, de 20 de abril de 2011, "por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 27/009". En este Decreto resaltaron factores como: El ser extranjero, el tener menos de dieciocho años, el hecho de no estar acompañado de un adulto responsable de él y el riesgo de desprotección, (art.189. RD/2011).<sup>307</sup>

*"El nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llega al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable del mismo ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbre, y mientras no esté efectivamente bajo el cuidado de tal adulto responsable de él; este concepto incluye a los menores que dejan*

---

<sup>306</sup> CABEDO MALLOL, V., y CLOQUELL LOZANO, A., *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pg. 224, "el fenómeno de la inmigración de menores solos o sin referencia familiar adulto válido que los acompañe es un fenómeno relativamente nuevo en los países de la Unión Europea. En algunos países con fuerte tradición inmigratoria, empezó a observándose a principios de los años noventa, mientras que en el caso de España es algo posterior, situándose alrededor de finales de esa misma década".

<sup>307</sup> CABEDO MALLOL, V., *Los menores extranjeros no acompañados*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pg. 26.

de estar acompañados después de haber entrado en los territorios de los Estados miembros” (art. 2 f, Dir.2003/86/CE).<sup>308</sup>

Sin embargo, cuando los adolescentes inmigrantes no acompañados que se encuentren en territorio español ostenten la edad de emancipación, podrán ser expulsados a su país de origen, siempre que exista una independencia de sus progenitores, dejando de ser menores en estado de desamparo, (art. 9.3 párr.2 quinquies L/2015). Una orden judicial será la que determine la repatriación teniendo en cuenta la nacionalidad de los menores y la edad de los mismos, (art. 35.6 LO/2000).

***a) La determinación de la edad del menor no acompañado como inicio del acogimiento o repatriación a su país de origen por parte de la Administración Pública***

Un vez más la edad del menor va a condicionar la situación de desamparo a los efectos de la repatriación de los infantes y adolescentes no acompañados. Las Administraciones Públicas se encuentran con dificultades para retornar a su país de origen y reintegrarlos a su familia; el motivo no es otro que la falta de documentación que acredite su identificación en el momento de la detención. Ante estas situaciones, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que dependen del Ministerio del Interior y de las respectivas Instituciones Públicas serán los agentes y organismos encargados de realizar todas las averiguaciones encaminadas a investigar la edad de los extranjeros indocumentados no acompañados.<sup>309</sup> Por el contrario, la negativa de los inmigrantes a ser repatriados se inicia acudiendo a ONGs, y servicios sociales del Ayuntamiento donde residen para regularizar su permanencia en el territorio español, (art. 35.3 LO/2000).

Por consiguiente, los Cuerpos y Fuerzas de seguridad, ante un menor indocumentado extranjero, intervendrán conduciéndolo a dependencias policiales para su identificación, y en su caso, a un centro sanitario u hospitalario dotadas de

---

<sup>308</sup> El (DOUE), publicó, Dir. 2003/9/CE de 27 enero de 2003, por la que se aprobaba las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. En su art.2f), solamente se hacía mención como menores no acompañados a “los menores de 18 años”, una nueva directiva incluyó a los “nacionales de otros países y a los apátridas” Dir. 2003/86/CE de 22 septiembre 2003, sobre el derecho sobre la agrupación familiar.

<sup>309</sup> STC Sala 2ª, 8 de julio de 2013 (RTC 2013,151) (Ponente: Excm. Sra. Dña. Adela Asua Batarrita), “en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de la edad, para que colaboren las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario realizaran las pruebas necesarias”.

unidad radiológica. Debido al desconocimiento de la edad, deberán proceder a la realización de las pruebas en los casos de duda razonable, sin esperar que el interesado alegue su condición. Asimismo, el desconocimiento del idioma es otro de los problemas principales con los que se encuentran los agentes de policía para poder esclarecer su situación, siendo muchos los infantes y adolescentes los que, viniendo indocumentados sobre todo de la zona del norte de África, evitan alegar su condición para buscar nuevas perspectivas económicas. Cuando se encuentren en una situación irregular es obligatorio informar de las circunstancias al Ministerio Fiscal.<sup>310</sup>

*“1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España. 2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal. 3. Los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el apartado 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no la llevaran consigo”, (art. 13 LO/2015).*<sup>311</sup>

El Ministerio fiscal tendrá, que determinar la edad del infante por medio de una resolución, atendiendo a una serie de informes que serán puestos en conocimiento a través de los servicios médicos competentes de la respectiva Comunidad Autónoma donde resida.<sup>312</sup> Los datos del interesado se grababa en un

---

<sup>310</sup> AJA, E., *Los derechos de los inmigrantes en España*. cit., pg. 498, “normalmente estas pruebas médicas consisten en una peritación ósea de forma que, mediante el contraste de una radiografía de la mano o muñeca de la persona examinada, se obtiene como resultado un arco de edades posibles en función de los nudos de osificación y de la persistencia de cartílagos. El método que cuenta con más difusión se llama Greulich y Pyle, aunque también se utiliza otro muy similar denominado Tanner-Whitehouse. Los expertos coinciden en afirmar que la determinación de la edad ósea presenta el problema de la fiabilidad”.

<sup>311</sup> El Tribunal Constitucional, en la derogada Ley de 1992 de protección de la Seguridad Pública permitió la identificación a dependencias policiales sin vulneración del Derecho de Libertad de la persona que carecía de identificación personal. STC, Pleno 18, de noviembre de 1993 (RTC 1993,341) (Ponente. Excmo. Sr. D. Julio Diego González Campo), “el art.20.2. la situación descrita en este precepto es la de un acompañamiento a los agentes, por orden de ellos, hasta “dependencias próximas” en las que el sujeto habrá de permanecer, para realizar las diligencias de identificación y debe hacerse constar que la desatención aquella orden conminatoria, puede dar lugar a responsabilidades penales o administrativas la actitud del requerido que acata la orden policial, expresa, una voluntad, pero no una voluntad libre”.

<sup>312</sup> SAP Barcelona, Secc. 18ª, 18 de diciembre de 2013. (Cendoj: ROJ 2013,148040) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Viñas Maestre), “la conclusión médica derivada de la

registro nacional de menores no acompañados, así se establece en el derogado Real Decreto, de 30 de diciembre de 2004, “*por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”, (art. 111.RD/2004).

En la actualidad, el Reglamento de Extranjería de 2011 suprimió todos los datos de identificación del menor, debido a la falta de credibilidad del Registro de Menores extranjeros no acompañados donde existían casos de inmigrantes que en una Comunidad Autónoma eran mayores y en otras no, como consecuencia del informe de la clínica médica forense del lugar donde se encontraba el menor, (art. 111 f; RD/2004).<sup>313</sup>

Sin embargo, un menor puede negarse a realizar las pruebas médicas, o practicarlas, siendo después impugnados los resultados cotejándolos por otro Ministerio Público de la Comunidad Autónoma donde resida. Por lo tanto, nos encontramos ante dos cuestiones que el Ministerio Fiscal debe solucionar. A tal efecto, la Fiscalía General del Estado dictó una consulta donde manifestó que no existía ningún impedimento legal para que un menor no acompañado no se sometiera a las pruebas radiológicas para determinar su edad.<sup>314</sup> Respecto a la segunda cuestión que se plantea, esta se origina cuando el menor no acompañado, es considerado mayor de edad por el Ministerio Fiscal y busca una segunda opinión para evitar que sea extraditado a su país, (consulta FGE.1/2009).

No obstante, se plantea quién es la institución u órgano que tiene la responsabilidad de garantizar la estabilidad al supuesto menor, en tanto se acuerde

---

*realización de dichas pruebas y complementada con la entrevista y la exploración física es que la edad mínima más probable sería de 19 años, según se afirma en el informe médico expedido. Concretamente la edad ósea en base al método Greulich-Pyle es superior a 19 años: en base a método Hernández es de 18 años y seis meses y en base a la ortopantomografía el estado de la dentición indica una edad superior a 19 años. Además la médico forense afirmó que el margen de error ya estaba contemplado en la conclusión del informe por lo que puede afirmarse que la persona explorada ya era mayor de edad cuando se procedió a la apertura del expediente pues el informe médico ya determina el margen de error o porcentaje de incertidumbre o desviación respecto a la pauta estándar y aun así resulta que está por encima de los dieciocho años”.*

<sup>313</sup> CABEDO MALLOL, V., *Los menores extranjeros no acompañados*, cit., pg. 47.

<sup>314</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., “Los extranjeros sus garantías, régimen jurídico y tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados”, consulta núm.1, de 10 noviembre de 2009, (JUR 2009,450747),” *la Fiscalía consultante entiende que no existe ningún obstáculo legal para que los Sras. / Sres. Fiscales ordenen la práctica de la intervención e impongan de modo coactivo su ejecución, por considerar que el empleo de la «vis física» es el último recurso de que disponen, provocado por la injustificada oposición del menor, con la finalidad de evitar que se mantenga un estado de indefinición en cuanto a la concreción de la edad del afectado y la legislación que le es aplicable”.*

la edad. En este sentido, entendemos que deberían ser las autoridades y servicios públicos que tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier infante, actuando si corresponde a su ámbito de competencias o dando traslado, en su caso, al órgano competente, poniendo los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal, (art. 12.4 L/2015).<sup>315</sup>

En resumen, se puede decir que la intervención del Ministerio Fiscal hace que sea el órgano competente que tenga que decidir sobre la edad del extranjero, ya que lleva aparejada la intervención de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma donde se halle.<sup>316</sup> Mientras que si fuera mayor de edad, en cuanto a inmigrante, sería objeto de expulsión por su situación administrativa irregular en nuestro país.<sup>317</sup> En conclusión, nuestro ordenamiento jurídico, en los

---

<sup>315</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, ed. Laborun, Murcia, 2001, pg. 361. “debemos señalar que el precepto decía en su redacción originaria que el hecho se pondría en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares. La referencia al Ministerio Fiscal se introdujo durante la tramitación de la Ley Orgánica 8/2000, diciendo que con su intervención se agilizarían los trámites burocráticos en la determinación de la edad del supuesto menor; para no criminalizar su sola presencia en España”.

<sup>316</sup> STC, Sala 1ª, 9 de septiembre de 2013 (RTC 2013,172) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel), “el decreto de determinación de la edad es fundamental para que un menor se sitúe bajo la tutela de la Comunidad Autónoma que tenga asumidas competencias en materia de tutela y protección de menores, siendo este el caso de la Comunidad de Madrid que ahora nos ocupa (art. 26.1.24 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), o quede excluido de la misma por ser considerado mayor de edad, en cuyo caso, y en el supuesto de encontrarse de forma irregular en nuestro país, pueda ser objeto de un expediente de expulsión. Pero, más allá de lo anterior, el decreto de determinación de la edad va a tener su importancia a la hora de fijar la identidad del menor y su estado civil, vinculados obviamente a la fecha de nacimiento y considerados como un derecho básico de los niños a la luz del art. 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, vinculante para España por la doble vía de lo dispuesto en los arts. 96 y 10.2 CE. Con lo cual el decreto de determinación de la edad puede tener repercusiones tanto desde el punto de vista administrativo, como desde el punto de vista civil”.

<sup>317</sup> SAP Barcelona, Secc. 18ª, 5 de octubre de 2012 (JUR 2012,115438) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana María Hortensia García Esquiús), “para la posible apreciación del desamparo de un menor de edad y que en tanto no acreditada la mayoría de edad, el único competente había de ser el órgano que tiene atribuidas las funciones de protección de menores. Lo que se discute es la competencia para la posible apreciación del desamparo de un menor de edad y que en tanto no acreditada la mayoría de edad. De hecho la propia entidad había asumido su propia competencia en el ámbito protector declarando cautelarmente el desamparo preventivo por lo que resulta indiscutible la competencia del tribunal civil entendiéndose por el Juzgado de Primera Instancia debe procederse a la admisión de la demanda por los trámites establecidos en el artículo 780 de la LEC”.

supuestos en los que no conste los años cronológicos de un individuo, establecerá la autoridad competente para la determinación de la edad, habiendo de solicitar el auxilio de la ciencia médica para que, a través de la realización de las pruebas necesarias, se estime edad biológica.<sup>318</sup>

***b) Las competencias sobre el procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado y actuaciones previas***

La Administración del Estado tiene como principal objetivo en este ámbito la agrupación familiar, el retorno del menor a su ámbito social de origen.<sup>319</sup> Esta repatriación se agrava en el momento en que la familia no se quiere hacer cargo del menor, siendo en este caso el país de origen, que normalmente tampoco tiene ningún interés en hacerse cargo del mismo, (art. 19.5 bis L/2015).

El procedimiento de retorno solamente se incoará cuando las autoridades del país de origen del menor y la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma consideren que el interés del niño o la niña satisface la agrupación familiar, (art. 19.2 bis L/2015). Por tanto, si de las informaciones se desprende que el interés del inmigrante es quedarse en el territorio español, el procedimiento no se incoará, (art. 191 RD/2011).

La difícil cooperación con los consulados,<sup>320</sup> la carencia de documentación que garantice su procedencia, unidos a la renuncia en algunos casos y la falta de información, hace difícil en muchas ocasiones el poder establecer esa agrupación familiar, y por consiguiente sea nula su repatriación, conforme se establece en el (art. 35.5 LO/2000) y (art. 191.3 RD.2011).<sup>321</sup>

En resumen, podemos decir que la Entidad Pública estatal es, la Institución competente en orden a la averiguación de datos sobre el menor inmigrante que serán necesarios para adoptar una solución sobre su repatriación o permanencia en

---

<sup>318</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO., *¿Menores o adultos? Procedimiento para determinar la edad*, ed., Cyan Proyectos Editoriales S.A., Madrid, 2011, pg. 35.

<sup>319</sup> Según la Directiva 2003/86/CE. Del Consejo 22 de septiembre 2003 en su artículo 2 f, “*el menor no acompañado, el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros*”.

<sup>320</sup> Rabat el 6 de marzo de 2007 y autorizado por las Cortes Generales en noviembre de ese mismo año”. (BOE núm.70 de 22 marzo 2013) p.ej. cit. “*Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en materia de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su vuelta concertada hecho “ad referendum*”.

<sup>321</sup> CABEDO MALLOL, V., *La situación de los menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 33.

el territorio español. En su defecto, el órgano jurisdiccional contencioso administrativo será el cualificado en la respectiva Comunidad Autónoma donde se encuentre para asumir la agrupación del menor. Según se establece en la Ley Orgánica, de 11 de enero de 2000, “*sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”, (art. 35.6 LO/2000).<sup>322</sup>

Por consiguiente, la determinación de la edad por parte del Ministerio Fiscal a través del servicio sanitario se llevará a cabo conforme a los preceptos de los (arts. 35.3 y 35.4 LO/2000) poniéndolos en conocimiento a la Administración Pública donde se encuentre el menor. Asimismo, las Entidades Públicas Autonómicas serán las que asuman la integración social de los menores o adolescentes extranjeros no acompañados a través de los órganos sociales de las respectivas Instituciones Públicas donde se encuentren. Es entonces, y a tenor de la Ley del 2015 “*de protección a la infancia y adolescencia*” y los (art. 172. Ss. CC), cuando se debe de establecer la intervención por parte del órgano público competente para valorar la situación del menor.

Asimismo, los niños, niñas o adolescentes inmigrantes sujetos a las Entidades Públicas disfrutarán de una estancia en el territorio español. En estas circunstancias, no se puede expulsar a quien la Administración Autónoma tiene el deber de tutelar. La utilización de esta protección va en contra del fin con el que nació, que no era otro que salvaguardar el interés del menor empleando la protección como un instrumento para eludir una situación de expulsión.<sup>323</sup>

---

<sup>322</sup> TSJA Málaga, Secc 1ª, de 16 de octubre de 2008 (JUR 2009,51555), (Ponente Ilma. Sra. Dña. María Teresa Gómez Pastor): “*Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no exista riesgo o peligro para la integridad del menor de su persecución, o de sus familiares. En el caso en que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial la repatriación quedará condicionada a la autoridad judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal. La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno cuando tuviera la competencia delegada para ello, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. La repatriación se realizara a consta de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicara al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación*”.

<sup>323</sup> STC, Sala 1ª, 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008,184), (Ponente: Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonte), “*el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión de inadmisión impugnada ha vulnerado el derecho de la asociación recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Una vez que ha quedado acreditado, por un lado, que entre los fines estatutarios de la asociación recurrente está conseguir la integración en la sociedad y la promoción de las personas con problemas de cualquier clase de marginación social, especialmente menores y jóvenes, incluyendo el ejercicio de las acciones judiciales que se entiendan oportunas para la tutela de sus derechos*”.

***c) La permanencia del infante extranjero en el territorio español origina la protección jurídica por parte de la Administración Pública***

Una vez analizado el comportamiento del menor no acompañado como sujeto activo de una situación de desamparo y no habiendo alcanzado los objetivos de repatriación por parte de la Administración estatal, el inmigrante permanecería del menor extranjero en el territorio español, circunstancias que se producen una vez agotadas las posibilidades de retorno con su familia. Es decir, la concesión del permiso de residencia del inmigrante será una obligación por parte de la Entidad Pública, hasta que se haya decidido cómo tiene que ser la permanencia en España, si temporal o permanente. Mientras tanto, la Administración Pública del Estado tiene la obligación de establecer una vigilancia prudencial. Las funciones que corresponden desarrollar a la Institución Pública del Estado y a los servicios de protección de menores dependientes de las Comunidades Autónomas, en el procedimiento para una posible integración en el territorio español o para la repatriación de los menores inmigrantes, serán las necesarias para facilitar a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación en los términos que reglamentariamente se determinen, (art. 35.5 LO/2000). Así, pues, la iniciativa para su integración o repatriación corresponderá a la Administración del Estado. Por otra parte, las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con sus países de origen en busca de la protección del menor, siendo atendido mientras se encuentre en territorio español, (arts. 35.2 y 35.7 LO/2000).

La residencia del menor tiene una finalidad protectora una vez acabado el plazo de nueve meses para que la Administración del Estado resuelva la situación del inmigrante (art. 22.2 c, CC), llegando incluso a concederse un permiso de residencia permanente a los extranjeros que, al llegar a la mayoría de edad, hayan estado bajo la tutela de una Entidad Pública al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores, (art. 196.1 RD/2011).

***d) Normativa aplicable a los menores extranjeros en situación de desamparo***

La situación geográfica de nuestro país, el clima, las relaciones internacionales con los países latinoamericanos y la aproximación con el norte de África, unido a la permanencia de la Unión Europea, hacen de España un territorio atractivo para los inmigrantes. Por consiguiente, los distintos Gobiernos del Estado

---

*y libertades fundamentales y, por otro, que el afectado por la resolución impugnada es un menor extranjero, la conclusión de que dentro de sus fines estatutarios no queda incluida la defensa de los concretos intereses de este menor y de que, en cualquier caso, su único interés es el de la mera defensa de la legalidad, ya que la decisión recurrida no le supone una desventaja ni le priva de un beneficio, supone una interpretación y aplicación en exceso rigorista de la exigencia legal de interés legítimo”.*

español se han visto obligados continuamente a la aprobación de normas de extranjería que regulasen su estancia. A lo anterior se suma el hecho de que los menores no acompañados tienen una doble condición: la de inmigrantes indocumentados en situación administrativa irregular y la de infantes. Esta doble situación lleva aparejada dos normativas diferentes de aplicación: la de extranjería y la de protección a la infancia. Y en ambas priman, en todo caso, la condición de menor a la de inmigrante.<sup>324</sup>

Este fenómeno se produce debido a la complejidad de la materia, donde el propio legislador ha tenido que realizar reformas en poco tiempo para adaptar los problemas de los inmigrantes al contexto actual. La intervención de los servicios públicos se realizará de forma general a todos los menores que se encuentren en desamparo dentro del territorio español, así lo comprende la normativa que regula el ámbito de aplicación de los menores de edad en España.<sup>325</sup>

Asimismo, la actuación con extranjeros por parte de los poderes públicos se plasma en el texto normativo de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.*” El legislador, respecto a la Ley, no quiere dejar ninguna duda de la obligación que tienen los órganos públicos con los menores no acompañados asistiéndolos en todo momento de todos aquellos derechos y deberes que deberían poseer, (art. 10.3 L/2015).

Esta obligación impuesta, por parte del legislador, va a constituir la guarda o tutela, por parte de la Administración Pública, ante una situación de desamparo, y

---

<sup>324</sup> Conforme a las normas que han regulado esta doble situación de asistencia por parte de la Administración Pública en los asuntos de menores extranjeros en España, entre otras son: las Leyes Orgánicas 4/2000 con las reformas 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009 y 10/2011 así como el Real Decreto. 2393/2004 de 30 de diciembre que desarrollaba el Reglamento de Extranjería, que fue derogado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril; la Directiva 2003/86/CE, del Consejo de 22 de septiembre 2003, sobre reagrupación familiar; los tratados internacionales ratificados por España; los artículos. 39.4 y 96.1 de la Constitución Española; en especial la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 1992; y, a nivel nacional, la Ley Orgánica de protección a la infancia y la adolescencia de 2015, así como las normativas de las Comunidades Autónomas.

<sup>325</sup> Como igualmente expresa el legislador en el Preámbulo de la L/2015, “*se refuerzan las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores extranjeros y se establece un marco regulador adecuado de los relativos a los menores extranjeros, reconociendo, respecto de los que se encuentren en España y con independencia de su situación administrativa, sus derechos a la educación, a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales. Las modificaciones se refieren básicamente, a la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y la adolescencia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, los que son víctimas de violencia y la regulación de determinados derechos y deberes. Por otra parte, se realiza una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección a la infancia y adolescencia*”.

como atiende, la repetida Ley del 2015, el incumplimiento del órgano competente llevaría aparejada una irregularidad en la protección del menor. Ante estos hechos, la Entidad Pública tendrá que cuidar del infante, sino también proveer de una documentación que acredite su nueva condición legal. Asimismo, la obligación de una acreditación por parte de la Institución Estatal dejará clara la vinculación que existe en la mayoría de los casos con el abandono y una situación de ilegalidad y con la necesidad de establecer unas credenciales, dejando que exista esta situación de irregularidad, (art. 10.4 L/2015).

En definitiva, además de los contenidos citados en los (arts. 10.3 y 10.4 L/2015) conforme se establecen en la Ley del 2015, cabe que estos preceptos se interrelacionen con otros de la propia norma, donde se mencione las intervenciones de protección de los poderes públicos con los menores, utilizando para ello los servicios adecuados, como las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público en los casos de riesgo y desamparo, (art. 12.1 L/2015).<sup>326</sup>

En cuanto a la intervención de las Entidades Públicas Autonómicas indiquemos, preliminarmente y como regla general, que las Comunidades Autónomas, conforme se establece en la Constitución Española y en sus respectivos Estatutos de Autonomía, han desarrollado, a través de sus órganos públicos, distintas normas legislativas en relación con la tutela de los menores de extranjería. Sin embargo, no todas las comunidades autónomas han regulado una atención a la integración social de los infantes inmigrantes. Existen instituciones Públicas en cuyos programas, de forma permanente o temporal, sí han tenido en cuenta estas actuaciones por parte del órgano público. Asimismo, otras Administraciones Autonómicas establecen que debe ser la Entidad Pública Estatal la que asuma la competencia de la reagrupación familiar.

---

<sup>326</sup> MINISTERIO FISCAL., *Actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, circular núm.3, de 21 de diciembre de 2001, (RCL 2002,1175), “*en todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor extranjero en la situación de desamparo deberá ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores. Cabe preguntarse, sin embargo, si es posible considerar emancipado a un menor de dieciocho años en virtud de una causa diversa de la mayor edad. Es preciso recordar aquí nuevamente que la capacidad y el estado civil se rigen por la Ley Nacional del sujeto y que no cabe, por tanto, considerar sin más como emancipado –extrapolando las normas de nuestro CC– al menor extranjero que vive independientemente con el consentimiento paterno (art.319 CC), emancipación que además –aparte de la dificultad que habría para probar tal consentimiento– resulta extremadamente precaria por la posibilidad que tienen los padres de revocar el consentimiento en cualquier momento. Por ello, en tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos. También la posibilidad de emancipación por matrimonio (art.314.2º CC) estará sujeta a lo que establezca para ese caso la Ley Personal del Menor*”.

Ante tal complejidad, es conveniente analizar las circunstancias que rodean al menor extranjero no acompañado en las distintas Comunidades del territorio español, iniciando el estudio de la definición de menor extranjero no acompañado. La Entidad Pública de Cantabria, en su legislación de 23 de diciembre de 2010, "*de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia*", hace referencia a los infantes inmigrantes que, sin alcanzar la edad adulta en el territorio español, deambulan por el mismo sin autorización de persona responsable legalmente, (art. 96.1 LCTV/2010).

Asimismo, todas las personas menores extranjeras no acompañadas que en el momento que llegan a una Comunidad Autónoma deberían considerarse que se encuentran en una situación de desprotección grave de desamparo. La Comunidad de Madrid en su normativa de 28 de marzo de 1995, "*de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*", asumirá la tutela de Los infantes inmigrantes para integrarlos socialmente en su territorio. Sin embargo, la intervención por parte del órgano competente consistirá en la prestación de ayudas públicas que, de forma permanente o temporal, asistirán dependiendo del tiempo que residan en la Entidad Pública Autonómica, (art. 26 LCM/1995).

En la misma línea, las Comunidades Autónomas no solamente respaldarán las ayudas públicas siempre que permanezcan en su territorio, sino los derechos y atenciones que el menor necesite. Del mismo modo, parece razonable que la Comunidad de Andalucía establezca en su texto legal, de 20 de abril de 1988, "*de los derechos y la atención del menor*", la posibilidad de una reinserción social en su propia familia de origen, (DA. Oct. LAN/1988).

Muy ligado al tema de los menores extranjeros, hemos de decir que la Comunidad de Aragón ha establecido un carácter de integración social a través del Decreto de 7 de octubre de 2008, "*por el que se aprueban el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo*". Con esa norma elabora los distintos programas de autonomía para niños, niñas y adolescentes inmigrantes, y proporciona los órganos públicos, los estudios, servicios sanitarios, vacaciones, e incluso de carácter humanitarias en situaciones excepcionales. De este modo, con estas iniciativas, podrán ofrecer el acceso a recursos de los que, en sus países de origen, carecen, (art. 45. LARG/2008).

Sin embargo, la Comunidad de Cataluña, en su normativa de 27 de mayo de 2010 "*de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia*", ofrece el apoyo de integración de los menores y adolescentes extranjeros en el territorio de nuestro país mediante los programas de integración social. Sobre todo la Generalidad, mediante estudios de atención social, atiende las necesidades de los infantes y jóvenes extranjeros, (art. 43 LCAT/2010).

Por último, en relación a las intervenciones mediante servicios y programas de integración de los niños, niñas o adolescentes inmigrantes no acompañados, las Comunidades Autónomas deberán interpretar la adaptación social del menor conforme se establece en la legislación vigente. La Comunidad de la Rioja, desarrolló en la Ley, de 28 de febrero de 2006, “*de Protección de Menores*”, una norma que buscaba la residencia del infante siempre dentro del marco legal del territorio español una vez realizados los trámites de reinserción, (D.A. Seg. LR/2006).

Dentro de la concepción del menor abandonado no acompañado, existen diversas soluciones para el infante. Unas Comunidades autónomas abogan por la integración social de los menores; sin embargo, otras, como Castilla y León, apuestan, en su normativa de 28 de mayo de 2013 “*de integración de los inmigrantes en la sociedad*”, por la reagrupación familiar como solución al desamparo del menor. En consonancia con la Administración del Estado, solicitarán la colaboración con la embajada o consulado del país de origen del menor o en aquel donde se encuentre su familia, (art. 7 LCyL/2013).

La Comunidad Valenciana asumirá Derechos y obligaciones de protección de los menores inmigrantes que se hallen en su territorio en situación de desatención social. Lo hará de forma temporal, mientras permanezcan, conforme dispone la legislación vigente de los extranjeros en España y su integración. Asimismo, establece, en su Ley de 3 de julio de 2008, “*de protección integral de la infancia y la adolescencia*”, que el interés de los menores pasa por la reagrupación familiar como un principio a tener en cuenta por parte del órgano autonómico, antes de establecer la tutela del mismo, (art. 63.2 párr.2 LCV/2008).

Finalmente, hemos de plantearnos si una Comunidad Autónoma puede negarse a asumir la responsabilidad de la integración social de los menores no acompañados o de su reagrupación familiar en aspectos de extranjería e inmigración y que el Estado otorgó, en su momento, en el traspaso de competencias a las Administraciones Autonómicas. En Canarias, debido a la proximidad geográfica del archipiélago con el continente africano, o bien porque sus ingresos económicos son considerados escasos y, por lo tanto, afecta a sus arcas públicas, unidos a problemas sociales como el fenómeno de la inmigración o el turismo, hace de esta Comunidad receptora de una importante población infantil extranjera que proceden de Europa y extraeuropeos.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> ASÍN CABRERA, M<sup>a</sup>. A., *La Protección y Adopción de Menores Extranjeros en la C.A.C.*, ed. Tenidea S.L., Universidad de la Laguna, Canarias, 1999, pg. 53, “*la afluencia ilegal de inmigrantes de origen africano al archipiélago canario, huyendo de conflictos políticos y militares y de la pobreza y el hambre, es un fenómeno sociológico protagonizado en su inmensa mayoría por hombres solteros, mayores de edad, pero relativamente jóvenes. Sin*

Por consiguiente, las Instituciones Públicas canarias se encuentran en situación de no tener suficientes efectivos para resolver los problemas de la inmigración ilegal. Ante esta situación desbordante, la Administración del Estado debería asumir aquellas competencias que, aunque fueron cedidas en su momento, no pueden ser asumidas en la actualidad y no ampararse en cuestiones de vulnerabilidad de los Derechos y Libertades de los menores no acompañados que a juicio de la Entidad Estatal atentaría contra el Estatuto de las Comunidades Autónomas así como las Leyes que regulan el carácter exclusivo de la competencia en materia de asistencia social y protección tutelar de los infantes y adolescentes.<sup>328</sup>

Sin embargo, Comunidades Autónomas como Extremadura, Baleares, Galicia, Murcia, Ceuta, Melilla, Asturias y Navarra no desarrollaron en sus legislaciones intervenciones de menores extranjeros. En estos casos la agrupación familiar o la reinserción social se entienden como conceptos generales de abandono, adopción o acogimiento y, como tales, el ámbito de aplicación de los infantes inmigrantes no acompañados debería ser regulada por una norma estatal y no autonómica.

---

*embargo, durante los dos últimos años, el fenómeno inmigración se ha ido agravando aún más, por la presencia ilegal en el territorio de la C.A.C. de un colectivo significativo de menores adolescentes extranjeros no acompañados, procedentes en su mayor parte del Sáhara y el África subsahariana, con edades comprendidas entre los 14 y 17 años y desprovistos de documentación”.*

<sup>328</sup> ABOGACÍA DEL ESTADO., “Tutela de menores extranjero en situación de desamparo”, dictamen, de 5 de junio de 2011, (JUR 2011,385), “*resulta inviable, desde el punto de vista jurídico, la introducción de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de la previsión objeto de la Propuesta de Resolución presentada a la Mesa del Parlamento de Canarias, con arreglo a la cual el Estado pasaría a ejercer la competencia de tutela de los menores extranjeros no acompañados, actualmente asumida por todas las Comunidades Autónomas con arreglo a sus respectivos Estatutos de Autonomía dado que la determinación de la Administración que haya de ejercer esas funciones no forma parte de la competencia estatal en materia de inmigración y extranjería, sino de la competencia autonómica exclusiva en materia de asistencia social y protección y tutela de los menores: la reforma legislativa propuesta supondría una vulneración de los Estatutos de Autonomía y las leyes dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de la citada competencia exclusiva. CONCLUSION: De acuerdo con la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de inmigración y extranjería, de una parte, y de asistencia social y protección y tutela de menores, de otra parte, establecida en los artículos 148.120ª y 149.1 2ª de la Constitución Española, resulta inviable desde el punto de vista jurídico, la introducción en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de la previsión objeto de la Propuesta de resolución presentada a la Mesa del Parlamento Canario”.*



# **CAPÍTULO V. EL INICIO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIÓN DE DESAMPARO**

## **I. LA INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS**

### **1. LA INSTITUCIÓN COMPETENTE PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO DE MENORES COMO CONSECUENCIA DE UNA DESATENCIÓN FAMILIAR**

La familia es, en principio, la unidad idónea para la educación y progreso del niño y la niña. No obstante, existen determinadas circunstancias que pueden incidir en este entorno, transformando la esfera del menor en un ambiente adverso e impidiendo su normal crecimiento. En estos casos, las Entidades Públicas intervendrán, teniendo la obligación, de forma inminente, de auxiliar al menor, promoviendo los recursos necesarios y apoyando a la unidad familiar. Todo ello con la finalidad de superar la situación de desatención, sin necesidad de separar al infante del ambiente donde se desarrolla.

Las correspondientes medidas vienen dadas por la Ley, de 28 de julio de 2015 *“de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la adolescencia”*. Una vez verificada la circunstancia de abandono denunciada por particular o profesional, se exige tomar decisiones inmediatas de ayuda por parte de los organismos competentes, haciéndose necesario adoptar otro tipo de asistencia que implicará la separación del menor de su familia biológica con el objetivo de garantizar el interés del infante. Sin embargo, la Ley del menor, de 2015, no anunció cómo debía ser ese inicio de protección (art. 14 L/2015).

Esta norma general de la Administración del Estado entró en conflicto con las Comunidades Autónomas que habían establecido en su legislación el inicio de la protección del menor. La diversidad regulatoria hace difícil establecer una referencia sobre cómo debe iniciarse un procedimiento de abandono de un menor. A tal efecto, será necesario atender las diferentes Leyes autonómicas. Y como se ha visto ya, no siempre se han regulado previsiones generales ni formas de intervención en las situaciones de riesgo y desamparo. Todo esto generará decisiones dispares de actuación dependiendo de la Comunidad Autónoma donde nos encontremos. Desde esta perspectiva, hemos de decir que el éxito de las Entidades Públicas residirá en la forma de intervenir, valorando, previniendo y neutralizando las diferentes situaciones de riesgo y desamparo, siendo el grado de intensidad de la actuación aquella que sea acorde a la situación o exclusión social que padezca el menor. Pero quizás lo más relevante, atendiendo al mandato

normativo estatal del (art. 14 Ley/2015), es la capacidad que pueden tener las Corporaciones Locales, dependientes de las Administraciones Autonómicas, de asumir el inicio de los procedimientos de desatención de los menores. Un claro ejemplo, lo tenemos en la Ley de 20 de abril de 1998, “*de los derechos y la atención al menor en Andalucía*”.<sup>329</sup>

Con carácter general, la intervención pública para declarar la situación de desamparo se iniciará por las Administraciones Locales ante la situación de riesgo. A su vez, las Entidades Públicas Autonómicas, a través de sus Leyes, ofrecerán los medios de protección necesarios a las circunstancias personales del menor. Ahora bien, la gravedad de la situación de riesgo es comparable con la del desamparo. Así, las actuaciones de las Entidades Públicas deben ir encaminadas a prevenir que una situación de peligro termine agravada. Estas acciones se iniciarán dentro del propio seno familiar, a diferencia de la declaración de desamparo donde son relevantes figuras como la tutela administrativa o la guarda. Las normas autonómicas serán las herramientas que solucionen las distintas circunstancias de abandono al contener, por lo general, las distintas fases del proceso de declaración de desamparo, comenzando con un análisis completo de la condición personal del menor, sus circunstancias sociales, familiares y el entorno inmediato, para iniciar una fase informadora de los motivos que han originado la situación.

## **2. LAS DISTINTAS FASES QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN O EXPEDIENTE DE DESAMPARO.**

### *A) Fase de información*

Normalmente, antes de iniciar el procedimiento, el órgano competente deberá practicar aquellas diligencias que estime oportunas para obtener toda la información necesaria. Permitiendo de ese modo establecer si existen indicios de desamparo, con la finalidad de comprobar una desasistencia por parte de los padres biológicos, tutores, acogedores y guardadores legales. Por consiguiente, esta medida justificará la intervención por parte de la Administración Local (art. 106 LCAT/2010).

Sin embargo, una vez recibido el comunicado por parte de los órganos colaboradores de la Administración Pública de un presunto estado de abandono, la Entidad Local tendrá que verificar, a través de los citados informes, la veracidad de que está produciéndose una situación que puede derivar en un desamparo (art. 16 LOPJM/1996).<sup>330</sup>

---

<sup>329</sup> Véase el artículo 18.1 L/1998.

<sup>330</sup> El artículo 16 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 no fue modificado por la Ley de Protección a la Infancia y adolescencia de 2015.

Una vez concluida la fase de estudio por el órgano administrativo, si no se detectan indicios de desatención por parte de los progenitores, el menor permanecerá en el seno familiar. Esta medida de investigación está más que justificada por la Entidad Local, ya que estamos ante una actuación que puede llevar aparejada la salida del círculo cotidiano del infante. Ahora bien, la realidad es otra porque, al apreciarse circunstancias que determinen la situación de abandono, tendría que abrirse un expediente administrativo que iniciaría el procedimiento del desamparo y la consecución del resto de actuaciones (art. 61.1 LCyL/2002).

### *B) Fase instructora del procedimiento*

En el procedimiento administrativo, la apertura del expediente por la Comisión u órgano competente se producirá con la constatación de una situación de desamparo. Asimismo, en materia de prueba, una de las cuestiones que la Administración Local deberá resolver es si una simple denuncia es suficiente para declarar la situación de abandono. Con ocasión del estudio efectuado en el apartado anterior acerca de la fase de información, ya tuvimos la oportunidad de comprobar que es necesario realizar una investigación previa de todas las circunstancias que rodean al menor. Siendo así, una sola delación no será suficiente para declarar las circunstancias de desatención. En realidad, será necesario verificar la autenticidad o realizar una entrevista con cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos (art. 58.1.e, LPV/2005).

Para el inicio del procedimiento de desamparo será necesaria la previa denuncia. Desde este punto de vista, en términos generales, podemos afirmar que tanto la Ley de 1 de octubre de 2015, “*del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”, como la Ley de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la adolescencia*”, establecerán los principios que van a regir el comienzo de la condición del estado de desamparo por parte de las Administraciones Autonómicas (art. 100.1 LCAT/2010).

La denuncia puede ser de oficio, por la autoridad, especialmente por aquellos que, por su profesión o función, detecten una posible situación de riesgo o desamparo de un menor. Así, por ejemplo, lo serán: los profesores que en el desempeño de sus funciones observen que un menor no cumple con sus obligaciones de asistencia y escolarización; los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad; servicios sociales; Juez, o Ministerio Fiscal. Asimismo, los menores, cuando observen en el seno familiar una situación de necesidad asistencial, lo podrán poner en conocimiento de la Administración Local que garantice la protección del menor (art. 3 LAR/2001). Ante estos hechos denunciados, los particulares serán protegidos en sus datos de identificación, pues los denunciados

tienen carácter reservado (art. 100.2 LCAT/2010). Esta medida se adopta para que los interesados en el procedimiento no tengan acceso a datos cuyo conocimiento pueda suponer un peligro para la seguridad de los denunciantes.

Las administraciones autonómicas no solo intervendrán a través del ente público competente, sino que también pueden ser auxiliadas a través de otros organismos, tanto Públicos como privados, que habitualmente colaboren en la protección del menor desatendido (art. 100.4 LCAT/2010).

Una vez analizadas las circunstancias de desatención por parte de los responsables de los menores, la Entidad Pública declarará la situación de desamparo, iniciando de esta manera el procedimiento administrativo mediante la incoación del expediente.

### *C) Fase de incoación o contenido obligatorio del expediente*

Indiquemos previamente que la Administración Local, antes de proceder a la incoación del expediente, designará un técnico. Esto se presenta lógico y acorde a cada caso en concreto. Desde el primer momento coordinará la investigación y evaluará las circunstancias que dieron origen a una situación de desamparo del menor; elaborará propuestas de solución al problema que se plantee; controlará la ejecución de las medidas y actuaciones, el seguimiento de las mismas y su eventual revisión. Con todo ello, los servicios sociales elaborarán un informe a la mayor brevedad posible, pudiendo ser asistido en el desarrollo de su actividad por otros profesionales como médicos, psicólogos, pedagogos, educadores, etc.

En este informe se incluirá información y documentación relevante de los menores, la historia de la familia, un análisis completo de la situación personal, de sus circunstancias sociofamiliares, y de su entorno inmediato. Igualmente, contendrán una descripción detallada de las actuaciones realizadas y medidas adoptadas previamente por la Entidad Local en el ejercicio de sus competencias, así como una valoración de los hechos, sus causas, la razón o motivos de su intervención y contenido de la misma. En resumen, el informe representará un diagnóstico actualizado, sobre el estado real del menor, que refleje su situación (art. 58.2 párr. 2 LPV/2005).<sup>331</sup>

A partir de este momento, el órgano competente de la Administración Local incoará el expediente administrativo y permitirá a los progenitores, titulares de la tutela o a los responsables legales del niño y de la niña, tener la oportunidad de presentar las alegaciones respecto al citado informe, aportando, para ello, todas los testigos y documentos necesarios que desestimen el inicio del procedimiento de

---

<sup>331</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, F., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed., Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pgs. 64-125.

desamparo y el archivo de las actuaciones. Asimismo, este periodo permitirá localizar a los interesados que, habiendo sido citados, se presenten en plazo. Transcurrido el tiempo de presentación, el técnico competente, en su caso, acordará la apertura de un periodo de prueba.<sup>332</sup>

#### *D) Fase de participación en el procedimiento o trámite de audiencia*

Como regla general, instruido el procedimiento y antes de redactar la propuesta de resolución, se abre un periodo denominado “*trámite de audiencia*”. La Entidad Pública intervendrá escuchando a todas las personas y organismos que puedan ser parte en el procedimiento: los padres biológicos, tutores, acogedores y guardadores legales. Y también lo hará respecto de tutor escolar, el médico de familia, el pediatra o cualquier otro profesional de la salud u otros ámbitos de atención social y educativa; junto a otras Instituciones Públicas y profesionales que hayan colaborado en la detección y valoración de la situación de desamparo. En resumen, se tendrá en cuenta a todas aquellas personas que han mantenido una relación con el menor.<sup>333</sup>

Cabe apuntar que los infantes y adolescentes serán oídos directamente, o a través de la persona que designe para que la represente, cuando tenga suficiente juicio.<sup>334</sup> Cuando ello no sea posible, o no convenga al interés del menor, podrá conocer su opinión a través de personas que, por su profesión y relación de especial confianza con ella, puedan transmitirle objetividad (art. 26 RDAN/2002).

---

<sup>332</sup> En relación a los plazos y al órgano instructor los artículos 24.1 y 25 RDAN/2002 disponen que, “*un plazo de 15 días hábiles, para informarle del derecho que tienen a comparecer en el procedimiento, aportando informes u otros elementos de prueba y los documentos que considere oportunos. Asimismo se les informa acerca de la posibilidad de intervenir por medio de representante y sobre los requisitos y trámites a cumplir para el conocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, a fin de que puedan actuar durante el procedimiento asistidos de letrado en defensa de sus intereses. Si los interesados manifiestan su intención de solicitar la asistencia jurídica gratuita, el plazo de alegaciones se suspende durante diez días hábiles. El órgano instructor puede acordar la apertura de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, siendo admisible cualquier medio de prueba que sirva para acreditar la situación del menor*”.

<sup>333</sup> Según el artículo 100.3 LCV/2008, “*en el procedimiento se dará trámite de audiencia, al menor cuando sea mayor de 12 años, o cuando siendo edad inferior se presumiere suficiente juicio, el cual será valorado a través de informes psicológicos*”.

<sup>334</sup> Conforme el artículo 37. 2 LCyLM/1999, “*el menor que tuviese suficiente juicio, tiene derecho a ser oído. Debiendo constar en el expediente que el menor ha dispuesto de dicho derecho. Este derecho lo ejercerá por sí mismo o por medio de representante designado por él*”.

### *E) Fase de propuesta de resolución*

Completada la instrucción y practicado el trámite de audiencia, se trasladará el expediente al órgano competente, que formulará propuesta de resolución motivada. Asimismo, en el documento deberán expresarse los hechos y fundamentos que han determinado la situación de desamparo, además de las medidas de protección que se proponen por parte de la Entidad Local. Igualmente, en el informe deberá figurar la previsión de duración y forma de actuación.<sup>335</sup>

Una vez concluida la propuesta de resolución, debemos entender que las Entidades Públicas tendrán que diferenciar entre las conclusiones que adoptan medidas de apoyo que deben realizar las corporaciones locales para que el menor pueda ser reinsertado a su núcleo familiar de origen, de las llevadas a cabo por las Administraciones Autonómicas, encaminadas a la declaración de desamparo, que llevarán aparejadas la asunción de la tutela, así como la forma de ejercicio de la guarda. Por lo tanto, ambas cuestiones deberán ser resueltas en búsqueda de la protección del menor, por encima de cualquier otro tipo de interés administrativo o personal.

### *F) Fase de resolución*

#### *a) Declarando la situación de desamparo*

La declaración de desamparo deberá ser notificada a los interesados en el procedimiento y al Ministerio Fiscal, a los padres, tutores o guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas. Asimismo, en el mismo acto, si es posible, se le informará presencialmente, de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención administrativa, además de los posibles efectos de la decisión adoptada.<sup>336</sup> En los casos en que no se haya podido localizar a los interesados, la comunicación se realizará mediante la inserción de anuncios.<sup>337</sup> El plazo para dictarla por parte de la comisión u órgano competente es de seis meses.

---

<sup>335</sup> Dispone el artículo 27 RDAN/2002, “finalizado el trámite de audiencia, el órgano instructor elaborará una propuesta de resolución sobre la procedencia o no de la declaración de desamparo, y en su caso la forma de ejercer la guarda, designando la medida adecuada para ello. La propuesta, junto con todos los documentos integrantes en el expediente administrativo, será elevada en un plazo no superior a cinco días hábiles al órgano competente para dictar resolución”.

<sup>336</sup> Artículo 42 L/1992, “el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga prevista en la normativa comunitaria”.

<sup>337</sup> Artículo 59.5 L/1992, “cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación, intentada la notificación, no se hubiera podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Estado”.

Trascurrido ese plazo, se entiende caducado el procedimiento de desamparo, dictándose resolución en este sentido.<sup>338</sup>

La resolución será ejecutiva, poniendo fin al procedimiento administrativo, dando opción a que se abra la vía judicial desde la fecha que se dicte. Los interesados tendrán que poner a disposición de los órganos competentes a los menores declarados en desamparo, apercibiéndoles de que, si no lo hicieren, se procederá a la ejecución forzosa de la resolución adoptada,<sup>339</sup> colaborando para la ejecución de las medidas con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

### ***b) Declarando la ausencia de la declaración de desamparo***

La comisión u órgano competente de la Administración Local, en el supuesto que no existan motivos suficientes para la adopción de medidas encaminadas a la protección del menor fuera del seno familiar, iniciará el procedimiento de archivo de las causas y fundamentos que lo provocaron y, en consecuencia, el cierre del expediente administrativo.

## **3. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA**

En cuanto a la protección de menores, algunas Comunidades Autónomas como la valenciana, castellano leonesa, manchega, andaluza o catalana, entre otras, han desarrollado en sus legislaciones, además del proceso ordinario de tutela, otros procedimientos de emergencia o especiales ante situaciones de desamparo, sin que ninguna de ellas sea jerárquicamente superior a otra. En su consecuencia, la Administración Local, a través de sus órganos competentes, será la que determine qué casos serán aplicables en cada momento en interés de los menores.<sup>340</sup>

---

<sup>338</sup> Artículo 100.6 LCV/2008, “*notificando en legal forma a los padres, tutores o guardadores en un plazo de cuarenta y ocho horas. 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*”.

<sup>339</sup> Grupo de Menores de la Policía Nacional.

<sup>340</sup> Según el artículo 101 LCV/2008, “*en los supuestos en que requiera una rápida intervención de la Administración Pública, sin espera que se completa la instrucción del procedimiento descrito, por existir un peligro para la integridad física o psíquica de un menor, el órgano o comisión competente en materia de protección de los infantes, podrá proceder mediante resolución motivada, a declarar la situación de desamparo y por consiguiente, asumir la tutela del menor, adoptando cuantas medidas sean necesarias para asegurar el bienestar del citado*”.

#### 4. LOS RECURSOS

##### A) Recurso contra los actos de la Administración Pública

El procedimiento especial de menores en situación de desamparo tiene dos vías: una de carácter administrativa y otra de carácter judicial. Los interesados podrán interponer recurso en ambas. En la vía administrativa, esta posibilidad se materializará contra los actos administrativos a través del recurso extraordinario de revisión recogido en el artículo 113 de la Ley, 1 de octubre de 1992, “*del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*”. Por su parte, en la vía judicial, la Ley Orgánica de 12 de enero de 2000, “*reguladora de la responsabilidad penal de los menores*”, se previó la posibilidad de interponer recursos contra las sentencias penales, recogido en su Título VI “*Del régimen de recursos*”. Sin embargo en la norma especial no se contempla previsión específica y, por tanto, se hace preciso acudir a las normas generales que son las de la LECiv.<sup>341</sup>

##### B) El denominado “recurso extraordinario de revisión” conforme la Ley 1 de octubre de 2015

Una vez finalizado el procedimiento que pone fin a la declaración de desamparo, los interesados podrán interponer un recurso frente a aquellos actos administrativos firmes ante el órgano o comisión que los dictó. Asimismo, estos organismos públicos deberán resolver el recurso, según se establece en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su Capítulo II. Sección I, el “*recurso extraordinario de revisión*”.<sup>342</sup>

Así, con la finalidad de defender sus derechos, los padres biológicos, tutores, acogedores y guardadores legales, ante la intervención de la Administración Pública en cuestiones de desamparo, no solo tienen la posibilidad de interponer recurso. El recurso podrá ser interpuesto contra los acuerdos que motivaron la

---

<sup>341</sup> MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., y otros., *Derecho Jurisdiccional II Procesal Civil*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pgs. 405-406, “*el proceso civil el derecho al recurso no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la LEC, de modo que ésta no impone al legislador ordinario una regulación de ese proceso estableciendo recurso. La convivencia de que el perjudicado por una resolución judicial pueda pedir un segundo examen de lo decidido no se ha elevado a elemento integrante de la tutela judicial efectiva, por lo que queda a la discrecionalidad política del legislador el prever o no recursos en el proceso*”.

<sup>342</sup> Conforme el artículo 113 LPA/2015, “*contra los actos firmes en vía administrativa, solo procederá el recurso cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1*”.

situación de abandono, así como las causas que llevaron a la Entidad local a declarar la situación e incluso aquellos fallos que se produjeron en el procedimiento por parte del órgano o comisión competente que los dictó.<sup>343</sup>

La resolución del expediente para la determinación del desamparo no solo debe de ser resuelta por el órgano competente, sino que también debe tenerse en cuenta la procedencia y el fondo del mismo, atendiendo a los plazos establecidos.<sup>344</sup>

---

<sup>343</sup> Véase el artículo 125.1 LPA/2015, “1. *Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida. c) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución. d) Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme. 2. El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa a) del apartado anterior, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme. 3. Lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan”.*

<sup>344</sup> El artículo 126 LPA/2015, “1. *El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales. 2. El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido. 3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin haberse dictado y notificado la resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa”.*



# CAPÍTULO VI. ASPECTOS GENERALES EN TODO JUICIO DE PROTECCION DE MENORES

## I. LAS PARTES

### 1. CONCEPTOS DOCTRINALES DE PARTE

La actividad jurisdiccional de los tribunales y el ejercicio de la potestad que la Constitución Española dicta en su art. 117.3 CE les atribuye en exclusiva, exige en principio como presupuesto la iniciativa de las partes “*nemo iudex sine actore*”, pues el fin primordial de la jurisdicción es la resolución de conflictos y la protección de los derechos de los ciudadanos.<sup>345</sup>

De aquí que las partes sean, como el juez, inherentes a la estructura personal de todo proceso, y del mismo modo que no puede concebirse ninguna actuación jurisdiccional sin un juez imparcial, tampoco cabe representarla sin que existan partes procesales enfrentadas. En este capítulo, entre otras cuestiones, analizaremos a quién corresponde aptitud para ser parte (Capacidad) y quién debe serlo (legitimación) en el proceso de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores.

Estamos haciendo referencia a un concepto de parte exclusivamente procesal. Partes son, pues, quienes en tal condición figuran en el proceso y únicamente por esa razón, con independencia de los sujetos que pueden integrar la relación jurídica material controvertida. Partiendo de esta idea, quien no ocupa la posición de parte ostenta la consideración procesal de tercero; quien no es parte no puede actuar como tal por muchos vínculos jurídicos que tenga con el objeto litigioso y al propio tiempo, tampoco puede verse afectado por las resultas del proceso.<sup>346</sup> Si alguien debe ser parte y sin embargo no es llamado al proceso el órgano jurisdiccional de oficio determinará la nulidad de actuaciones, retrotrayéndolas al momento de la presentación de la demanda a efectos de que la parte pueda ser citada y subsanar el defecto de falta de llamamiento haciendo efectivo el principio de tutela judicial que proclama el art. 24 CE. Por ejemplo en los casos de que ambos progenitores estén divorciados y estén incurso en un proceso de protección de menores y una de las partes no ha sido citada a juicio, (art. 12 LECiv). Aun cuando en la mayoría

---

<sup>345</sup> PICÓ JUNOY, J., *El juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, ed., J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona 2007, pg. 99, “*el inicio de la actividad jurisdiccional sólo es posible a instancia de parte, de acuerdo a los aforismos nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio*”.

<sup>346</sup> GARCÍA DE LA BORBOLLA, E., *Las partes en el proceso civil o penal*, <http://www.monografias.com/trabajos13/introd/introd.shtml#PARTES>.

de los casos vengán a coincidir los sujetos de la relación jurídica material y las partes llamadas a intervenir en un proceso, es necesario dejar sentado que se trata cabalmente de dos planos jurídicos diferentes. Sin embargo, una mayoría de la doctrina no es partidaria de distinguir la capacidad de ser parte, de la capacidad de estar en un juicio. Conceptos que los procesalistas alemanes, como italianos, englobaron bajo el término de capacidad procesal en general, y los cuales entendieron como uno solo.

Las obras de procesalistas alemanes en torno al “*derecho de acción*” como Windscheid<sup>347</sup> y Müther,<sup>348</sup> a comienzos del S.XIX, abrieron un importante debate para estudiar el Derecho Procesal. Asimismo, se establecieron como el antecedente doctrinal sobre la teoría de las partes. El concepto de parte se establecía, en sentido procesal, ligándola a la demanda, separándola de la titularidad del derecho material controvertido o cuya declaración se solicitaba, y dándole un carácter formal.<sup>349</sup>

En 1868, Oscar Von Bülow, con su obra “*la teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*”, desarrolló su tesis del proceso como relación jurídica de derecho público, absolutamente independiente de la relación de derecho privado que se presenta entre los partícipes de intereses del conflicto privado.<sup>350</sup> Para gran número de procesalistas, con esta obra marca el verdadero

---

<sup>347</sup> AVILEZ, J., *La acción concepto* <http://www.monografias.com/trabajos12/accpret/accpret.shtml> “el profesor Alemán Windscheid, influenciado por sus estudios romanísticos y civilísticos, en el año de 1856 publica su obra in titulada “La “actio” del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual”, donde expresó que mientras en Roma la acción era el derecho, en Alemania, para la época, el derecho era primero que la acción, pero además, esa actio romana era el anspruch o pretensión material, concebida como el reclamo de la prestación debida cuando ha de trasladarse al proceso”.

<sup>348</sup> AVILEZ, J., *La acción concepto*, cit. “tras la teoría expuesta por Windscheid, el también profesor Alemán de la Universidad de Königsberg, Theodor Müther, quien era reconocido como un científico de la ciencia procesal, publica su obra in titulada “La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar”, la cual pretendía rebatir la teoría que había expuesto Windscheid. El trabajo de Müther, desliga en forma definitiva la acción del derecho civil, pasando a formar parte del derecho procesal, concebido como un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene una tutela jurídica (rechtsschutzanspruch), que se dirige, de una parte, contra el Estado, quien es el obligado, para lograr una sentencia favorable, y de otra, contra el demandado, a fin de obtener el cumplimiento de una prestación insatisfecha, por lo que la actio romana no era algo equiparable a la Anspruch, era el derecho de obtener la fórmula de manos del pretor magistrado”.

<sup>349</sup> MEROI, A., *El Derecho Procesal y su inserción en la teoría general del derecho*, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532>, pg. 54.

<sup>350</sup> CASTILLO LARRAÑAGA, J., Y DE PINA VARA, R., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, México D.F., 1982, pg. 124.

punto de partida del procesalismo científico. Esta teoría consiste en afirmar que: “la acción, como derecho subjetivo anterior al juicio, no existe; solo con la demanda judicial nace el derecho de obtener una sentencia”. Como no se conoce el resultado de la sentencia, no se puede hablar de un derecho basado en hechos anteriores al proceso, porque la sentencia se funda en la convicción del juez, que puede o no corresponder a la realidad de los hechos.<sup>351</sup>

En el S.XX, Paul Goldschmidt, que realizó importantes contribuciones al desarrollo del Derecho y procedimiento Alemán,<sup>352</sup> expresaba que: “no es preciso que las partes sean necesariamente los sujetos del Derecho o de la obligación controvertidos (es decir, de la *res in iudicium deducta*). El concepto de parte es, por consiguiente, de carácter formal”.<sup>353</sup>

Del mismo modo, otros procesalistas alemanes como Leo Rosemberg, en su obra “*Tratado de Derecho Procesal Civil*,” adopta la siguiente definición de las partes al manifestar que: “partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, en nombre propio, la tutela estatal, en particular la sentencia y la ejecución forzosa. El actor es el poseedor del derecho y el demandado es el verdadero obligado afectado. Muchas veces, de acuerdo con el derecho material, están facultados para la gestión procesal y son partes personas distintas de los portadores del derecho o de la relación jurídica controvertidos”.<sup>354</sup>

Wilhelm Kisch estableció que la capacidad para ser parte proviene del derecho privado; la capacidad para ser sujeto, activo o pasivo, de las relaciones jurídicas civiles. “Además del Tribunal, intervienen en el proceso las partes. Mientras aquel representa el Estado como tenedor del Poder Judicial, las partes persiguen la satisfacción de sus intereses”.<sup>355</sup>

La recepción de estos estudios no se hizo esperar en el procesalismo italiano. Hay una acogida inmediata de las construcciones germanas sobre las partes, prueba

---

<sup>351</sup> DEVIS ECHANDIA, H., *Nociones general de derecho procesal civil*, ed. Aguilar, Bogotá, 1961, pg. 159.

<sup>352</sup> DE LA RUA BRUNO, F., *Escuelas procesales* <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/escuelas-procesales.pdf>, pg. 149 “La escuela Alemana fue la cuna del derecho procesal autónomo y científico. La dirección iniciada por Windscheid, Muther, bülow, Whach, Kohler, Stein, John y Kries, se sucede en autores de la talla de Goldschmidt, Kisch, Rosemberg, Schönke, Beling”.

<sup>353</sup> GOLDSCHMIDT, J., *Derecho, Derecho Penal y Proceso II Derecho Procesal Civil*, trad., de la 2ª ed., alemán por Prieto-Castro, L., ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2010, pg. 157.

<sup>354</sup> ROSEMBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ed. ARA editores E.I.R.L., Perú 2007, pg. 269.

<sup>355</sup> KISCH, W., “Elementos de Derecho Procesal Civil”, trad. Leonardo Prieto Castro, ed. 1ª, ed. revista de derecho privado, Madrid, 1932, pg. 101.

de ello se encuentra, por ejemplo, en las obras de Giuseppe Chiovenda.<sup>356</sup> El jurista y profesor plantea el problema de si la capacidad jurídica civil es idéntica a la capacidad jurídica procesal. Sostiene que sí, y nos ofrece una definición de parte en sentido procesal al expresar que: “*es parte el que demanda en nombre propio o en cuyo nombre demanda una actuación de la Ley, y aquel frente al cual esta es demandada sea en interés personal o de otro*”.

Chiovenda une el concepto de capacidad jurídica civil a la capacidad jurídica procesal al separar la demanda de la titularidad del derecho material controvertido.<sup>357</sup> Por otra parte, agrega que: “*la determinación del concepto de parte no tiene sólo una importancia teórica, sino que es necesaria para la solución de importantes problemas prácticos; que una persona sea parte en un pleito o sea tercero, es importante: por ejemplo para la identificación de las acciones, y también para declarar si está o no sujeta a la cosa juzgada, si existe o no litispendencia, etc*”.<sup>358</sup>

Sin embargo, la capacidad de parte no es solo el sujeto del derecho, sino también el sujeto de la relación jurídica sustancial, constituyéndose para este criterio un concepto no solo procesal sino también material. Asimismo, para Carnelutti, en su obra de las “*instituciones del proceso civil italiano*”, considera que para evitar confusión, al sujeto de la litis se le denomina parte en sentido material; y al sujeto del proceso se llama parte en sentido procesal. “*Las partes son los sujetos de la litis o del negocio. Como tales, las partes están sujetas al proceso, no son sujetos del proceso, en el sentido de que sufren sus efectos, pero no les presta su obra. Esta es la noción pasiva de las partes. Así, la parte sujeto de la litis o del negocio pasa a ser también sujeto del proceso, en el sentido de que es una de las personas que hacen el proceso, y junto a la noción pasiva se perfila la noción activa de ella. La palabra parte tiene, por tanto, un doble significado; para evitar confusión, al sujeto de la litis se lo denomina parte en sentido material; y al sujeto del proceso se le llama parte en sentido procesal*”.<sup>359</sup>

---

<sup>356</sup> DE LA RUA BRUNO, F., *Escuelas procesales*, cit. pg. 143 “*La escuela adquiere plena fisionomía en la que Carnelutti llama cuarta epata, que es la teoría general del proceso. Aquí se incluye él mismo, junto a Calamandrei y Redendi. Posteriormente se suman Satta, Sergni, Liebman, Jaeger, Costa, Andrioli, Allorio, Furno, Carnacini, Cappelletti, Michelli y muchos más. Y esta escuela llega a tan alto vuelo, que estando en Viena en 1928 Carnelutti y Calamandrei para una Conferencia en la Asociación Medelson Bartholdy, declaro en su discurso: “Ay de mí señores! Nosotros los alemanes hemos cedido el cetro del derecho procesal a los italianos.” El desarrollo de la nueva escuela, conviene remarcarlo, fue favorecido singularmente por la fundación, en 1924, de la “Rivista di diritto processuale civile”, dirigida por Chiovenda y Carnelutti, de la cual fue redactor jefe Piero Calamandrei*”.

<sup>357</sup> DEVIS ECHANDIA, H., *Nociones general de Derecho Procesal Civil*, cit. pg. 353.

<sup>358</sup> CHIOVENDA, G., *Principios del Derecho Procesal Civil*, t. II, lib. II ed. Reus S.A, Madrid, 1925, pg. 6.

<sup>359</sup> CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil italiano*, t. I, vol. I, ed. Ediciones Jurídicas Europa América, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, pgs 175-176.

La mayoría de la doctrina entiende que el concepto de parte debe buscarse únicamente en el proceso. Calamandrei en su obra *“Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. II”*, manifiesta que: *“La cualidad de parte se adquiere, con abstracción de toda referencia al derecho sustantivo, por el solo hecho de naturaleza exclusivamente procesal, de la proposición de una demanda ante el juez; la persona que propone la demanda, y la persona contra quien se la propone adquiere sin más, por este solo hecho, la calidad de partes del proceso que con tal proposición se inicia; aunque la demanda sea infundada, improponible o inadmisibles, circunstancias todas ellas que podrán tener efecto sobre el contenido de la providencia, basta ella para hacer que surja la relación procesal cuyos sujetos son precisamente partes”*.<sup>360</sup>

Del mismo modo, Enrico Redendi, uno de los principales inspiradores del Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, discípulo de la escuela de Giuseppe Chiovenda y Piero Calamandrei, nos define el concepto de parte al exponer que: *“una cosa es tener legalmente posición de parte en una relación de derecho sustancial, derecho subjetivo primario, otra cosa es tener esa posición en una acción, y otra aún tenerla en una relación procesal, siendo relaciones distintas, diferentes e inconfundibles”*.<sup>361</sup>

De igual forma, Paolo D’Onofrio sostiene, en su obra *“Lecciones de Derecho Procesal,”* que parte *“en sentido formal, es aquel que está en juicio bien como actor, bien como demandado, y que por el solo hecho de estar en juicio tiene o puede tener algunos derechos y deberes de las partes. Parte, en sentido material, es aquel en cuyo interés o en contra del cual se provoca la intervención del poder jurisdiccional”*.<sup>362</sup>

En definitiva, las doctrinas alemanas e italianas focalizan el concepto de parte en el proceso y para efectos procesales, incluyéndolos en estos el de la obligatoriedad de las decisiones y, especialmente, el de la cosa juzgada. Conociendo quiénes son partes, se sabrá quiénes son terceros en el juicio. En segundo lugar, el concepto de parte no mira a la identidad física de las personas que concurren a un juicio, sino a la situación jurídica en él, puesto que existen personas que intervienen, no en su propio nombre, sino en representación de otras.<sup>363</sup>

La capacidad para ser parte es, en suma, la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas procesales, de modo que permite establecer a quién se le pueden imputar los derechos, deberes, cargas y obligaciones nacidas del proceso.

---

<sup>360</sup> CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo, ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962, pg.297.

<sup>361</sup> DEVIS ECHANDA, H., *Nociones general de derecho procesal civil*, cit., pg. 360.

<sup>362</sup> D’ONOFRIO, P., *Lecciones de Derecho Procesal*, trad. José Becerra Bautista, ed. Jus, México, 1945, pgs. 70-71.

<sup>363</sup> DEVIS ECHANDA, H., *Nociones general...*, cit., pg. 360.

A través de ella, podemos determinar quién puede ser demandante o demandado, en cualquier proceso.<sup>364</sup> Esta capacidad, en el tema que nos ocupa, nos será muy útil para determinar quién tendrá aptitud para estar situado en cada una de las posiciones activas y pasivas del proceso para la tutela de los menores en desamparo.

## 2. LAS PARTE EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

En España, las doctrinas alemanas e italianas influenciaron en el Derecho Procesal Civil, concretamente en la LECiv/1881. Esta Ley no hacía referencia a la capacidad para ser parte, sino que solamente aludía a la capacidad procesal o para comparecer en juicio.<sup>365</sup> Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia y de las diferentes doctrinas permitieron regularlo en la LECiv/2000, pero sin dar un giro conceptual en la materia, porque sigue respondiendo al concepto tradicional elaborado por las distintas doctrinas sobre la capacidad para ser parte.<sup>366</sup>

La razón de esta omisión del legislador se debía a la estricta vinculación del concepto procesal de capacidad para ser parte de personalidad jurídica. Sin embargo, pronto se detectaron importantes lagunas derivadas de la falta de previsión legal de la capacidad para ser parte. La realidad ponía de manifiesto la existencia de determinados supuestos en los que era preciso reconocer la capacidad procesal a entes que carecían de personalidad jurídica.

Sin embargo, con anterioridad a la LECiv/2000, el procesalista español Leonardo Prieto-Castro definía la capacidad para ser parte o capacidad jurídica procesal como: *“la parte en el proceso, y, por tanto, es la que faculta para ser titular de derechos procesales, para estar sometido a las cargas del proceso y para asumir las responsabilidades del mismo derivadas. Capacidad para ser parte y capacidad jurídica procesal son, pues, una misma cosa, “mutatis mutandis”*.<sup>367</sup> Andrés de la Oliva Santos expresaba que la capacidad para ser parte en el proceso es: *“la aptitud para pedir la*

---

<sup>364</sup> MIGUEL Y ROMERO, M., y MIGUEL Y ALONSO, C., *Derecho procesal práctico*, 11ª ed., Cartoné, Barcelona 1967, pg. 52.

<sup>365</sup> Conforme se establecía en el artículo 2 LECiv/1881, *“solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Por los que se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos, ó los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho. Por las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas, comparecerán las personas que legalmente las representan”*.

<sup>366</sup> ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, ed., Atelier, Barcelona 2011, pg. 215.

<sup>367</sup> CASTRO-PRIETO FERRANDIZ L., *Tratado de Derecho Procesal Civil: proceso declarativo, proceso de ejecución*, vol.1, ed. Aranzadi, 1982, pg. 237.

tutela de los tribunales civiles (afirmar acciones) y resultar afectado por la decisión jurisdiccional relativa a la tutela jurídica pretendida”.<sup>368</sup>

Otro insigne procesalista español, Jaime Guasp Delgado, afirmaba que el concepto de parte es estrictamente procesal, por lo cual las partes son: “*como elementos parciales de un todo. Fuera del proceso podrá haber contraposiciones de sujetos, como las partes de un contrato, pero estas situaciones no guardan o no tienen por qué guardar identidad con las partes procesales. Por ello, para el proceso no hay partes materiales y formales, sino la condición de ser parte o no parte procesal*”.

## II. LA CAPACIDAD

La diferencia entre las figuras de la capacidad y de la legitimación no siempre es fácil. Así, en distintas resoluciones judiciales<sup>369</sup> intentan explicar esta distinción bajo los términos también empleados de “*Legitimatío ad processum*”<sup>370</sup> y “*Legitimatío ad caussam*”.<sup>371</sup> La primera de ellas es la capacidad para ser parte y la segunda, la capacidad procesal, la capacidad que es necesario poseer para ser sujeto de una relación procesal y poder realizar actos procesales válidos y con eficacia jurídica. La falta de personalidad o ausencia de “*Legitimatío ad processum*” impide que se pueda entrar al conocimiento de la cuestión de fondo, mientras que la segunda; la “*Legitimatío ad caussam*”, está relacionada con la pretensión que se ha formulado, pues es la relación existente entre una persona determinada y una situación jurídica en litigio. Es precisamente esta persona, y no otra, la que debe figurar en él, ya sea en concepto de actor o de demandado. Puede ser legitimación directa cuando su relación con la situación jurídico-material es directa, y legitimación por representación, cuando quien actúa en el proceso es el representante del titular del derecho cuya tutela se pretende, la falta de “*Legitimatío ad caussam*”, afecta al fondo del asunto, a la esencia de la pretensión y a la sustancia del pleito, y significa que el actor carece de título o de derecho de pedir, al menos frente a ese demandado concreto. Esto último es lo que se viene denominando como *falta de legitimación pasiva*.<sup>372</sup>

<sup>368</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Lecciones de derecho procesal*, ed. Romargraf, Barcelona, 1982-1983, pg. 125.

<sup>369</sup> STS Sala 1ª, 9 de julio de 2013 (Cendoj ROJ 2013,3829) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández), “*debe recordarse a estos efectos, que la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, según doctrina, (STS de 14 de octubre de 2003, de 7 de noviembre de 2005 y 13 de diciembre de 2005), así como de la jurisprudencia constitucional (STC 65/94)*”.

<sup>370</sup> STS Secc. 1ª, 23 de diciembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,125) (Ponente: Exmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández).

<sup>371</sup> STS Secc. 1ª, 11 de noviembre de 2011 (Cendoj ROJ 2011,9282) (Ponente: Exmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).

<sup>372</sup> CHIOVENDA, G., *Principios del Derecho Procesal Civil*, cit., pgs. 178-182.

## **1. CAPACIDAD PARA SER PARTE**

La capacidad para ser parte hace referencia a la aptitud para ser titular de las obligaciones, cargas y derechos que se deducen de la tramitación del proceso y del desarrollo de la relación jurídica procesal o de las situaciones activas o pasivas que en el proceso corresponden a las partes. Es decir, quien tiene capacidad para ostentar derechos y obligaciones, debe de estar facultado para hacerlos valer en juicio, para obtener la tutela judicial efectiva de los mismos. En el art. 6 LECiv, se regulan y determinan los sujetos o entidades que tienen capacidad para ser parte en el proceso civil, siendo estas las personas físicas, jurídicas, ciertas entidades que no son personas jurídicas, y el Ministerio Fiscal. Básicamente, la capacidad para ser parte la tienen las personas desde su nacimiento, aunque también en ciertos casos pueda extenderse a la concepción o constitución, hasta el fallecimiento o extinción. En otros casos, cuando la Ley se lo reconozca.<sup>373</sup>

Sin duda, en materia de los menores en situación de desamparo la LECiv no especifica quiénes pueden estar capacitados para ser parte para oponerse a las resoluciones administrativas de la protección de menores. Sin embargo, teniendo en cuenta la normativa sustantiva sobre la materia,<sup>374</sup> puede decirse que se reconoce la capacidad de ser parte a todas aquellas personas e Instituciones públicas que hayan mantenido una relación de hecho o jurídica con los menores. Los padres biológicos, los familiares, tutores, adoptivos, guardadores de hecho, acogedores preadoptivos, las Administraciones Públicas, el Ministerio Fiscal e incluso los menores.

Otra cosa distinta es la capacidad para comparecer en juicio, también llamada capacidad de obrar procesal, a la que se refiere el art. 7.1 LECiv. Según este artículo, solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Y en los párrafos siguientes se alude, entre otros supuestos, al de la falta de capacidad de las personas físicas, regulando la aptitud de las personas o entidades que son parte para realizar o para que frente a ellas se realicen, válida y eficazmente, actos procesales, sea a través del abogado o del procurador que integran la postulación.

## **2. CAPACIDAD PROCESAL**

Partiendo de la capacidad para ser parte, de menores intervendrán los portadores de intereses legítimos, incluyendo a los padres biológicos, tutores, familiares que hayan convivido con el menor, adoptivos, guardadores de hecho,

---

<sup>373</sup> GONZALEZ PILLADO, E., *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, [http://www.indret.com/pdf/232\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/232_es.pdf) pg. 2.

<sup>374</sup> La Ley de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia*”.

acogedores preadoptivos y en todo caso el Ministerio fiscal.<sup>375</sup> Asimismo, en cualquier procedimiento relativo a la separación del menor de sus padres se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él, y de dar a conocer sus opiniones.<sup>376</sup>

Más problemático resulta determinar si el menor tiene capacidad procesal para impugnar por sí mismo las resoluciones administrativas que acuerden el desamparo o cualquier otra medida de protección en relación a su persona. El art. 780.2 LECiv no excluye al menor de este procedimiento. En tal contexto, cabe destacar la importancia que traza el art. 12 CDN cuando regula el derecho del menor a ser escuchado sin estipular una determinada edad para hacerlo, ya sea directamente o por medio de un representante.<sup>377</sup>

Que el menor no se excluya expresamente del procedimiento no quiere decir que el legislador a tenor del art. 780 LECiv lo incluya, igualmente el derecho a ser escuchado por medio de su representante no quiere decir que un menor pueda integrar su capacidad procesal en el proceso, para que exista esta capacidad de integración procesal es necesario que exista un conflicto de interés con los padres biológicos que ostentan la patria potestad (art. 162 CC) si sucede, el juez le nombrará al menor un defensor judicial (art 163 LECiv), representándole, hasta dicho nombramiento, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa del menor (art. 8.2 LECiv). Conforme a las reglas del Código Civil.

### **3. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL**

La capacidad para ser parte representa el primero de los presupuestos procesales relativos a los juicios de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores. Tiene el carácter absoluto e insubsanable, y de él depende la válida constitución de la relación jurídica procesal.<sup>378</sup> Su naturaleza de orden público determina que su falta sea apreciada de oficio en cualquier momento del proceso, como así lo dispone expresamente el (art. 9 LECiv), salvo que ya hubiera sido resuelta la cuestión mediante resolución firme (art. 207.3 LECiv).

---

<sup>375</sup> Circular FGE 1/08.

<sup>376</sup> Según el art.9.1 CDN/1989.

<sup>377</sup> DELGADO VIZCAINO, L. M<sup>a</sup>. *Tendencias actuales de la capacidad del menor y su derecho a ser escuchado* <http://www.monografias.com/trabajos97/tendencias-actuales-capacidad-del-menor-y-su-derecho-ser-escuchado/tendencias-actuales-capacidad-del-menor-y-su-derecho-ser-escuchado.shtml>.

<sup>378</sup> STS Secc. 1<sup>a</sup>, 23 de septiembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,6056) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Almagro Nosete).

Junto a este examen de oficio, la falta de capacidad para ser parte puede ser denunciada por la Entidad Pública en la contestación a la demanda (art. 405.3 LECiv) y, como motivo de oposición que impidiera una resolución de fondo (art. 416.1.1ª LECiv), solicitando que el juez dicte auto poniendo fin al proceso (art. 418.2 LECiv). Si la parte se constituyere por intervención, aquellos sujetos que originariamente no han sido demandantes o demandados, la alegación de la parte se llevará a cabo según lo previsto en el (art. 13.2 LECiv), “*el tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días*”. Y si se produce pérdida sobrevenida por capacidad de muerte de las personas físicas, el tratamiento será el propio de la sucesión procesal prevista en los (art. 16 y 17 LECiv).<sup>379</sup>

La falta de capacidad para ser parte, es insubsanable, o se tiene capacidad o no se tiene, en virtud del art. 7 LECiv. Sin embargo, sí es subsanable la falta de acreditación de la representación legal o necesaria. Por ejemplo, si en su momento no se presentó la resolución judicial o documento administrativo que acredita el nombramiento del tutor del menor (art. 271.2 LECiv).<sup>380</sup>

La capacidad de actuación procesal es un presupuesto para la validez del proceso. Su falta en alguna de las partes vicia de nulidad los actos de quien careciera de ella. En todos los supuestos, la estimación de la falta de capacidad impide una sentencia sobre el fondo, (art. 240 LOPJ).

La falta de capacidad procesal puede ser examinada de oficio por el juez (art. 9 LECiv).<sup>381</sup> Asimismo, la falta de actuación procesal puede ser denunciada por el

---

<sup>379</sup> Según los artículos 16 y 17 de la LECiv, los ejemplos típicos serían los guardadores de hecho que podrían sustituir a los litigantes en los siguientes casos: El padre putativo que, una vez fallecido el cónyuge (progenitor del menor) mantiene un “status” de padre, cumpliendo respecto a su hijastro como un buen padre de familia. Caso de los abuelos que, habiendo fallecido uno de sus hijos y su cónyuge en accidente, se quieren hacer cargo de los nietos (es decir de los hijos de los fallecidos).

<sup>380</sup> CUEVAS MUÑOZ M., *Nombramiento de tutor*, <http://www.mercedescuevas.com/pdf/NOMBRAMIENTO-DE-TUTOR-Noviembre2013.pdf> pg. 2, “*en relación a los menores en situación de desamparo, su tutela les corresponderá a las entidades de derecho público que tienen encomendada la protección del menor. No obstante, se les nombrará un tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que puedan asumir la tutela con beneficio para los menores, por sus relaciones con ellos o por otras circunstancias*”.

<sup>381</sup> STS Secc. 1ª, de 30 de enero de 2006 (Cendoj ROJ 2006,121) (Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller), “*el primer motivo en que se apoya el recurso denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio al haber sido infringidas normas que rigen los actos de garantías procesales provocando indefensión a la parte recurrente, se pone de manifiesto la infracción de los artículos 2, 9,5, y 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en realidad la falta de capacidad procesal de la actora por sufrir demencia senil, lo que habría*

demandado en la contestación a la demanda (art. 405 LECiv) y deberá ser examinada tras el fallido intento de conciliación entre las partes en la audiencia preliminar del juicio ordinario (art. 416.1.1º LECiv), o en la vista del juicio verbal (art. 443.3 LECiv).

Sin perjuicio de lo previsto en el art. 8 LECiv, cuando el defecto o falta no sean subsanables en los casos de los padres biológicos, tutores, pre-adoptivos, acogedores, adoptantes y, guardadores de hecho supondrá que se dicte auto poniendo fin al juicio de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, (art. 418.2 LECiv).

Por último, la capacidad procesal de los intervinientes se controlará en el trámite del art. 13.2 LECiv, no suspendiendo el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días con posibilidad de subsanación conforme se establece en el art. 418.1 LECiv.

#### **4. CAPACIDAD DE POSTULACIÓN**

La capacidad de postulación resulta específicamente necesaria en relación a los juicios de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, debido a la posible intervención de los infantes y adolescentes en el proceso. En todo caso, para la presentación de la demanda en los procesos de desamparo de menores es preceptiva la intervención de los profesionales que asesoran y representan a las partes de los interesados. La intervención de abogado y procurador en el proceso favorecerá el principio de igualdad entre las partes, tal y como se prevé en la LECiv. Con posterioridad, la Ley de 28 de julio de 2015, “*de modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la Adolescencia*” reafirmó y concretó esa previsión en el art. 10.2 e, L/2015. Sin embargo, fuera del ámbito del proceso penal, no fue contemplado en la derogada Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, “*de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, al no efectuarse referencia alguna a que los infantes y adolescentes recibieran asistencia jurídica en los procedimientos de protección de menores.<sup>382</sup> Este Derecho tuvo que ser reconocido por las Administraciones Públicas, las

---

*determinado la cesación del procurador en su representación y la necesidad de suplir la falta de capacidad mediante los mecanismos previstos por la Ley”.*

<sup>382</sup> SÁNCHEZ ALCARAZ, P., *Defensa y representación de los menores tutelados en el procedimiento regulado en la LORPM. El defensor judicial. Otras cuestiones de interés* [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/PONENCIA%20Sra.%20Alcaraz.pdf?idFile=849077de-952a-42e5-9e10-a5a36066e43a](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20Sra.%20Alcaraz.pdf?idFile=849077de-952a-42e5-9e10-a5a36066e43a), pg. 5.

cuales incluyeron en su texto el Derecho a recibir la asistencia legal y jurídica (art. 750.1 LECiv).<sup>383</sup>

Sin embargo, la intervención de las Administraciones Públicas en el procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, será a través de la asistencia de abogado del Estado o de los letrados de las Comunidades Autónomas de que se trate, sin necesidad de procurador (arts. 439.2 y 447 LOPJ), pues los letrados no solo ostentan la defensa, sino también la representación de los órganos sociales.<sup>384</sup>

## 5. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA POSTULACIÓN

Partiendo de que la intervención de abogado y procurador en el proceso es un presupuesto procesal porque debe ser examinada de oficio y, en el mismo momento que se produce el acto, por el juez, de modo que podrá inadmitirse la demanda o la contestación por este motivo.

Así, respecto del demandante y sin perjuicio de la subsanación,<sup>385</sup> la falta de firma del letrado impedirá admitir la demanda. Del mismo modo, si se tratara de

---

<sup>383</sup> TEJEDOR MUÑOZ, L., POUS DE LA FLOR, M<sup>a</sup>, y otros. *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor volumen II Andalucía y Aragón* ed., Digital UNED, 2010, pg. 579.

<sup>384</sup> Esto ocurre, en Comunidades Autónomas como la Rioja, Navarra, Castilla-León, Canarias, Murcia, Asturias, Cantabria, Extremadura, Baleares, Cataluña, Ceuta y Melilla, que no han reconocido expresamente la asistencia de representantes legales, aunque todas ellas disponen de normativa específica sobre Derechos y atención a la infancia. Sin embargo, no ocurre lo mismo en las Comunidad Autónomas de Aragón (art. 55 LARG/2001), Valencia (art. 102.1 LCV/2008), País Vasco (art. 17.1 LPV/2015), Madrid (art. 74 LCM/1995), Castilla-La Mancha (art. 22.3 LCyLM/2010) y Andalucía (art. 17 LAN/2002).

<sup>385</sup> STC Sala 2<sup>a</sup>, 31 de enero de 2008, (RTC 2008,14) (Ponente: Exmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez), “*entrando en el examen de fondo de la lesión constitucional del art.24.1 CE que se denuncia, conviene recordar que en materia de resoluciones judiciales que declaran la inadmisibilidad del correspondiente recurso por defectos formales en los actos de postulación o representación procesal de las partes ya una reiterada y consolidada jurisprudencia constitucional, que está resumida, entre otras muchas, en las SSTC 159/1995, de 6 de noviembre, 195/1999, de 25 de octubre, 234/2002, de 9 de diciembre, SSTC 287/2005, de 7 de noviembre, y 241/2007, de 10 de diciembre. Conforme a esta doctrina constitucional, que comienza por subrayar, en expresión ya normalizada, que “la falta de acreditación de la representación procesal es subsanable, si el efecto se reduce a esa mera formalidad y siempre que tal subsanación sea posible, de modo que en tales supuestos el órgano judicial debe conferir a las partes la posibilidad de subsanación antes de impedirles el acceso al proceso o al recurso legalmente previsto”.*”

la contestación de la demanda, el juez procederá a no admitirla.<sup>386</sup> De igual manera se declararán nulos de pleno derecho los actos procesales realizados sin la intervención de abogado, en los casos que sea preceptiva su intervención, (art. 238.4 LOPJ).

La representación procesal se atribuye en exclusiva a los procuradores de los tribunales que reciben de la parte “*un mandato expreso*”. Estos representantes técnicos tienen el monopolio de la representación por lo que el “mandato es voluntario” solo en el aspecto de que la parte pueda elegir entre los incorporados al correspondiente Colegio de Procuradores.

El mandato se confiere por medio del poder que designa tanto la declaración de voluntad que hace el poderdante, como el documento que en aquella consta.<sup>387</sup> La copia del poder notarial se acompañara al primer escrito que el procurador presente, cada una de las partes, (art. 24.2 LECiv).<sup>388</sup> Y, como concreción de lo anterior, el (art. 264.1. LECiv) dispone que el poder puede ser notarial, además puede atribuirse por otras vías “*apud acta*” que puede ser incluso telemática y con la aceptación de la designación en justicia gratuita. Ante la inexistencia del poder el juez de oficio inadmitirá el escrito de demanda o contestación o cualquier otro escrito, ante la falta de representación, no subsanada, tendrá las consecuencias que corresponden a la falta de personación, en el caso del demandante, el archivo.

Asimismo, se da un supuesto de ineficacia por la falta de poder. Se admite la subsanación, aportando el documento y ratificando la firma, para lo que se concederá un plazo oportuno de diez días, (art. 461 LECiv). Si el juzgado no advierte la falta de poder, el defecto podrá ser denunciado por la Entidad Pública en la contestación a la demanda como excepción procesal, (art. 416.1.1ª LECiv).

---

<sup>386</sup> Conforme se establece en el artículo 31.1 LECiv, “*los litigantes serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto. No podrá proveerse ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado*”.

<sup>387</sup> Según el artículo 24.1 LECiv. “*el poder en que la parte otorgue su representación al procurador habrá de estar autorizado por notario o ser conferido apud acta por comparecencia personal ante el secretario judicial de cualquier oficina judicial o por comparecencia electrónica en sede judicial*”.

<sup>388</sup> STC Sala 2ª, 22 de abril de 2013, (RTC 2013,90) (Ponente: Exmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas), “*(art.24.2 LEC) nada hay que objetar, por tanto a la resolución judicial que, en interpretación de la citada norma, considera la personación no realizada en tiempo y forma cuando aquel primer escrito no fue acompañado de poder casuístico alguno, ni otorgado apud acta ni notarial, pues el finalmente aportado por escritura era de fecha posterior al escrito y al plazo de personación conferido*”.

Por último, existen dudas sobre su posibilidad de subsanación de este plazo preclusivo,<sup>389</sup> siempre que en dichos actos procesales se hubiera manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la LECiv. Por el contrario, el tribunal y el Letrado de la Administración de Justicia tendrán en cuenta como una infracción la falta de voluntad de subsanación de los defectos en dichos actos de algunas de las partes en el proceso de menores.

### III. LA LEGITIMACIÓN

El jurista italiano Ugo Rocco expresaba que: *“los criterios básicos para establecer la legitimación para accionar deben buscarse en un conjunto de circunstancias, condiciones y cualidades de ciertas categorías de sujetos, en orden a la relación jurídica o al estado jurídico sobre los cuales determinado sujeto pide una providencia cualquiera. Dichas condiciones, circunstancias o cualidades respecto al estado jurídico o a la relación jurídica, se determinan, la mayoría de las veces, por el hecho de ser sujeto o de afirmarse. En cuanto a la legitimación, viene a ser lo mismo: titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico”*.<sup>390</sup>

#### 1. ASPECTOS GENERALES DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS MENORES EN DESAMPARO

La legitimación en el proceso para la tutela judicial de los menores en desamparo se basa en tener una relación familiar o jurídica. Todo ello al margen de la legitimación legal, como la del Ministerio Fiscal. Es decir, el interés de incluir al menor en las relaciones familiares habilitarán a los interesados como sujetos activos para comparecer, siempre que previamente tengan capacidad para ser parte y capacidad de actuación procesal y exigir, si fuera necesario, la comparecencia de aquellos sujetos pasivos concreto con el fin de conseguir una sentencia sobre las condiciones favorables de los menores.<sup>391</sup>

---

<sup>389</sup> A tenor del artículo 231 LECiv, *“El Tribunal y el Secretario Judicial cuidaran de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes”*.

<sup>390</sup> ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal civil*, t. II, ed. Temis, Buenos aires 1963, pg. 103.

<sup>391</sup> SAP Lleida, Secc. 2ª, 19 de octubre de 2010 (EDJ 2010, 238121) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Albert Guilanya Foix), comienza por puntualizar que el término “legitimación” y sus aspectos conceptuales y clases, son una elaboración doctrinal i jurisprudencial que no figuraban directamente recogidos en la antigua LEC, a diferencia de lo que pasa actualmente en la vigente Ley procesal que sí se refiere en la misma en su art. 10. Como señala el TS en su sentencia de 17 de julio de 1.992. *“La legitimación específica, en relación con el caso, el alcance efectivo del derecho general de accionar, reconocido por el artículo 24 de la Constitución, y consecuentemente, apareja, si no es aplicado rectamente, una objetiva denegación de justicia. Tal poder concreto, en los asuntos civiles, se considera ínsito en quien por afirmar la titularidad del derecho pretende acreditar por ello el máximo interés en su satisfacción”*. Pero es cierto que la legitimación no radica en la mera afirmación de un derecho o en la afirmación del mismo enfrentamiento alguno, sino que también dependerá,

Por su parte, el art. 10 LECiv, cuando dispone que "Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso", se redacta en términos suficientemente amplios como para encajar sin problemas todas las partes legitimadas en el ámbito de las oposiciones a las resoluciones administrativas en protección de menores.

Partiendo de que la LECiv no determina exactamente quién ostenta la legitimación específica para oponerse o impugnar las resoluciones administrativas de situación de desamparo y otras dictadas en materia de protección de menores (art. 780. LECiv), están legitimados, tal como indica la Circular 1/08 FGE, los padres biológicos siempre que tengan capacidad de ser parte del proceso y ostenten la patria potestad. También tendrán interés legítimo los familiares que hayan convivido con el menor, asimismo, los tutores, adoptivos y guardadores legales como consecuencia de ser titulares de una relación jurídica con los menores en situación de desamparo.<sup>392</sup>

Sin embargo, en ocasiones, los sujetos que actúan como partes en el procedimiento son habilitados por Ley para disponer del proceso, aunque no sean interesados en la relación jurídica de los menores. Un claro ejemplo es el Ministerio Fiscal, cuando entiende implícito un interés público, para actuar como parte sin ser titular del vínculo afectivo de la esfera del menor o el adolescente, (art. 124.1 CE).

---

*como dice las SSTS de 16 de mayo de 2000, 23 de marzo de 2001 i 4 de mayo de 2005, de la coherencia jurídica entre la titularidad afirmada y las consecuencias jurídicas que se pretende. Además de eso se quiere decir que la legitimación en el proceso civil, que se manifiesta como un problema de consistencia jurídica, en cuanto se exige una adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma, o en frente a quien la afirma, y el objeto jurídico que se pretende, de todas maneras la cosa se traduce en que el tema de la legitimación comporta siempre una "questión iuris" más que una "questión facti". Y eso hace que, de otra manera, siga la tradicional distinción que se hace entre la legitimación "ad procesum" i la legitimación "ad causam". La primera afecta a vicios o defectos de carácter procesal que lógicamente podemos apreciar con carácter previo, mientras que la segunda afecta a motivos de fondo, y está íntimamente vinculada al ejercicio de la acción, de forma que su existencia o ausencia no es por apreciar en una primera fase del procedimiento, sino en sentencia, pues bien se abra de evaluar con carácter previo a analizar el fondo del asunto, donde determina que se de establecer si, realmente, tiene coherencia jurídica la posición subjetiva que se invoca en vez de las pretensiones que demandan al Tribunal".*

<sup>392</sup> Conforme la Circular 8/2001 FGE, sobre los criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores. Competencia para proporcionar asistencia inmediata a menores. "Las autoridades y servicios públicos tienen la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario del Ministerio Fiscal".

También hemos de advertir que la Administración Pública aunque puede estar inicialmente legitimada por ostentar la tutela del menor. El Tribunal Constitucional se la niega porque considera que, para estar legitimada la Entidad Pública como competente en materia de menores en situación de desamparo, es necesario que alegue un interés que sea propio, es decir, que exprese un interés que sea legítimo. Lo único que se pretende es la búsqueda de la legalidad de haber hecho bien las cosas.

En consecuencia la doctrina del Tribunal Constitucional tanto sobre la legitimación general para recurrir en amparo como la exigible a la Administración Pública en particular, entiende que no se encuentra legitimada la Institución Pública como parte de un proceso.<sup>393</sup> Por otra parte, el Tribunal Constitucional reconoce que también pueden tener un interés legítimo los acogedores preadoptivos. El motivo reside en el vínculo afectivo que mantienen estas personas con los menores, ya que pueden convertirse en sus futuros padres adoptivos.

#### A) Legitimación activa

Cuando una persona inicia o ejercita una acción procesal en reclamación de un derecho, por ejemplo al iniciar un procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, debe basarse el ejercicio de esa acción en un derecho propio, ya que sólo el titular de ese derecho es el que está facultado para acudir al proceso. Esta es la Legitimación activa. Corresponderá el trámite de impugnación a los padres biológicos, familiares, tutores, acogedores y adoptivos; llegando incluso a poder admitirse a los guardadores de hecho. Esto se origina como consecuencia de las relaciones personales que se tengan con el menor.

Las partes carecerán de legitimación para defender intereses de otros, sean o no intervinientes en el proceso. Los padres biológicos no podrán oponerse a las resoluciones administrativas de protección del menor en beneficio de los intereses de los abuelos. Sin embargo, tiene cabida la “*legitimidad compartida*”, que puede ser ejercida por cualquiera de sus titulares. En la mayoría de supuestos en que se producen estas situaciones de concurrencia de titulares, basta la actuación de un

---

<sup>393</sup> STC Sala 2º, de 18 de diciembre de 2000, (RTC 2008,58) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende), “ *no basta haber sido parte en el proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria para ostentar por ello la legitimación que el art.46 LOTC exige, pues también es indispensable acreditar cuando menos un interés legítimo, esto es, un interés propio y cualificado el interés de la administración recurrente no excedía del hecho mismo de haber concurrido a la recurrente en el proceso de instancia en defensa de la legalidad de sus actos llevados a cabo del interés de la menor cuyos derechos fundamentales son los invocados en el recurso de amparo y no aquellos otros de los que pudiera ser titular la junta de Andalucía. El recurso de amparo no está al servicio de la defensa derechos fundamentales ajenos sino de los propios*”.

participe para que se accionen el derecho, así sucede con los padres, familias adoptivas, acogedores preadoptivos, etc.

### **a) Los padres biológicos**

Los progenitores podrán estar legitimados en un proceso de desamparo si los mismos siguen ostentando la patria potestad. En el caso de que los padres biológicos pierdan la patria potestad esta será asumida por la Administración Pública. La asunción de la tutela es atribuida a la Entidad Autonómica, llevando consigo la suspensión de las obligaciones y deberes con sus hijos e hijas, siempre que se atiendan los plazos que legalmente se establezcan. En este sentido, el legislador consideró razonable el tiempo de dos años que se concedía a los padres biológicos para superar los problemas que hubieran impedido cumplir con sus responsabilidades. Asimismo, este intervalo favorecerá, en el mejor de los casos, la reintegración familiar del menor siempre que las circunstancias sean las adecuadas, (art. 172.2 CC).<sup>394</sup>

En cuanto a los padres biológicos o grupos naturales, la jurisprudencia se refiere a ellos como personas o clanes que ostentan la patria potestad, sin especificar el concepto de familia.<sup>395</sup> Aún así, las normas, en ciertos casos, nos hablan del retorno del menor al seno familiar, sin llegar a establecerse si poseen o no las obligaciones y deberes con los menores, o qué tipo de núcleo se hace cargo del infante. Las Entidades y Organismos Públicos sí entienden que el infante, o el adolescente, tienen que estar en un ambiente cordial donde puedan desarrollarse y sentirse protegidos por el grupo (art. 173.1.3 CC).

En el supuesto de que la familia no pueda asumir la tutela de los menores, lo hará la Entidad Pública. Todo ello sin que exista pérdida de la patria potestad por parte de los progenitores, siempre que se cumplan los programas especializados de intervención familiar legales que para el caso se determinen (art. 172.1, bis CC). Además, este tipo de ayuda por parte de las Instituciones Públicas a los padres biológicos será siempre admisible si mantienen, en el momento de solicitarlo, las obligaciones y deberes que con el infante deben cumplir (art. 154.2 CC).

---

<sup>394</sup> La Ley “de modificación a la infancia y la adolescencia” de 2015. Modificó el artículo 172 CC.

<sup>395</sup> STS Secc. 1ª, 19 de abril de 2016 (Cendoj ROJ 2016,2236) (Ponente: Exma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga), “es cierto que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas sentencias respecto a los requisitos de “existencias de pareja de hecho” y “convivencia estable y notoria” .STS Sala 3ª, 23 de febrero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,651) (Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), “la calidad de miembro de la familia “a cargo” resulta de una situación de hecho que se caracteriza por que el ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación garantiza los recursos necesarios para la subsistencia del miembro de la familia”.

Dicho todo esto, podemos decir que el legislador, en la Ley de 28 de julio de 2015, deja claras dos cuestiones, sobre protección de menores respecto a los grupos familiares y los progenitores. La primera, que el infante se tiene que encontrar en una sociedad, o grupo de gente, donde deberá sentirse protegido y arropado. La segunda, que la responsabilidad con los menores corresponde a los padres biológicos que ostentan la patria potestad. Por lo tanto, la capacidad para ser parte del proceso que corresponde a los progenitores vendrá determinada del hecho de ostentar la custodia del menor o, legítimamente, de encontrarse en un proceso de recuperación, ya que la pérdida de las responsabilidades llevará consigo el no poder recuperar a los hijos e hijas y no poder reinsertarlos al núcleo social.

***b) Los familiares, tutores, adoptivos y guardadores de hecho***

Por su parte, tal como hemos señalado, están legitimados los familiares, tutores, acogedores, adoptivos e incluso los guardadores de hecho que hayan convivido con los menores. La norma de protección a la infancia y adolescencia del 2015 ha delegado esta competencia de legitimar, como consecuencia de un proceso de resolución de desamparo, a las Comunidades Autónomas y estas la han incluido en sus regulaciones, como ocurre por ejemplo con el Decreto de 7 de octubre de 2008, del gobierno de Aragón, *“por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo”* (art. 10.1 DAR).

Los rasgos comunes que reconocen a estos sujetos están recogidos en el Código Civil y las Leyes autonómicas, estableciéndose quiénes son las personas a las que se les tiene que notificar una resolución de declaración de desamparo. Sin embargo, esta comunicación no lleva implícita que las personas informadas, o grupos, reúnan las condiciones para actuar legítimamente en un proceso. Para ello, deben de estar sujetos, además, a la tutela familiar. El infante estará al amparo de la autoridad en la que el tutor se encuentre bajo la vigilancia, supervisión y control del órgano público. Por consiguiente, nos encontramos con distintas personas que pueden ejercitar la custodia, según el Código Civil. Asimismo, puede suponer la legitimación del menor en un proceso judicial.

En cuanto a la finalidad de la notificación, es algo más que un puro trámite administrativo que deben cumplir las respectivas Entidades Públicas sobre ciertas personas que pueden estar en relación con el proceso, pues del mismo se podrá ejercitar en la práctica un Derecho Fundamental. La notificación no es suficiente para tener legitimación, aunque sí permite o facilita hacer efectivo el derecho por ejercer la tutela, tal como se establece en la Ley de 3 de julio de 2008 de la Generalitat Valenciana, *“de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia”*. Pero no siempre es así debido a la falta de concreción de los sujetos por parte de

las Administraciones Autonómicas (art. 100.6 LCV). Sin embargo, El Código Civil sí establece cuáles son los menores que están sujetos a custodia (art. 222 CC).

### ***c) El menor***

Sin duda, uno de los aspectos más problemáticos, jurídicamente, es el de la intervención de un menor afectado por un procedimiento de desamparo en el que tenga que manifestar su opinión. Incluso se debería estudiar si está legitimado en los procedimientos administrativos y judiciales cuando la postura del infante sea contraria a la Entidad Tutelar que lo acoge, teniendo en cuenta que precisamente esta Institución Pública fue la que inició el proceso de desasistencia. Sin embargo, las normas internacionales, nacionales y autonómicas actuales han reiterado, en sus textos, que el menor debe ser escuchado en todo lo que le afecte, tanto en su esfera personal, familiar o social, bien sea directamente o por medio de su representante o por un órgano apropiado al efecto (art. 24 DOUE/2010).

### ***B) Legitimación pasiva***

Como regla general, la legitimación pasiva en el proceso de oposición a las resoluciones administrativas a la protección de menores corresponderá a la Administración Pública, como consecuencia de la posición demandada por parte de los padres biológicos, tutores, acogedores y guardadores de hecho. Esta posición en la demanda, por parte de las Entidades Autonómicas permitirá a la Institución Pública tener capacidad para ser parte en el proceso y, por consiguiente, intervenir en un procedimiento judicial de desamparo.

### ***a) La Administración Pública***

El conocimiento, por parte de la Administración Autonómica, de una situación de desamparo obliga a la Entidad Pública correspondiente a adoptar las medidas necesarias para evitar la desatención y, en su defecto, obtener la custodia del menor. Del mismo modo, el cumplimiento de las obligaciones de dicha tutela, como se advirtió, es un mandato establecido en la Ley de 28 de julio de 2015. La Entidad Pública podrá decidir sobre la custodia del menor, así como sobre las comunicaciones paterno-filiales, a fin de garantizar el buen fin de las medidas de protección acordadas, sin perjuicio de la función de vigilancia y supervisión del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa acordada.<sup>396</sup>

---

<sup>396</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, ed. *Indret*, “*Revista para el análisis del Derecho*,” núm.2, Facultad de Derecho Universidad de Vigo, 2008, pg. 2.

La tutela que ejerce la Administración Pública es supletoria de la patria potestad. Asimismo, en los casos en los que los interesados no cumplan con sus deberes y obligaciones, la Entidad Autonómica dará cuenta al órgano judicial competente de la situación de desamparo en la que se encontraban los menores y de la responsabilidad asumida. En definitiva, hemos de decir que la Administración Pública, en este momento, es parte legítima pasiva del proceso judicial de desamparo. Esta Institución defenderá los intereses del menor por encima de cualquier otro interés, incluido el de los padres biológicos tutores, acogedores y guardadores de hecho. Sin embargo, las Entidades Públicas no van a ser las únicas partes del proceso que pueden estar legitimadas pasivamente en una causa de menores.

### ***b) Los acogedores preadoptivos***

Con relación al término, diremos que los acogedores preadoptivos gozan de un estatus jurídico que les permite ser parte del procedimiento de acogimiento a tenor del Tribunal Constitucional, con base en el (art. 1813 LECiv/1881). Esta norma establecía la posibilidad de comparecer en un procedimiento judicial a aquellas personas que, no siendo acogedores, estaban en vías de serlo, y podrían formular las manifestaciones que tuvieran por conveniente, aportando documentación sobre la perfecta integración del menor en su vida familiar.<sup>397</sup>

Procurando encontrar un concepto más moderno y realista que el de la LECiv/1881, comentaremos que las personas seleccionadas por las Administraciones Autonómicas para ejercer la posible tutela de los menores son informadas de las circunstancias del menor y formalizarán su aceptación mediante

---

<sup>397</sup> STC Sala 2ª, 20 de mayo de 2002 (RTC 2002,124) (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás V. Vives Antón), *"gozan de un "status" jurídico reforzado con respecto a los demás acogedores en general, ya que, además de ser, al menos, guardadores del acogido, tienen una expectativa de convertirse, jurídicamente hablando, en padres del mismo, por lo que su situación no puede ser desconocida por el Ordenamiento Jurídico, reconociéndoles la posibilidad de tener acceso a los procesos judiciales que puedan afectar a la situación personal de los acogidos, y no solamente por la información que sobre los niños puedan aportar para constituir su familia, para defender la perspectiva que tienen de convertirse de padres adoptivos del acogido. Es indudable, en opinión del Ministerio Fiscal, que los acogedores preadoptivos del niño, cuya custodia les ha sido confiada en virtud de una resolución administrativa que declara su desamparo, tienen derecho a ser oídos en un proceso, en el que, al mismo tiempo, se va a decidir sobre la formalización judicial de dicho acogimiento y sobre la oposición a la declaración de la situación de desamparo en cuya virtud se constituyó. Así resulta de este modo la propia configuración legal del proceso de constitución de cualquier clase de acogimiento establece que es preceptivo oír a las personas propuestas como acogedoras, resulta innegable que desde la perspectiva constitucional tal derecho no le puede ser negado, por formar parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)"*.

un documento administrativo al efecto. Se comprometerán al deber y obligación de cuidarlo, educarlo y protegerlo mientras permanezca el menor en la familia. Esta fase previa es la que se denomina de “*acogimiento preadoptivo*”, y su objetivo consiste en establecer un periodo de adaptación del menor con el nuevo hogar. Asimismo, las Entidades Autonómicas, a través de los padres biológicos, tramitarán el consentimiento del acogimiento preadoptivo de sus hijos e hijas. Los futuros acogedores que puedan convertirse en padres adoptivos podrán solicitar, a la Administración Pública competente, ser parte del proceso mientras se tramita el expediente, en tanto no se produzca una resolución judicial.<sup>398</sup>

### *C) Legitimación directa o propia*

#### *a) Consideraciones generales*

En principio, diremos que es lógico pensar que la intervención en dicho proceso puede considerarse como normal. El proceso civil de desamparo afecta tanto a partes privadas como públicas. La normativa que regula al Ministerio Fiscal lo configura como un Ente Público que tiene encomendada la defensa de la legalidad, así como de los menores y adolescentes, en los procesos que les afecten.

El Ente Público tiene encomendada la defensa y tutela de los derechos e intereses, asumiendo, en su caso, la promoción, representación y defensa en juicio, a través de actuaciones tanto procesales como administrativas de quienes carecen de representación legal. No puede actuar por sí mismo, ni formar parte de aquellos otros órganos que tengan por objeto la protección y defensa de menores, (art. 3.6 EOMF).

#### *b) La intervención del Ministerio Fiscal en la Entidad Pública y en el proceso de menores*

Analizaremos el contenido del art. 174 CC por el que se le encomienda al Ministerio Público la superior vigilancia. Esto significa que la Administración Autonómica tiene la obligación de poner en conocimiento de esta Entidad la decisión adoptada y será entonces el Fiscal quien valorará la intervención. En caso de discrepancia, se llevará el conflicto ante el Juez de Primera Instancia para que, tras el oportuno procedimiento, el órgano judicial resuelva, a la vista de las pruebas practicadas, estar de acuerdo o no con las medidas adoptadas por la Institución Pública. Es muy importante la figura del Ministerio Fiscal para supervisar las actuaciones de la Administración Pública, pues, en caso contrario, los interesados no sabrían posiblemente dar respuesta a la situación de desamparo, ni qué recursos

---

<sup>398</sup> GOBIERNO Y CONSEJERIA DE LA REGION DE MURCIA,  
[https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6052&IDTIPO=100&RASTRO=c560\\$m6046](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6052&IDTIPO=100&RASTRO=c560$m6046)

jurídicos emplear para la defensa de sus intereses y de los que ellos entienden que correspondan a sus hijos e hijas.<sup>399</sup>

Con todo, al Ministerio Fiscal se le atribuye la condición de parte con legitimación directa o propia, interviniendo en el proceso administrativo para salvaguardar los derechos y defensa de los menores que se encuentren en situación de desamparo, atribuidos en la Leyes estatales y en su respectivo Estatuto Orgánico (art. 3.7 EOMF).

Asimismo, comentaremos que el Ministerio Fiscal ha ido incrementando sus funciones protectoras de los menores a partir de la Constitución Española de 1978 y en los convenios internacionales suscritos por España. En lo que hace referencia a las crisis matrimoniales, el Ente Público es parte ante posibles intereses de los padres biológicos en los Juzgados de Primera Instancia, proponiendo las pruebas que sean necesarias para determinar cuál es el interés del menor en el proceso.

Del mismo modo, es importante la intervención del Ministerio Público (art. 749.2 LECiv) en aquellos casos en los que se vulnera el honor, la imagen e identidad de los menores maltratados por un entorno social agresivo y que no puedan encontrar protección en los progenitores (art. 124.1 CE). Por todo ello, la Ley de 28 de julio de 2015, elevó a los menores en la defensa de sus intereses a la categoría de ciudadanos, equiparándolos a la condición de adulto.

La actuación del Ministerio Público en la protección de los menores en situación de desamparo no debería quedarse en una mera intervención ante los tribunales, sino que siendo el encargado de la vigilancia de los Derechos y deberes de los menores, debería de promover la Fiscalía General del Estado a través del poder judicial y el ejecutivo una intervención más protectora en materia de menores en desamparo, custodia compartida, relaciones paterno-filiares, acogimiento, adopción, colaborando con el resto de instituciones, tanto públicas como privadas, que trabajen en favor del infante y adolescente, y auxiliando a las familias que en su seno tengan algún problema con sus hijos e hijas. Desde esta perspectiva, creemos que el Ministerio Fiscal se encuentra excesivamente encasillado a los marcos legales que lo regulan. Esto es debido a la falta de especialización en determinadas materias, ya que no tienen conocimientos específicos o especial dedicación, en materia de la protección de los menores.<sup>400</sup>

---

<sup>399</sup> PANTOJA GARCÍA, F., *El fiscal como defensor del menor ( la posición del menor ante la Ley a través de la defensa que del menor ejerce el Ministerio Fiscal*, <http://www.seypna.com/articulos/fiscal-defensor-menor/>

<sup>400</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR., el libro blanco del Ministerio Fiscal, ed., Secretaria Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid ,1986, pg.166.

En resumen, la legitimación deriva de una determinada relación del sujeto con el menor en situación de desamparo, que da origen a una situación jurídica entre las partes. Esta relación se concreta en el juicio donde se pide la tutela, y se reconoce por la afirmación de la titularidad de la relación jurídica deducida en la causa. Asimismo, estarán legitimadas en el proceso aquellas otras personas que, en el litigio, expresen que son los titulares de los deberes y de las obligaciones con los menores.

Por otra parte, estarán legitimadas las personas demandadas: siendo las distintas Administraciones Públicas, en otros casos, así como también los acogedores preadoptivos o cuando sean acogedores.<sup>401</sup>

## 2. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN

Ciertamente la jurisprudencia se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la diferencia de la legitimación “*ad causam*” y legitimación “*ad procesum*”. La primera es aquella que resuelve entrando sobre el fondo Esta segunda sería una cuestión que afecta al orden público procesal. En tal caso, se entiende que se produce una identificación con falta de capacidad general examinable de oficio<sup>402</sup> para su examen en la audiencia previa o en el acto de la vista. Sin embargo, la cuestión está en determinar si, “la falta de legitimación” puede apreciarse únicamente en la sentencia de fondo o también puede apreciarse en un momento anterior.

Pues bien, el examen sobre “la falta de legitimación” debe llevarse a cabo como una cuestión al dictado de la sentencia de fondo. Es decir, que la legitimación sea apreciable de oficio no significa que se proceda con carácter previo, sino sencillamente que, cumplidos los presupuestos procesales, una de las cuestiones que han de ser valoradas en el momento de la decisión sobre el fondo será la atribución de la legitimación activa y pasiva. Consecuentemente, si no se acredita la legitimación por quien tenga la carga, conforme el (art. 217 LECiv), tendrá que someterse a las consecuencias desfavorables que la falta de acreditación le

---

<sup>401</sup> Fiscalía general del estado 1/2008 de 1 de diciembre (JUR 2009,24418), “*la legitimación también ha de entenderse ampliada reconociéndola a los portadores de intereses legítimos, e incluyendo por tanto a tutores, familiares que hayan convivido con el menor y guardadores, además de al Fiscal. Plazo para acreditar la superación de las causas que justificaron el desamparo*”.

<sup>402</sup> STS Secc. 1ª, 6 de mayo de 1997 (Cendoj ROJ 1997,3154) (Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros), “*el motivo se estima porque la reiterada doctrina de esta Sala es la que la legitimación activa o ad causam puede ser apreciada de oficio por la misma, en tanto atañe al control de si se tiene interés legítimo para solicitar de los órganos judiciales una resolución (Ss. de 17 julio de 1992, 20 de octubre de 1993, 1 de febrero de 1994; 22 de febrero de 1996)*”.

supondrá en la decisión de fondo.<sup>403</sup> De todo lo expuesto, diremos que, sin necesidad de alegación formal de una falta de legitimación, ésta habrá de ser objeto de prueba y valoración judicial en sentencia. De este modo, si el padre, familiares, tutor, guardadores de hecho y adoptivos no consiguen acreditar su legitimación activa, sin necesidad que la Entidad Pública formalmente haya alegado falta de legitimación activa, el juez habrá de desestimar la demanda al quedar acreditados los hechos constitutivos de la pretensión del actor o actores.

#### IV. EL LITISCONSORCIO

La primera aproximación que podemos hacer del litisconsorcio es, igual que se ha hecho con la legitimación, en función de la posición en la que se dé la pluralidad de sujetos, bien sea en la parte demandante o en la demandada, o en ambas posiciones conjuntamente, caracterizado por su base legal, ya sea porque ésta lo permite o porque lo exige o su interpretación así lo requiere, y configurando a cada uno de estos sujetos plurales como verdadera parte procesal, de forma tal que es la propia LECiv la que va a posibilitar o a exigir la presencia en el proceso de esa pluralidad de personas en la posición de parte.<sup>404</sup>

##### 1. LITISCONSORCIO ACTIVO NECESARIO

En los supuestos de pluralidad en la posición activa Bonet Navarro afirma que: *“en ciertas ocasiones, una pluralidad de personas se han de encontrar en un proceso, y, dentro del mismo, según los casos, estos sujetos se encontraran en la posición activa o pasiva. La necesidad se refiere exclusivamente a la participación en el proceso de una pluralidad de partes. Lógicamente los litisconsortes tendrán que hallarse en alguna de las posiciones del proceso. Pero cosa distinta es que deben de encontrarse, como necesidad en la posición activa”*.

En los supuestos de pluralidad en la posición activa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmó: *“En cuanto a la falta de litisconsorcio activo necesario,*

---

<sup>403</sup> STS Secc.1ª, 28 de febrero de 2002 (Cendoj ROJ 2002,1429) (Ponente: Exmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández), *“la legitimación “ad causam” consiste en una oposición o condición objetiva en concesión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar. La sentencia de 31 de marzo de 1997, a la que sigue la de 28 de diciembre de 2001, hace especial hincapié en la relevancia de la coherencia jurídica entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, pues la legitimación exige una adecuación entre el titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas afirmada (activa y pasiva) y el objeto jurídico pretendido pues la legitimación exige una adecuación entre el titular”*.

<sup>404</sup> VIDAL PEREZ, Mª. F., *El litisconsorcio en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid, 2007, pg. 32.

tiene declarado esta Sala (Ss. de 10 de noviembre de 1992 y 3 de junio de 1993) que la figura de litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, inspirado por el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído; en defecto como nadie puede ser condenado a litigar, ni solo ni unido a otros. La consideración de que la responsabilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino de forma conjunta y mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa (Legitimación *ad causan*).<sup>405</sup>

El Tribunal Supremo encubre los supuestos de litisconsorcio activo necesario como falta de legitimación activa y es rotundo en decir que no se puede calificar de litisconsorcio necesario. A nuestro entender si existen en la práctica supuestos activo necesario como los de adopción o acogimiento pero el tratamiento que debe recibir no puede ser el mismo que el litisconsorcio pasivo necesario. La solución lógica en estos casos sería la posible subsanación del mismo así como que dicte una resolución de absolución en la instancia, anticipar la sentencia de fondo y dictar, por tanto, sentencia absolutoria y desestimación de la pretensión.<sup>406</sup>

Con la salvedad anterior, no se produce falta de litisconsorcio activo cuando la pluralidad de sujetos aparezca en la posición activa, en los proceso de oposición a las resoluciones administrativas de protección de los menores. Existirá el litisconsorcio activo necesario, cuando concurren todas las partes integrantes de la pluralidad, es decir, los dos progenitores, traduciéndose en una cuestión de legitimación, sin embargo, la ausencia de concurrencia de uno de los progenitores implicara la falta del debido litisconsorcio en el lado activo. Por último, podrá el juzgador introducir de oficio, en audiencia previa o al inicio de la vista del juicio verbal, la posible falta del litisconsorcio activo necesario e instar su posible subsanación, siempre y cuando el progenitor ausente no esté privado de la patria potestad.<sup>407</sup>

## **2. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**

La figura del litisconsorcio pasivo necesario, se fundamenta en la exigencia de que los litigantes dirijan su demanda frente a todos los sujetos que hayan formado parte de la relación jurídico procesal objeto del litigio, puesto que todos ellos se verán afectados por el resultado de la sentencia que en su día recaiga.<sup>408</sup>

---

<sup>405</sup> STS Sala 1ª, 22 de diciembre de 1993, (Cendoj ROJ 1993,9084) (Ponente: Exmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres).

<sup>406</sup> BONET NAVARRO, J., “litisconsorcio activo innecesario. Una reflexión para el debate”, ed. revista en *Justicia* num.2, pgs. 531-54, así como la jurisprudencia citada.

<sup>407</sup> VIDAL PÉREZ Mª. F., *El litisconsorcio en el proceso civil*, cit., pg.306.

<sup>408</sup> STS Sala 1ª, 25 de abril de 2012, (Cendoj ROJ 2012,3079) (Ponente: Exma. Sra. Dña. Rosa María Viroles Piñol), “*el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, facilita en el artículo*

El presupuesto del litisconsorcio pasivo necesario se determina en el art. 12.2 LECiv, al mencionar “*el objeto del juicio*”, es decir la relación jurídico material controvertida y la tutela jurisdiccional solicitada, o sea, la pretensión ejercida es la que determinará la necesidad del litisconsorcio.<sup>409</sup>

El litisconsorcio será pasivo necesario cuando la pluralidad se encuentre en la parte demandada, es decir, que el actor dirija su pretensión frente a varios demandados, en los procesos de oposición a las resoluciones de administración de protección de menores. Esto no podría ser posible porque no pueden existir dos resoluciones sobre menores en desamparo dictadas por varias Administraciones Públicas. La demandada siempre será la Entidad Pública competente y los demandantes pueden ser uno o los dos progenitores.<sup>410</sup> Solamente se podrá permitir fundar la defensa procesal de los menores por la falta de litisconsorcio necesario en los casos de filiación,<sup>411</sup> relaciones paternos- filiales<sup>412</sup> y violencia de género o

---

*12.2 los materiales precisos para apreciar la esencia de esta figura, al establecer que “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda, hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la Ley disponga expresamente otra cosa”, lo que implica la necesidad de llamar al proceso a cuantos puedan resultar afectados en sus derechos e intereses por la resolución que se dicte, bien porque tal llamamiento venga impuesto por mandato legal, bien porque, dada su relación con el objeto de controversia, sean titulares de la relación jurídico-material controvertida ; se trata, en definitiva, de evitar la indefensión a que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución si el interesado llegara a verse afectado por la resolución judicial dictada en un litigio al que no fue llamado”.*

<sup>409</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “comentarios prácticos a la LEC. Arts.12 y 420”, ed., Indret. revista para el análisis del derecho pg. 11.

<sup>410</sup> VIDAL PÉREZ, M<sup>a</sup>, F., “ el litisconsorcio...”, cit., pgs 264-265, “*en los siguientes supuestos en las relaciones paterno filiales (matrimonios o no, y de origen biológico o legal) que nos rodean y en relación a hijos menores de edad y que con frecuencia se observa en la praxis: padres (matrimonio o no) que conviven juntos; padres separados de hecho; padres separados judicialmente o divorciados; o hijo adoptado por el segundo cónyuge del progenitor con el que convive. En principio el principio de defensa debe de realizarse conjuntamente por ambos progenitores, si bien, en los casos de (separación de hecho, separación judicial, desacuerdos reiterados o graves que entorpezcan el ejercicio conjunto, existencia de un solo progenitor, o ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores) se permite que cualquiera de las dos situaciones (acción/ defensa) pueda desempeñarse por uno solo de los progenitores”.*

<sup>411</sup> SAP A Coruña, Secc.1<sup>a</sup>, 10 de mayo de 2006, (Cendoj ROJ 2006,954) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas), “*la demanda de los abuelos maternos pretendiendo un régimen de comunicaciones y visitas respecto de su nieto, se dirigió exclusivamente contra la madre de este, quien alego, la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el padre del menor al ser la patria potestad compartida”.*

<sup>412</sup> SAP Huelva, Secc.1<sup>a</sup>, 30 de noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,837) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Martín Mazuelos), “*entiende que falta un litisconsorcio pasivo necesario,*

doméstica,<sup>413</sup> cuando no se demande a ambos progenitores. En el resto de casos, acogimiento y adopción, la demandada será la Entidad Pública correspondiente que acordó las medidas necesarias de protección en interés del menor.

Si el tribunal aprecia la falta de litisconsorcio, cabe la posibilidad de subsanación, concediendo al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días (art 420.3 LECiv). Trascurrido el plazo sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a los nuevos demandados, se pondrá fin al proceso por medio de auto y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones (art. 420.4 LECiv). Asimismo, si los presenta en el plazo, el juez dará traslado a los nuevos demandados que podrán contestarla en el plazo de veinte días (art. 404 LECiv), quedando, de momento el curso de las actuaciones en suspenso, para el demandante y demandado iniciales (art. 420.3 y 4 LECiv). En el juicio verbal, el demandado debe alegar la falta del debido litisconsorcio en la contestación de la demanda en el plazo de diez días conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario (art. 438.1 LECiv)<sup>414</sup> entendiéndose, aún en defecto de previsión expresa, que la misma podrá ser subsanada en los términos establecidos para el juicio ordinario conforme a lo previsto en el art. 420.2, 3 y 4 LECiv.

Por último, otro de los asuntos que resulta analizable en el ámbito del litisconsorcio es la falta de control por parte del juez. Esta es una de las cuestiones que han resultado polémicas, por la falta de previsión en la LECiv que omite toda referencia a la misma y además parece excluirla en el (art. 420 LECiv).

Con todo, la doctrina jurisprudencial se ha pronunciado, en el sentido de que las situaciones de litisconsorcio pueden ser apreciadas de oficio,<sup>415</sup> bien en el

---

*por no haber demandado a la madre. El tribunal Supremo en sentencias con cierta antigüedad núm. 326/1994 de 12 de abril y 901/1996 de 5 de noviembre, exige demandar a ambos progenitores, fundando que tal exigencia en que la obligación es mancomunada”.*

<sup>413</sup> SAP Pamplona, Secc.1ª, 30 de junio de 2011 ( Cendoj ROJ 2011,671) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Javier Zurubí Oteiza), “*por lo que se refiere a la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la parte recurrente con fundamento en el hecho de no haber llamado al procedimiento el padre del menor, al respecto, debemos señalar que, no habiéndose planteado por la acusación la procedencia de dirigir el procedimiento, en el aspecto civil, respecto del padre del menor, y siendo solidaria con el menor la responsabilidad de sus padres, según lo establecido en el artículo 61-3 de la Ley Orgánica de responsabilidad Penal del Menor, de ningún modo puede apreciarse ninguna situación de litisconsorcio pasivo necesario”.*

<sup>414</sup> Que el demandado pueda contestar a la demanda por escrito en el juicio verbal fue una de las novedades de la reforma de la LECiv/2015.

<sup>415</sup> STS Secc. 1ª, 18 de junio de 1994 (Cendoj ROJ 1994,4743) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Morales Morales), “*el órgano de Primera Instancia apreciado “ex oficio” la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y, sin embargo, no haberles dado (a los actores, aquí*

trámite de admisión de la demanda o de la audiencia previa.<sup>416</sup> Y ello, por necesidad de preservar el derecho de audiencia y de defensa de las personas que debiendo haber sido llamadas al proceso por el demandante, puesto que formaban parte de la relación jurídica procesal del mismo, fueron omitidas por este en su demanda inicial.

### 3. TRATAMIENTO PROCESAL DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

Por lo que se refiere al tratamiento procesal, como se adelantaba con anterioridad, en los procesos de resoluciones administrativas de protección de menores, la demandada siempre será la Administración Pública. Solamente en los casos de filiación, relaciones paterno-filiales, y violencia de género o doméstica, el menor, a través de sus representantes legales (arts. 23 y 31 LECiv), podrá alegarse en el proceso la falta de litisconsorcio (art. 420 LECiv).

En los supuestos enunciados con anterioridad, bien en la demanda o en la audiencia previa, se presenta dudosa la posibilidad que el tribunal de oficio, al existir omisión de referencia legal, pueda apreciar la falta de litisconsorcio (art. 420.1 LECiv). Podrá dar a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario, aplicándose por extensión, lo preceptuado en los arts. 420.3 y 404 LECiv.<sup>417</sup> En caso de no hacerlo así el actor, a tenor de lo dispuesto en el (art. 420.2 LECiv), se pondrá fin al proceso mediante auto y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones.

En definitiva, la necesidad de esta actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario<sup>418</sup> o, en otros términos, la

---

*recurrentes) la posibilidad de subsanar dicho defecto en la preceptiva comparecencia del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". En la misma línea, STS, Secc. 1ª, de 16 de julio de 2004 (Cendoj ROJ 2004,5284) (Ponente: Exmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan), "el litisconsorcio pasivo necesario, obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida. Ello exige que el juzgador la aprecie de oficio antes de admitir la demanda a trámite".*

<sup>416</sup> STS Secc. 1ª, 3 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3155) (Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller), "*declaración de nulidad de todo lo actuado con retroacción de las actuaciones al momento de audiencia previa, dando a la parte afectada el plazo legal para subsanar el vicio procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario*". En la misma línea, SAP Oviedo Secc. 4ª, 27 de enero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,221) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Paloma Martínez Cimadevilla), "*la excepción de litisconsorcio pasivo necesario debió haberse tratado en la audiencia previa y resuelto en la misma, dando oportunidad al apelante a rebatirla o no, pero, en todo caso, evitando una sentencia que no entra en el fondo*".

<sup>417</sup> SAP Madrid, Secc. 1ª, 3 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3155) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).

<sup>418</sup> SAP Madrid, Secc. 25ª, 31 de mayo de 2016 (Cendoj ROJ 2016,7342) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco), "*la situación de litisconsorcio pasivo necesario, cuando exista*

correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que, por afectar al orden público, queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte.<sup>419</sup>

## V. LOS CONFLICTOS DE LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

### 1. LA JURISDICCIÓN

Devis Echandía en este sentido, define jurisdicción como *“la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la Ley a casos concretos. De modo que la potestad de administrar justicia es función de uno de los órganos del Estado y ella emerge de su soberanía. La jurisdicción es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es exclusiva, tanto en el sentido de que los particulares no pueden ejercerla, y debe de ser independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares”*.<sup>420</sup>

Del referido concepto se infiere la atribución exclusiva a los órganos jurisdiccionales del Estado en las oposiciones de las resoluciones administrativas de protección de los menores la STEHD (Secc. 3ª), 24 de mayo de 2011 (Saleck Bardi contra el Reino de España).

Del mismo modo, el art. 21.1 LOPJ establece que *“en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles”* serán competentes en materia de protección de menores *“cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de interposición de la demanda o el demandante sea español o residente habitual en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”*, (art. 22 quáter, d LOPJ).

En relación con la expresión prevista en el art. 21.1 LOPJ, se está atribuyendo competencia exclusiva solamente a los tribunales del Estado donde se resolvió la situación de desamparo (art. 779.1 LECiv) y, en su defecto, en los supuestos de los arts. 179 y 180 LECiv, el tribunal del domicilio del adoptante.

De otro lado, el concepto jurisdicción nos indicia el ámbito territorial dentro del cual cumple sus funciones un juez. También se refiere a la aptitud que tiene el

---

*en el caso concreto sometido a resolución, tiene imperativamente que ser apreciada de oficio por el órgano jurisdiccional, tal como lo reitera la jurisprudencia STS, 25 de enero de 1990”.*

<sup>419</sup> STC Sala 2ª, 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999,165) (Ponente: Exmo. Sr. D. Julio Diego González Campos).

<sup>420</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., *Nociones general...* cit., pg.86.

órgano judicial para entender en una determinada categoría de pretensiones y por fin tipifica la función de juzgar. Esta definición debe de entenderse como una atribución a los órganos jurisdiccionales españoles en los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de los menores según lo dispuesto en el art. 22 quáter, d LOPJ, donde deja claro que los tribunales españoles serán competentes: “*En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores, responsabilidad parental, etc.*”.

Por último, diremos que la competencia de la Administración Pública en materia de protección de menores, al final, si se produce originando un conflicto, serán los órganos jurisdiccionales quienes tendrán atribuida la potestad para conocer la situación de desamparo y dentro de los órganos jurisdiccionales, serán competentes los órganos civiles del domicilio de la Entidad Pública.

## 2. LA COMPETENCIA

La competencia nos dice Mattiolo “*es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las diferentes autoridades judiciales*”.<sup>421</sup> Carnelutti afirma que “*la jurisdicción es el género de la competencia es la especie, ya que esta se otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de litigios*”.<sup>422</sup> Y Ugo Rocco expresa que “*la competencia no es otra cosa que la parte del poder jurisdiccional que corresponde a cada órgano*”.<sup>423</sup>

### A) Genérica

La competencia genérica se establece como el conjunto de asuntos que están atribuidos a los tribunales de cada orden jurisdiccional, suele comprenderse legalmente dentro del término lingüístico “*jurisdicción*”, esto supone que los tribunales del orden civil conocerán además de las materias que le son propias, que son las civiles, de todas aquellas que no hayan sido atribuidas a otro orden jurisdiccional. Con esta competencia genérica del orden civil se garantiza que ninguna materia sea ajena al conocimiento de un orden jurisdiccional.<sup>424</sup>

En principio, la materia a la que se refiere la relación jurídica que se encuentra en las situaciones de desamparo de los menores se establece en el art. 9.2 LOPJ, correspondiendo ser conocida a los órganos del orden civil. Por ello la LECiv

---

<sup>421</sup> MATTIROLLO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t I., ed. Reus S.A., Madrid, 1930, pg. 3.

<sup>422</sup> CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t II, ed. Uteha Argentina, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, pgs. 286-290.

<sup>423</sup> ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal civil*, t. II, cit., pgs.274-275.

<sup>424</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil 8 ed.*, ed. Thomson Aranzadi 2008, (con MASCARELL, CAMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), pg. 210.

concreta esta regla cuando dispone que “*los procedimientos en los que se sustancie la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores será competente el Juzgado de Primera Instancia*”, (art. 779 LECiv). En relación a la oposición a las resoluciones administrativas de protección de los menores serán igualmente competentes los Juzgados mixtos de Violencia sobre la Mujer, “*los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*” (art. 87, ter LOPJ). No se está atribuyendo una competencia exclusiva solamente a los juzgados del orden civil. En este caso, aunque no se exprese el demandante, tendrá la opción de formular la demanda ante los Tribunales de Violencia sobre la Mujer que tengan competencia en el ámbito territorial de su respectivo partido.<sup>425</sup> No obstante lo anterior, y atendidas las circunstancias geográficas, de ubicación y población, podrán formular denuncia en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que atiendan a más de un partido judicial, (art. 48.1 LO/2004).

De otro lado, resulta dudoso que el Juzgado de lo Contencioso Administrativo sea competente para conocer de los juicios de oposiciones a las resoluciones administrativas de protección de menores. Los términos de los arts. 779 y 780 LECiv, además de estar referidos a las acciones de oposición y revocación que se instaran contra la Administración Pública, establece el órgano judicial competente. En el supuesto de que la parte demandante instara su demanda en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores ante un órgano jurisdiccional contencioso administrativo, el demandado, el juez de oficio o el Ministerio fiscal podrán promover los conflictos de competencia a tenor del art. 43 LECiv. El juez deberá de declarar su incompetencia para conocer las pretensiones, por venir deducidas de la jurisdicción civil a la que deberán ir las partes en defensa de sus derechos e intereses.<sup>426</sup>

---

<sup>425</sup> STS Secc. 1ª, de 25 de noviembre de 2016 (Cendoj ROJ 2016,5164) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas), “*el Ministerio Fiscal, dice que el reconocimiento por parte del demandado de actos de extrema violencia contra su esposa podría fundar sobradamente la privación de la patria potestad y, en el presente caso, la pendencia del proceso penal por un presunto delito de homicidio intentado de la esposa, unido a la situación preexistente de desinterés real por la menor, con el consiguiente desapego y falta de apoyo en su desarrollo personal, son razones que deberían dar lugar a estimar el recurso de la demandante*”.

<sup>426</sup> STS Secc.4ª, 14 de marzo de 2001 (Cendoj ROJ 2001,2034,) (Ponente: Exmo. Sr. D. José María Álvarez-Cienfuegos Suarez), “*fallo: ”Que estimando el Recurso de Casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, debemos declarar y declaramos su disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, dejándola sin efecto, y en consecuencia debemos declarar y declaramos la incompetencia de la Jurisdicción*”.

Por último, el orden jurisdiccional penal no será competente para resolver las oposiciones a las resoluciones administrativas de protección de menores, (excepto los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que son mixtos, tanto civiles como penales). Asimismo, los Juzgados de Menores procuraran la reeducación y reinserción social de los menores en situación de desamparo que hayan cometido delitos graves, menos graves y leves, (arts. 96 y 97 LOPJ).

### *B) Objetiva*

La competencia objetiva se deriva de la naturaleza del pleito o de la relación jurídica objeto de la demanda (se llama competencia por materia), o de su valor (competencia por cuantía), o sea el valor económico de tal relación jurídica.

La competencia objetiva para conocer de la oposición en materia de protección de menores en situación de desamparo corresponderá por (competencia de la materia) a los Juzgados de Primera Instancia. Órganos que instruirán y resolverán los procedimientos de menores en circunstancias de desamparo, clasificados como “*procesos civiles declarativos especiales*”<sup>427</sup> en el Capítulo V, Título I, Libro IV de la LECiv/2000.<sup>428</sup> Posteriormente, la reforma de 5 de octubre de 2015 y la derogación de la Ley Orgánica del menor de 1996,<sup>429</sup> ha mejorado la situación al establecer como órganos competentes, conforme a los arts. 779 y 780 LECiv, a los Juzgados de Primera Instancia. La remisión a la jurisdicción voluntaria conforme establecía el art. 158.4 CC,<sup>430</sup> no establecía qué órgano judicial debía ser exactamente el competente. En cambio, actualmente la Ley de Jurisdicción voluntaria de 2015, en su (art. 2 LJV), en relación con los citados preceptos de la LECiv, dejan claro que esta competencia se atribuye al Juzgado de Primera Instancia.

---

*Contenciosa-Administrativa para conocer de las pretensiones deducidas en el citado recurso, por venir atribuidas a la jurisdicción civil”.*

<sup>427</sup> Las oposiciones a las resoluciones administrativas de protección de menores, se dilucidan en los procesos civiles declarativos especiales, por razón de la materia, en los juicios verbales con especialidades. <http://www.leyprocesal.com/leyprocesal/dm/procesos-civiles-especiales-libro-iv-lec-3525.asp?nombre=3525>.

<sup>428</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, estará vigente hasta el 30 de junio de 2017. La Ley “de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia” de 2015 reformó, los artículos 779 en los apartados 1 y 2 añadiendo un apdo. 5 al artículo 780.

<sup>429</sup> En este caso, según la D.A. Prim. LOPJM. 1996 establecía “que se aplicaran las normas de la jurisdicción voluntaria a las situaciones que se sigan: 2º. Contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y la idoneidad de los solicitantes en adopción”.

<sup>430</sup> Conforme el artículo 158.4 CC, “La medida de protección a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respecto al principio de proporcionalidad”.

#### *D) Territorial*

La competencia territorial hace relación a la circunscripción territorial dentro de la cual el juez puede ejercer su jurisdicción. Los diversos pleitos de igual naturaleza pueden ser conocidos por todos los jueces de igual clase y categoría que existan en España. Para ser distribuidos, se tiene presente el lugar del domicilio de las partes o el de la ubicación del objeto de la materia del juicio.

En principio, la competencia territorial de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se establece en el párrafo segundo del art. 779 LECiv. Según este precepto será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública y, en su defecto o en los supuestos de los arts. 179 y 180 CC, el tribunal del domicilio del adoptante.

Así, pues, se establece el fuero del domicilio del demandado, por cuanto todos los procedimientos se sustanciarán en los Juzgados Civiles donde tenga su sede la entidad administrativa que decretó la medida de protección. Esto es, se da preferencia al fuero del lugar donde tenga su sede la entidad de protección que dictó la medida frente al fuero general que sería el del domicilio del menor. Excepto en los supuestos del art. 179 CC de privación de la patria potestad del adoptante y conforme se establece en el art. 180 CC, correspondiendo la competencia para conocer el incumplimiento de las obligaciones con los menores al tribunal del domicilio del adoptante.<sup>431</sup>

Las dificultades a la hora de determinar la competencia territorial pueden surgir en aquellos supuestos en que exista en la provincia más de una Delegación provincial de la Consejería del gobierno autonómico que tenga atribuidas las competencias en materia de asuntos sociales. Una en la capital y otra en alguna otra ciudad cuyo número de habitantes y volumen de trabajo así lo exijan en razón de un mejor servicio a los ciudadanos. En estos casos, de acuerdo con el art. 779 LECiv, la competencia territorial sería asumida por indistintamente por cualquier de los Juzgados de Primera Instancia del lugar en que tiene su sede la Entidad

---

<sup>431</sup> STS Secc. 1ª, 14 de julio de 2009 (RJ 2009,4470) (Ponente: Exmo. Sr. Xavier O' Callaghan Muñoz), *“debe declararse la competencia de conformidad con el informe emitido por el Ministerio Fiscal, a favor del juzgado de Primera instancia nº 8 de Valencia toda vez que de acuerdo con el artículo 779.2º de la LEC la competencia para conocer de los procesos de este tipo corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora. y en la actualidad, la entidad protectora de los menores radica en Valencia la oposición inicial del proceso se instó frente a la dictada por la Entidad malagueña, por lo que de declararse la competencia del Juzgado de Málaga, aun cuando se resolviese que no se encuentran en desamparo los menores, dicha Sentencia no tendría efectos prácticos sobre la situación de aquellos toda vez que existe una nueva resolución de desamparo en Valencia. Y todo ello teniendo en cuenta el interés de los menores constitucionalmente protegido”*.

Pública, con independencia de que sea la capital de provincia, en concreción de otra regla general, la del art. 53 LECiv.

Asimismo, esta competencia prevista en el art. 779 LECiv, no obstaculizaría en principio que pudieran conocer los Juzgados de Violencia sobre la Mujer determinadas competencias en materia civil (art. 44.2 LO/2004), de acuerdo con lo establecido en el art. 87.ter.2, g LOPJ, entre las que se incluye los procesos de oposición que tengan por objeto las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 44.2, g LO/2004).

En el art. 87.ter.3 LOPJ se establecen los requisitos para la atribución competencial al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en lugar de Juez de, Primera Instancia. Conocerá en el orden civil de los recursos previstos en la LECiv de los asuntos comprendidos en el art. 87.ter.3 LOPJ<sup>432</sup> y, se aplicará la norma de competencia cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica. Las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación (art. 12.3 L/2015).<sup>433</sup>

De otro lado, los Juzgados Contenciosos-Administrativos del lugar de residencia de los menores serán los competentes para conocer de los procedimientos de repatriación de los menores extranjeros no acompañados, (art.

---

<sup>432</sup> Conforme el artículo 87 ter 3 LOPJ, “*los juzgados de Violencia de la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: A) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto el número 2 del presente artículo. B) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. C) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. D) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delitos o falta a consecuencia de un acto de violencia de sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género*”.

<sup>433</sup> STS Secc. 1ª, de 24 de abril de 2010 (Cendoj ROJ 2010,2906,) (Ponente: Excmo Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar), “*la prueba con lo que contó la Sala sentenciadora de instancia para formar su convicción judicial fue el relato que ofrecieron las hijas del acusado, que manifestaron que su padre pegaba a su madre con un zapato o con un palo de madera, y narraron también que vio a su madre regresar ensangrentada. Esas declaraciones inculpatorias fueron corroboradas por las hijas del matrimonio. Los malos tratos fueron infringidos a todos ellos, madre e hijos, según relataron. Estas declaraciones fueron refrendadas por las educadoras del centro de acogida, las cuales dieron cuenta de lo referido por aquellas, una vez se hicieron cargo de tales menores, a las que se declaró una situación de desamparo*”.

18 LPJA).<sup>434</sup> Cuando la Entidad Pública correspondiente no pueda acreditar la documentación de su situación y conceder la autorización de su residencia, se procederá al retorno con su familia o al país de origen, según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración (art. 10.4 L/2015).

### C) Funcional

El profesor Carnelutti, en su obra *“Sistema de Derecho procesal”* expone que la competencia funcional *“se deriva de la clase especial de funciones que desempeña el juez en el proceso y de las exigencias propias de estas, y en razón de que su conocimiento se halla distribuido entre varios jueces de distintas categorías”*.<sup>435</sup>

Del mismo modo, los juzgados de Primera Instancia, partiendo de la competencia objetiva, conocerán de las oposiciones a las resoluciones administrativas de protección a los menores y contra sus resoluciones. Frente a sus resoluciones cabrá recurso de apelación, siendo competente conforme a las reglas generales en el art. 458.1 LECiv, para la preparación e interposición, el mismo Tribunal de Primera Instancia que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella. Siendo competente para la señalización de la vista, tramitación de pruebas, (art. 464 LECiv) la correspondiente sección de la Audiencia Provincial, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de su circunscripción (art. 455.2.2 LECiv). Por último, interpuesto el recurso de apelación, y presentados los escritos de oposición o impugnación, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la remisión de autos a la Audiencia Provincial competente para que resuelva la apelación, con emplazamiento de las partes por termino de diez días (art. 463.1 LECiv). Se resolverá el recurso mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra auto y mediante sentencia en caso contrario, (art.465 LECiv).<sup>436</sup>

---

<sup>434</sup> Según el artículo 18 LPJA, *“tiene capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les este permitida por el ordenamiento sin necesidad de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”*.

<sup>435</sup> CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, cit., pg.231.

<sup>436</sup> SAP Santiago de Compostela, Secc. 6ª, 29 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2913) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Martelo Pérez), *“asimismo, la representación plantea recurso de apelación frente a la sentencia de instancia, interesado su revocación con desestimación de la demanda interpuesta. Fundamenta su recurso en las siguientes alegaciones: Error en la valoración de la prueba, toda vez que en el acto de la vista habría quedado acreditado que el recurrente por causas ajenas a su voluntad no atendió los deberes inherentes a la patria potestad y que en la actualidad se encuentra plenamente capacitado para mantener contacto con su hija. Que en ningún momento se probó que la actitud del padre*

Para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal,<sup>437</sup> y el de casación,<sup>438</sup> en el régimen provisional que se presenta como permanente, la Audiencia Provincial como órgano jurisdiccional que dicta la resolución impugnada para la preparación e interposición dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquella, (art. 470.1 y 479.1 LECiv).

Presentado el escrito de interposición del recurso, el Letrado de la Administración de Justicia, en el plazo de tres días, lo tendrá por interpuesto siempre que la resolución sea recurrible. En caso contrario, lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional para que se pronuncie sobre su admisión (art. 470.2 y 479.2 LECiv). En el escrito de interposición se expondrá de forma razonada la infracción, o vulneración cometida, También podrá solicitar la práctica de alguna prueba como por ejemplo la existencia de error en la prueba, que el menor sea escuchado, o un cambio sustantivo en las situaciones personales de los progenitores, así como la celebración de la vista, (art. 471.1 LECiv). Al escrito de interposición además de expresar el supuesto, se expondrá los fundamentos, acompañando certificado de la sentencia impugnada, y texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento casacional, así mismo cuando se refiera a una norma que se estime infringida el tiempo de vigencia de la norma y a la existencia de la doctrina jurisprudencia y se podrá pedir la celebración de la vista, (art. 481 LECiv). La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo será el competente para la decisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, y el de casación conforme se establece en la (disp. final decimosexta LECiv).<sup>439</sup>

---

*fuera negativa para la menor. Que en ningún momento se aportó un dictamen realizado por un técnico que concluyese la influencia negativa del apelante. Que si bien es cierto que estuvo durante años en prisión, en la actualidad ha cumplido íntegramente la pena y está plenamente rehabilitado, habiendo dejado el mundo de la drogas, y que el hecho de no haber acudido a la vista obedeció a su situación económica al no conseguir el dinero necesario para desplazarse al juicio y que la pérdida de contacto con la menor obedeció a que la madre dejó de llevar a la menor a las visitas programadas en prisión cuando terminó la relación entre ellos”.*

<sup>437</sup> BELLIDO PENADES, R., *el recurso extraordinario por infracción procesal*, ed. La Ley, Madrid, 2013, (con ARMENGOT, BONET, CUCARELLA, JUAN, MARTÍN Y MASCARELL).

<sup>438</sup> BELLIDO PENADES, R., *el recurso de casación civil*, ed. La Ley, Madrid, 2014, (con MASCARELL, JUAN, CUCARELLA, MARTÍN Y ARMENGOT), pgs. 427-430.

<sup>439</sup> En relación a estos recursos extraordinarios, debemos hacer referencia que al no ser aprobada en el Congreso de los Diputados, una reforma que hiciera referencia a una nueva norma que modificase los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 que atribuyesen la competencia de este recurso para conocer a los Tribunales Superiores de Justicia. Hasta ese momento, eran los órganos jurisdiccionales los que aplicaban las normas reguladoras de este recurso en la medida que facultaba la Disposición Final Decimosexta Primera, que fue introducida tras la reforma procesal de 2011. Y que modificaba la Ley procesal Civil de 2000.

Del mismo modo se aplicaran las reglas generales para el recurso de casación que serán de competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial radique la Audiencia Provincial que haya dictado la sentencia recurrida, cuando el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad. Como es el caso del Derecho civil catalán, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. Conforme al (art. 478 LECiv).<sup>440</sup>

Por último, el régimen para el recurso de queja, cuya competencia funcional corresponderá al órgano que le corresponda conocer del recurso devolutivo no tramitado. Los recursos de queja se tramitaran y resolverán con carácter preferente (art. 494 LECiv). Y el recurso de interés de Ley se interpondrá, en el plazo de un año desde que se dictó la sentencia más moderna directamente ante la Sala de lo civil del Tribunal Supremo (492.1 LECiv).

## **2. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA**

### *A) Apreciación de oficio*

Los presupuestos procesales han de ser observados por las partes, en este caso, por los padres biológicos, tutores, familiares, acogedores de hecho y adoptantes en el momento de interponer la demanda, sin errores de capacidad, postulación o de competencia del juez.<sup>441</sup> Pero en el caso de infringir los

---

Con posterioridad, tras la Ley de Enjuiciamiento civil de 2011, transcurridos once años de aquella reforma que salvaba, de forma temporal, el sistema concedido por el legislador, parecía ya claro que la provisionalidad de la solución dada a la Disposición Final Decimosexta consistía, esencialmente, en conferir la competencia al Tribunal Superior de Justicia para conocer los recursos extraordinarios por infracción procesal y permitir su tramitación conjunta con el recurso de casación, debiendo considerarse a todos los efectos definitiva. El motivo era que los órganos jurisdiccionales del Tribunal Superior de Justicia, al no existir una reforma judicial, procedían en sus resoluciones de esta manera e incluso en la última reforma procesal civil del 2015 asienta esta medida de tramitación conjunta. Por consiguiente, esto nos posibilita observar el complicado sistema del recurso extraordinario insistiendo en que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 21 de julio de 2015, que reformó la de 1985, no ha solucionado el problema del recurso extraordinario de infracción procesal, siendo el sistema de la Disposición final decimosexta, de momento, la única vía para poder llevar a cabo el recurso extraordinario de infracción procesal.

<sup>440</sup> SAP Barcelona, Secc. 18, 10 de marzo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2834) (Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez), “*declara competente al TSJ de Cataluña para conocer del recurso de casación interpuesto frente a sentencia en juicio de oposición a medidas de protección de menor en relación con el Derecho civil catalán, sustantivo y procesal*”.

<sup>441</sup> Según los artículos 48, 62 y 58 LECiv, por el que se regulan la tramitación procesal de oficio la competencia objetiva, funcional y territorial.

presupuestos, y puesto que el órgano judicial está expresamente autorizado a inadmitir la demanda en caso de que entienda que no se ha cumplido con los presupuestos procesales, lo pondrá en conocimiento de las partes en la comparecencia previa, fase procesal posterior a la demanda y en momento anterior al juicio oral, a los efectos de poder subsanar los errores. En caso de que la naturaleza del presupuesto fuera insubsanable, o la parte no subsanara, por ejemplo, en caso de falta el poder del procurador y no lo adjunta, o siendo la parte menor de edad y no sule su falta de capacidad mediante representación legal oportuna, entre otros supuestos semejantes, el juez archivará las actuaciones, terminando el proceso.

### *B) Apreciación a instancias de parte*

El mecanismo procesal que pueden utilizar las partes para denunciar la falta de jurisdicción y la incompetencia de los tribunales (genérica, objetiva, territorial y funcional) es a través de la figura de la declinatoria que regulan los arts. 63 a 65 LECiv., los padres biológicos, tutores, acogedores, adoptivos y los acogedores de hecho tienen la posibilidad de poder interponer un recurso ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, aunque no sea el órgano competente para conocer y resolver una situación de desamparo de menores. Primero, la declinatoria no es un recurso, es un medio de defensa específico y previo. Se planteará ante el Juzgado de lo Contencioso si conociera este órgano, pero las posibilidades de infracción de normas de jurisdicción o competencia pueden ser muchas otras. Por ejemplo, ¿si hubiera un convenio arbitral o convenio de mediación permitiría la declinatoria?, también podría conocer el Juzgado de Violencia sobre la Mujer no siendo competente, o el Juzgado de Primera Instancia siendo competente el de Violencia sobre la Mujer, etc.

Debe plantearse como una defensa previa dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda ya que el procedimiento adecuado es el ordinario, si fuera el verbal, entonces no serían los diez primeros días, sino los diez días y surtirá el efecto de suspender, hasta que se resuelva, el plazo para contestar y el curso del procedimiento principal, suspensión que declarará el Letrado de la Administración de Justicia (art. 64.1 LECiv). Es decir, el legislador ha establecido, en la figura procesal de la declinatoria, el medio específico de defensa procesal, permitiendo a las partes demandar ante el contencioso la falta de jurisdicción y de competencia del tribunal.

La suspensión del procedimiento principal, producida por la alegación previa de la declinatoria, no impedirá que el tribunal lleve a efecto actuaciones urgentes, como por ejemplo el aseguramiento de pruebas periciales (art. 64.2 LECiv).

La declinatoria se formulará por escrito, al que deberán adjuntarse los documentos de prueba en que se funde para afirmar que el órgano jurisdiccional carece de jurisdicción o competencia. De esta declinatoria se presentarán tantas copias como litigantes (art. 65.1 LECiv). En caso de que se trate de falta de competencia territorial, habrá que manifestar en el escrito que el tribunal competente para resolver las oposiciones a las resoluciones administrativas de protección de menores es el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Entidad Pública según el art. 779 LECiv.

Asimismo se podrá interponer escrito de oposición a la declinatoria planteada por la otra parte sobre la competencia y jurisdicción ante el tribunal el que se ha interpuesto el procedimiento principal. Dicha oposición ha de ser planteada dentro de los diez días posteriores a la notificación de admisión de la declinatoria, procedimiento ordinario, y cinco días en el procedimiento verbal, (art. 64.1 LECiv).

Contra las resoluciones que resuelven la declinatoria, cabrá el recurso de apelación contra el auto que declare la incompetencia objetiva (art. 66.1 LECiv), falta de jurisdicción (art. 37 LECiv) o falta de competencia objetiva (art. 48.3 LECiv).

En los supuestos de estimación de la declinatoria de orden jurisdiccional, o declinatoria de competencia objetiva, el juez dictará auto absteniéndose de conocer y señalará a las partes ante qué órganos han de usar su derecho (art. 62.3 LECiv). En la declinatoria de competencia territorial, el juez dictará auto inhibiéndose a favor del órgano al que corresponde la competencia y acordará remitirle los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan en él ante el plazo de diez días (art. 65.5 LECiv).

Por el contrario, en el caso de que se desestime, en estos supuestos sólo cabrá interponer recurso de reposición. Contra la desestimación de este recurso, solo podrá reservarse el derecho para recurrir la resolución definitiva que recayera, en su momento, al resolver de modo definitivo el proceso.

Asimismo, contra el auto que resuelva la declinatoria por incompetencia territorial, no cabrá sustanciar recurso de ningún tipo, ni siquiera el de reposición, (art. 67.1 LECiv); pero la infracción de un fuero imperativo podrá fundar el recurso de apelación y el extraordinario por infracción procesal que se interponga frente a la sentencia definitiva (art. 67.2 LECiv).



# CAPÍTULO VII. EL PROCESO ESPECIAL DE MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

## I. LAS IMPUGNACIONES ANTE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

### 1. BREVES RESEÑAS AL CONCEPTO DEL PROCESO

Tanto las normas generales como las especiales no han ofrecido una definición de los “*procesos especiales*”. Aunque sí que es verdad que la función de las normas no es precisamente dar definiciones, aunque a veces derivan de las mismas.

Denominamos “*procesos especiales*” a los destinados exclusivamente al enjuiciamiento de determinadas relaciones jurídicas materiales, con respecto a las cuales el legislador ha decidido que se tramiten con arreglo a determinadas normas procesales específicas, con exclusión de los juicios ordinarios, de tal suerte que, si el actor decidiera acudir a un juicio ordinario para plantear alguno de los referidos objetos litigiosos, habrá de prosperar la excepción de “procedimiento inadecuado” (art. 423 LECiv) y el Juez remitirá a las partes al procedimiento adecuado.<sup>442</sup>

Pero en la LECiv vigente la regulación de los procesos especiales, se realiza en dos ubicaciones sistemáticas: de un lado, en el Libro IV (arts. 748-827 LECiv) y en los arts. 249.1 y 250.1, de otro, si bien “legalmente” tan sólo merecen dicha calificación de “*procesos especiales*” los contemplados en dicho Libro IV, lo que nos merece que califiquemos al primer grupo de procedimientos como especiales “típicos”, para diferenciarlos de los contemplados en los referidos arts. 249.1 y 250.2, con respecto a los cuales la doctrina es pacífica a la hora de conceptuarlos como “*procesos ordinarios con especialidades*” pues están destinados exclusivamente al conocimiento de los conflictos que puedan surgir en relación con determinadas relaciones jurídico materiales.<sup>443</sup>

Asimismo la LECiv tampoco dispuso una definición concreta de los procesos especiales de menores, simplemente los enumeró en la Exposición de Motivos, en su epígrafe XIX, informándonos de cuáles son, (los asuntos de capacidad, filiación, matrimonio, patrimonio, herencia y liquidación de régimen de gananciales). La Ley, aunque no fue precisa en cuanto al concepto, estableció un procedimiento que

---

<sup>442</sup> TORIBIOS FUENTES, F., Y VELLOSO MATA, M<sup>a</sup>. J., *Manual práctico del Proceso Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pg. 318.

<sup>443</sup> PÉREZ CRUZ-MARTÍN, A. J., los procesos civiles ordinarios con especialidades procesales <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2103/AD-5-24.pdf;sequence=1> pgs. 1-16.

posibilita a los interesados, interponer un escrito contra las resoluciones administrativas en materia de menores desamparados.<sup>444</sup>

Antes de analizar el proceso judicial de protección de menores,<sup>445</sup> conviene explicar algunas cuestiones generales, como son los elementos esenciales en las resoluciones administrativas que serán necesarias para iniciar el proceso. Además, al examinar el inicio de las situaciones de desamparo de los menores, ya observamos que las decisiones de los órganos competentes administrativos, o en su defecto de las Comisiones Tuteladas, los padres biológicos, tutores, acogedores, guardadores de hecho u otras personas que acrediten su relación con los menores, podían ser recurridas ante los Juzgados de Primera Instancia.

Los procedimientos de menores en situación de desamparo no se pueden iniciar de oficio, pues el legislador trata de garantizar, en todo caso, la imparcialidad judicial. Es necesario que alguien ajeno a la jurisdicción, como es el caso de los padres biológicos, inicie el proceso. No obstante, el proceso jurisdiccional se presenta como la única vía para la aplicación del Derecho al caso concreto, esto es, las consecuencias jurídicas en materias de menores en situación de desamparo solo se pueden alcanzar a través de las decisiones judiciales, siendo los únicos instrumentos admisibles para resolver el conflicto en este ámbito. Si existieran varios procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas relativas a un mismo menor, podrán acumularse ante el juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo (art. 780.5 LECiv).

A estos efectos, el juez deberá tener en cuenta los requisitos que serán necesarios para el inicio de la fase judicial, las circunstancias que concurren en los progenitores, en el grupo familiar y en los menores. Para ello valorará principalmente cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor; la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos como factor positivo en su desarrollo; la atención que pueden prestar los progenitores al menor tanto en el orden material como en el afectivo la existencia de circunstancias perjudiciales para la formación o desarrollo del menor por cualquiera de sus padres; la estabilidad de empleo y sobre todo, la emocional, el ambiente de los progenitores; así como valorar el rechazo que

---

<sup>444</sup> Conforme el artículo 748.6 LECiv/2000, “los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de menores”.

<sup>445</sup> COUTURE, E. J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, pg. 80, “el proceso es, el instrumento que tiene el Poder Judicial para resolver los conflictos que ante sus órganos los juzgados y tribunales se les plantea”.

puedan sentir hacía algún progenitor, sus causas y manifestaciones; la madurez intelectual.<sup>446</sup>

## 2. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO DE OPOSICIÓN A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

### A) La iniciación del proceso judicial

La LECiv estableció un nuevo cauce procesal para impugnar, ante los procesos civiles, las resoluciones dictadas por las Entidades Públicas en materia de menores en situación de desamparo. Previamente, la regulación de la Jurisdicción voluntaria no tramitaba la misma regulación de la protección de menores porque no contenía una regulación al respecto; sin embargo, la reforma de la Ley de adopción internacional de 2007, modificó el art. 780.1 LECiv, y estableció el plazo para la formulación del “*escrito inicial*” de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores.<sup>447</sup>

Partiendo de esa inicial resolución, los demandantes podrán manifestar su disconformidad ante el órgano judicial mediante el citado escrito inicial para el que no se exigirá abogado ni procurador, en contra de la previsión general contenida en el art. 750 LECiv. El texto deberá contener “*la pretensión y la resolución a la que se oponen*” (art. 780.2 LECiv). Es decir, los interesados no tienen que presentar una demanda, sino solamente un escrito sucinto en los términos de los requisitos exigidos por LECiv, concretamente, deberá consignar la concreta pretensión, esto es, la petición de impugnación de la resolución administrativa, e identificar cual es la resolución y la Administración Pública que la ha dictado. Estos son los únicos requisitos que exige el (art. 780.2 LECiv). Por último deberán

---

<sup>446</sup> ZAMORA SEGOVIA, M<sup>a</sup>. L., *Sistema de Protección de Menores Desamparo. Reinserción del Menor en su familia de origen*, <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394&tipo=documento>, pg. 6.

<sup>447</sup> MASCARELL NAVARRO, M<sup>a</sup>. J., “Procedimiento a la resolución administrativa de desamparo: Límites a la legitimación y duración del proceso”, ed., *Revista General de Derecho Procesal* núm. 41, Facultad de Derecho Universidad de Valencia, pg. 35, “*el art.780.1 LEC establece que no es necesario agotar la vía administrativa previa antes de formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Sin embargo una vez derogada la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, la declaración del art.780.1 LEC resulta innecesaria porque la Ley 39/2015 suprime la reclamación administrativa previa a la vía judicial*”.

registrarse los datos personales del actor y domicilio del interesado a efectos de notificación.<sup>448</sup>

Hasta ese momento, la LECiv no establecía ningún plazo para la presentación del escrito ante el órgano judicial, que podría presentarse en cualquier momento. El motivo por el cual el legislador no hubiera establecido hasta entonces un tiempo para oponerse a las resoluciones administrativas en situaciones de desamparo, no es otro, que la oposición por parte de los interesados está condicionada por las cambiantes circunstancias del infante y su entorno familiar y social que determinan, en cada momento, las medidas de seguridad más adecuadas. Esto justificaba que las impugnaciones a las situaciones de desamparo eran admisibles hasta la firmeza del auto de adopción, (art. 780.1 LECiv).<sup>449</sup>

Ahora bien, los plazos que se establecen en el art. 780.1 LECiv, tras la modificación de la Ley de adopción internacional de 2007, y por la Ley de 28 de julio de 2015 “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”. En lo que respecta a las situaciones de desamparo, permiten a los interesados oponerse a las resoluciones administrativas que declaran las circunstancias de desamparo únicamente dentro del tiempo de dos meses desde la notificación de las conclusiones por parte de la Entidad Pública.

---

<sup>448</sup> BONET NAVARRO, J., *ventajas y ventajistas en el proceso*, <http://www.bonetblog.com/2017/05/ventajas-y-ventajistas-en-el-proceso.html>, “*en el proceso civil, la posición pasiva se presenta más favorable. La falta de personación del actor impide en todo caso una sentencia de condena. Sin embargo, la declaración de rebeldía no excluye no excluye directa ni necesariamente la absolución. De entrada, si corresponde el actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la y de la reconvención, con independencia de la actitud del demandado (art. 217.2 LEC), el tribunal desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniendo cuando no se haya practicado prueba o fuera la misma insuficiente. A su vez, la rebeldía del demandado no implica como regla general el allanamiento tácito, ni la tácita admisión de hechos (art. 496.2 LEC)*”.

<sup>449</sup> BONET NAVARRO, J., *ventajas y ventajistas en el proceso*, <http://www.bonetblog.com/2017/05/ventajas-y-ventajistas-en-el-proceso.html>, “*en el proceso civil, la posición pasiva se presenta más favorable. La falta de personación del actor impide en todo caso una sentencia de condena. Sin embargo, la declaración de rebeldía no excluye no excluye directa ni necesariamente la absolución. De entrada, si corresponde el actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la y de la reconvención, con independencia de la actitud del demandado (art. 217.2 LEC), el tribunal desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniendo cuando no se haya practicado prueba o fuera la misma insuficiente. A su vez, la rebeldía del demandado no implica como regla general el allanamiento tácito, ni la tácita admisión de hechos (art. 496.2 LEC)*”.

En cambio, la LECiv prevé un periodo de dos años no para la oposición de la declaración de desamparo, como se indicó en su momento, sino para que los progenitores, tutores, acogedores o guardadores de hecho soliciten, ante la Administración Pública, que cese la suspensión de la patria potestad y para que quede revocada la situación de desamparo ante el cambio de circunstancias de los interesados (art. 172.2 LECiv).<sup>450</sup>

Así, la admisión del escrito ante el Juzgado de Primera Instancia competente, se dictará en forma de auto y procederá cuando se refiera a una resolución administrativa en materia de desamparo de menores y se haya presentado dentro del tiempo previsto en el art. 780 LECiv. De este modo, el órgano judicial incoará el procedimiento, trayendo consigo, además, la remisión de un oficio a la Entidad Pública para que aporte a los autos un testimonio del expediente administrativo (art. 780.3 LECiv).

*B) El incumplimiento de la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional por parte de la Entidad Pública*

La Administración Pública tiene la responsabilidad de aportar al órgano judicial toda la información necesaria sobre las actuaciones realizadas encaminadas a la resolución administrativa. Asimismo, esta obligación de colaborar con los Juzgados de Primera Instancia viene impuesta por los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ. Sin embargo, LECiv no previó expresamente ningún mecanismo coercitivo que asegurara la remisión por parte de la Administración Pública.<sup>451</sup> La pasividad de la Institución Pública para aportar la documentación podrá suponer una sanción por parte del Juez de Primera Instancia, establecido en el art. 247.3

---

<sup>450</sup> MASCARELL NAVARRO, M<sup>a</sup>. J., “Procedimiento a la resolución administrativa de desamparo: Límites a la legitimación y duración del proceso”, cit., pg. 13. “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en sus disposiciones finales apdo. tres, y segunda, apdo. cuatro, fijó plazos para el ejercicio de las pretensiones de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y estableció límites a la legitimación de los progenitores suspendidos en el ejercicio de la patria potestad para solicitar la revocación de la declaración de desamparo por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción. La disposición final segunda, apdo. cuatro, de la Ley 54/2007 fijó, por primera vez, unos plazos para el ejercicio de las pretensiones de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y para ello dio nueva redacción al art. 780.1”.

<sup>451</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., *Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007*, cit., pg. 29.

LECiv, pudiendo el responsable de la Entidad Pública administrativa incluso incurrir en un delito de desobediencia.<sup>452</sup>

No obstante, algunas normas autonómicas sobre protección de menores, y amparándose en la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999, “*de Protección de Datos de carácter personal*”, han pretendido reservar ciertas investigaciones y documentos, como pueden ser la identificación de los denunciantes, familias de acogedores, informes técnicos confidenciales por parte de los colaboradores de la Administración Pública, al objeto de salvaguardar el contenido y los autores de los mismos.<sup>453</sup> Ante tales hechos, el órgano judicial los valorará y decidirá lo que estime oportuno, a la vista de los intereses del proceso.<sup>454</sup>

### C) La demanda

Una vez entregado el expediente administrativo ante el órgano jurisdiccional competente, que constará de original o copia, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice y de tantas copias como demandantes y demandados intervengan en el procedimiento, el juez requerirá a los interesados para que, en el plazo de veinte días, presenten la correspondiente demanda. La pretensión se dirigirá contra el órgano administrativo con competencias en materia de protección de menores que haya dictado la resolución administrativa de desamparo: por no ser ciertos los hechos o no haberse valorado correctamente la situación de desamparo. Los actores también pueden oponerse a la modalidad en que se haya decretado el acogimiento familiar o residencial subsiguiente a la asunción de la tutela.

---

<sup>452</sup> Según el artículo 556.2 Cp/2015, “*los que falten al respeto y consideración debida a la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de multa de uno a tres meses*”.

<sup>453</sup> Artículo 106.5 LCAT/2010, “*una vez elaborado el informe propuesto por parte de los equipos técnicos y se hayan practicado el resto de actuaciones acordadas, en su caso de oficio o a instancias de parte debe darse audiencia y vista del expediente a los progenitores, o a los titulares de la tutela o de la guarda, teniendo mucho cuidado de no acceder a documentos o a datos que afecten a la intimidad de las personas o sean reservados o confidenciales*”.

<sup>454</sup> Artículo 371.2 LECiv/2000, “*si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le preguntan pertenece a materia legalmente declarada o clasificada de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter. El tribunal comprobará el fundamento de la alegación del carácter reservado o secreto, mandará unir el documento a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial*”.

Esta pretensión deberá ir acompañado de los documentos que, con carácter general, aparecen previstos en los arts. 264 y 265 LECiv. Asimismo, se comunicará a los actores que el expediente administrativo se encuentra a su disposición en la Secretaría del Juzgado a los efectos de que puedan formular la oposición.<sup>455</sup>

En la demanda, figurarán los datos de los demandantes y demandados y la petición por la que se tenga por opuesta y se revoque la resolución y los motivos por los que ello debe ser. Del mismo modo, el juez de oficio dictará las medidas convenientes para asegurarse el bienestar social y proveerá las futuras necesidades del menor en caso de incumplimiento de estos deberes por parte de sus progenitores, conforme se establece en el art. 158.2 CC.

Los padres biológicos podrán oponerse a las resoluciones administrativas, no siendo necesario, a tenor del art. 780.1 LECiv que los dos progenitores la interpongan, pues es suficiente si lo hace uno de ellos. Parte demandada será normalmente el órgano competente de la Entidad Pública o la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad Autónoma que resolvió el expediente administrativo (art. 780.4 LECiv). El procedimiento se adecuara al juicio verbal conforme al art. 437.1 LECiv.<sup>456</sup>

Ahora bien, en el supuesto de que los interesados no presenten la demanda en los veinte días previstos por la LECiv, el órgano judicial dictará auto de sobreseimiento, con el consiguiente archivo de las actuaciones. Así y todo, podrán obtenerse nuevas resoluciones administrativas que, a su vez, permitirán que puedan abrirse nuevos procesos judiciales. Consideramos que pueden ser varios los motivos por los que los actores pueden retomar la conversación con la Administración Pública, destacando, entre otros, el que se volviesen a valorar las circunstancias del menor. También puede ocurrir que los litigantes colaboren con los organismos públicos en aras de buscar una aproximación del menor al seno familiar, en lugar de buscar un enfrentamiento directo ante el órgano judicial. De esto se desprende que, si nuevamente los interesados deciden oponerse a las resoluciones administrativas, el órgano judicial podría tener en cuenta a los actores como un antecedente al nuevo proceso de oposición, siempre y cuando cumplan

---

<sup>455</sup> FERNÁNDEZ VADILLO, R. M., “Procedimiento de oposición a resoluciones administrativas en protección de menores,” en Revista la Toga, núm. 159, Colegio de abogados de Sevilla, 2006, pgs. 12-13.

<sup>456</sup> CABAÑAS POVEDA, C., “Proceso especial sobre impugnaciones de resoluciones administrativas en materia de protección de menores”, “*revista jurídica de la Comunidad de Madrid*”.[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168496175&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491112&language=es&pagenome=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496175&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491112&language=es&pagenome=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica), pg. 1.

los requisitos establecidos en la LECiv.<sup>457</sup> Por otra parte, el vigente sistema procesal español permite la ampliación de la demanda en la parte de alegaciones siempre y cuando el demandado no haya contestado en el tiempo estipulado (art. 401.2 LECiv).<sup>458</sup> Y no solo eso, también podrán ampliarse hechos cuando se trate de hechos nuevos o de nueva noticia.<sup>459</sup>

#### *D) Inadmisión de la demanda*

La demanda por oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores ante el juez de primera instancia será admitida si reúne todos los requisitos establecidos en la LECiv. Si se omiten cualquiera de los presupuestos señalados para la admisión, el órgano judicial de oficio deberá inadmitirla para que se subsane la deficiencia y se suspenda la admisión; si no se subsana, será inadmitida. Para ello, se concede un plazo de cinco días, según lo establecido en el (art. 275 LECiv). El juez inadmitirá la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adolezca de defectos formales y no estuvieran subsanado por el actor vencido el plazo concedido (art. 404.2 LECiv). La inadmisión se adoptará mediante auto susceptible de ser recurrido, el juez declarará inadmisibles la demanda solo en los casos previstos en el art. 66 LECiv. Del mismo modo, cuando los padres biológicos no interpongan demanda de oposición a las resoluciones administrativas, nadie más podrá formular oposición porque se supone que la asistencia, en sentido amplio, de los menores la ofrecerá la Administración Pública competente. En estos supuestos, el Juez dictará auto de finalización del procedimiento y archivará cualquier oposición por parte de los mismos sujetos (art. 206.2 LECiv).

---

<sup>457</sup> GÓNZALEZ PILLADO, E., *Procedimiento de oposición...*, cit., pg. 31.

<sup>458</sup> ESTEBAN MONASTERIO, I., *Tratamiento de la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia en el juicio ordinario del Proceso Civil; comentario al Auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011.* <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA31101.pdf> pág.6, “al formalizar y presentar una demanda judicial, la parte es libre de configurar la pretensión que insta y determina los hechos y fundamentos de derecho sobre los que la sustente. Sin embargo, una vez cumplimentado este trámite no puede modificar la Demanda por la prohibición de la *mutatio libellis* que, expresamente recogida en el art. 412. LEC, íntimamente relacionada con esta prohibición, se encuentra otro efecto derivado de la presentación de la Demanda en su caso ampliación; esta una de las novedades de la LEC de 2000”.

<sup>459</sup> BONET NAVARRO, J., “La introducción del material fáctico en el proceso civil. Delimitación y forma de las alegaciones”, en *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, (coor.: TAVOLARI), ed. Thomson Reuters Puntotext, Santiago de Chile, 2010, pgs. 198-235.

### E) Tramitación

Una vez cumplidos los requisitos formales, el juez de Primera Instancia admitirá la demanda, mediante auto, El Letrado de la Administración de Justicia dando traslado al Ministerio fiscal, a la Administración Pública y a las demás personas que ocupen ostenten la legitimación, deban de ser parte en el procedimiento, “*hayan sido o no demandadas*” conforme lo establecido en el art. 753.1 LECiv. Las personas que deban ser parte en el procedimiento de protección de los menores, deberán contestar por escrito en el plazo de veinte días, conforme se establece en el (art. 405 LECiv).<sup>460</sup>

Tras la reforma dada por la Ley de 10 de octubre de 2011, “*de medidas de agilización procesal*”, se introdujo una nueva variante en la tramitación, al establecer carácter de prioridad los procesos donde los interesados sean menores o en ausencia de protección legal.<sup>461</sup>

Esta no fue la única reforma procedimental. La Ley de 3 de noviembre de 2009, “*de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*”, en el (art. 405.4 L/2009) otorgó al Letrado de la Administración de Justicia mayor competencia para el control de la demanda y su contestación, así como para la averiguación del domicilio. El Letrado de la Administración de Justicia informará al Juzgado de Primera Instancia para que este, utilizando todos los medios legales a su alcance, cite tanto a los que legítimamente estén contenidos

---

<sup>460</sup> SAP. Huelva, Secc. 1ª, 16 de diciembre 2013 (Cendoj ROJ 2013,1251) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago García García), “*la Administración que ostenta la tutela por acogimiento de la menor impugna la sentencia de primera instancia en cuanto no fue demandada y emplazada para contestar la demanda, a pesar de tener declarado el desamparo de la menor de edad y su acogimiento. Por lo que ésta no puede suponer ignorar la declaración de desamparo y acogimiento de la menor de edad por la Administración protectora y debe de ser oída en este proceso. Sin perjuicio de que el procedimiento civil adecuado sería el de oposición al desamparo. En el presente caso, con independencia de la mayor o menor rigurosidad formal del proceso adecuado conforme a los art.753 y concordantes LEC, observamos que se ha producido una efectiva indefensión real y material a la parte recurrente, única posibilidad que admite la doctrina constitucional formada en torno a la interpretación del art.24 de nuestra constitución, cuando señala que no basta cualquier irregularidad formal para provocar tan drástico efecto. Estimar en parte el recurso el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Junta de Andalucía, al que se adhiere el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ayamonte, con retroactividad del proceso al momento anterior del juicio, que también se declare nulo, y se proceda a emplazar como demandada a la recurrente Junta de Andalucía, continuándose el proceso por todos sus trámites*”.

<sup>461</sup> Modificación e introducción del artículo 753.3/LECiv/2000, “*los procesos a lo que se refiere este título será de tramitación preferente siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal*”.

en la demanda como a los que no posean una legitimación pasiva pero sean necesarios en el proceso.<sup>462</sup>

En un primer momento, los procedimientos de oposición a las resoluciones administrativas llevaban una tramitación más propia del procedimiento ordinario, como son la demanda y la contestación a la misma y, a continuación, el juicio verbal (art. 404 LECiv). En la actualidad, con la reforma de la LECiv, el juicio verbal tiene demanda ordinaria y el procedimiento se adecuará conforme al (art. 437.1 LECiv), salvo que no la firme el abogado (art. 437.2 LECiv) con contestación escrita (art. 438 LECiv).

También es relevante que la Entidad Pública y los acogedores preadoptivos podrán contestar a la demanda o a la reconvencción ante el órgano judicial competente, conforme se establece en los arts. 406 y 407 LECiv. Para ello, se justificará, de forma clara y concreta, la necesidad de la tutela del menor que pretende obtener frente a los actores u otros sujetos o la absolución respecto a la pretensión o pretensiones de la demanda principal.<sup>463</sup>

#### *F) Contestación del demandado*

Una vez admitida a trámite la demanda, El Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la misma a la Entidad Pública con emplazamiento para que se conteste a la demanda (art. 404 LECiv). Es la respuesta que la Entidad Pública dará a la pretensión formulada de los progenitores. Es una de las posiciones jurídicas procesales que la Administración Pública puede adoptar frente a la demanda.

En caso de no contestar, sería declarada en rebeldía por el juez competente, al no personarse en el proceso en la fecha o en el plazo señalado en la citación (art. 496 LECiv). Los efectos de la rebeldía serían la inexistencia del deber de comunicación de los actos y resoluciones que se producen en el proceso, con excepción de la sentencia. En caso de rebeldía, continuaría el procedimiento en ausencia del demandado. Si no se contesta a la declinatoria se suspende el plazo para contestar a la demanda, hasta que se resuelva la declinatoria.

---

<sup>462</sup> Conforme se establece en el artículo 156.1 LEC/2000, “en los casos en que el demandante manifestase que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado a efectos de su personación, se utilizará por el Secretario judicial los medios oportunos para averiguar estas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado 3 del artículo 155”.

<sup>463</sup> DE PINA MILLÁN, R., *Notas sobre la reconvencción* <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art17.pdf>, pgs. 906-907.

Por lo que se refiere al allanamiento, queda excluido en los procesos de menores en situación de desamparo debido a la indisponibilidad del objeto del proceso a tenor del art 751.1 LECiv.

La contestación a la demanda se redactará en la forma prevista en la demanda, así como los motivos de oposición por parte de los litigiosos conforme el (art. 399 LECiv), como si de un juicio ordinario se tratara. Se establecerá un orden cronológico de los hechos y fundamentos, evitando de esta forma una repetición innecesaria frente a la contestación a la demanda por parte de la Entidad Pública. La respuesta al escrito por parte de los demandados determinará la forma definitiva del objeto procesal<sup>464</sup> acompañando al escrito los documentos conforme se establece en el (art. 264 LECiv).

Dentro del contenido de la contestación de la demanda, la Entidad Pública puede adoptar una actitud negativa, limitándose a pedir que se desestime la demanda y se dicte una sentencia absolutoria sobre la base de los hechos probados por la parte actora, pero sin aportar nuevos hechos (art. 405 2 LECiv). La Administración Pública puede negar la existencia de los hechos relatados en la demanda, o puede aceptarlos pero no aceptando las consecuencias jurídicas que se extrae de los mismos la demanda y llegando a otras conclusiones con la aplicación de fundamentos jurídicos distintos.

Del mismo modo, dentro del contenido de la contestación de la demanda, la Entidad Pública podrá optar por oponerse a la forma de la demanda por carecer de los presupuestos procesales necesarios para que se pueda desarrollar en el juicio y para que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse, mediante sentencia, sobre el fondo del asunto. (art.405.3 LECiv).

#### *G) Los medios de prueba que causan controversia*

##### *a) Consideraciones generales sobre el concepto de prueba*

En el lenguaje común, *prueba* se usa como comprobación de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre la verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada.<sup>465</sup>

---

<sup>464</sup> FLORS MATIÉS, J., “*el objeto del proceso está constituido por la oposición al contenido de lo resuelto por la Entidad Pública*”. [https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema36\\_nuevo.pdf](https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema36_nuevo.pdf)

<sup>465</sup> CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª ed., ed., Depalma, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo Buenos aires 1982, pg. 38.

El término prueba tiene varias acepciones, pero la que nos interesa, la *prueba procesal*, significa justificar, manifestar, hacer patente una cosa, demostrarla, acreditarla por medio de razonamientos, argumentos o algún otro medio. Nos referimos a las pruebas procesales como, “*el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convivencia sobre los hechos que interesan al proceso.*”<sup>466</sup> Carnelutti nos ofrece esta definición: “*al conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos*”.<sup>467</sup> Andrei Vyshinski las define como “*el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas*”.<sup>468</sup> Ugo Rocco dice que, en el sentido amplio, la institución de la prueba es “*el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la prueba y los medios de prueba*”.<sup>469</sup>

Por último, el vocablo *prueba procesal* puede tener tres significados: como medio utilizado por las partes o medio de prueba (aspecto formal); como razón para promover la existencia o la verdad de los hechos (contenido sustancial); o como control de esa verdad o existencia, mediante la actividad del órgano jurisdiccional (resultado subjetivo de la prueba).<sup>470</sup>

### ***b) El principio de aportación de parte***

Es considerado por la doctrina como uno de los principios que rigen las facultades materiales de dirección del proceso.<sup>471</sup> El principio de aportación de parte rige en nuestro proceso civil y establece a quien corresponda la tarea de presentar los hechos en juicio, para determinar el objeto del mismo, y la de

---

<sup>466</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba jurídica*, t.1, ed., Víctor de Zavalía, Buenos Aires 1970, pg. 15.

<sup>467</sup> CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, cit., pg. 44.

<sup>468</sup> VYSHINSKI, A., *Teoría de la prueba en el Derecho Soviético*, ed., Nuevo Derecho, Buenos Aires 1951, pg. 252.

<sup>469</sup> ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal civil*, t. II, cit., pg. 181.

<sup>470</sup> ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N., “Introducción al estudio de la prueba” *revista de derecho y ciencias sociales*, ed., Universidad de la Concepción de Chile, abril-junio núm.128, Chile 1964, pg. 259.

<sup>471</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba jurídica*, cit., pg. 551, “*el principio de aportación de parte, pueden considerarse desde dos puntos de vista. De conformidad con el primero los medios de prueba que suministran al juez el conocimiento de hechos del proceso y, por lo tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso, es decir, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la narración contenida en los documentos, indicios. Desde un segundo punto de vista se entienden los medios de prueba como los instrumentos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba los elementos personales y materiales de la prueba en vez de la declaración del testigo, del dictamen del perito, el contenido de los documentos etc*”.

procurar su acreditación a través de la actividad probatoria que es una actividad que han de asumir las partes litigantes.<sup>472</sup> Sin embargo, el órgano judicial podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o que aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la Ley (art. 282 LECiv). El principio de aportación de parte exige que la resolución del asunto concreto se realice dentro del ámbito factico y juridico en que fue planteado por las partes, esto es, respetando la causa de pedir que fundamente el proceso y sobre los elementos por las partes aportadas (art. 216 LECiv).

Como consecuencia de lo anterior, quien alega un hecho tiene la carga de probarlo ante el órgano judicial, sean las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido (art. 217.1 LECiv) y ello, desde el punto de vista de la iniciativa y consiguiente proposición de medios de prueba. Dado que es una carga y no una obligación, corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar los hechos que, conforme a las normas, les sean aplicables (art. 217.2 LECiv).<sup>473</sup>

En los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, aparecen atenuadas las consecuencias del principio de aportación de parte, de forma que la actividad alegatoria y probatoria no está exclusivamente en manos de los litigantes. El órgano jurisdiccional podrá resolver el litigio de acuerdo con los hechos objeto de debate y que hayan sido probados, con independencia de cuál haya sido la forma de introducción en el proceso y permitiéndose, además, al Juzgado de Primera Instancia, la práctica de pruebas de oficio (art. 752 LECiv).

### ***c) La facultad judicial de acordar prueba de oficio en los procesos especiales no dispositivos***

Bajo el epígrafe “*procesos especiales*” del Título I Libro IV, de la LECiv, se agrupan los procesos que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 748.6 LECiv). Con relación a las situaciones de desamparo, la LECiv ha considerado oportuno que no exista limitación alguna a la alegación de nuevos hechos o fundamentos de derecho

---

<sup>472</sup> DEVIS ECHANDÍA, H., *teoría general...*, cit., pg. 115.

<sup>473</sup> MICHELLI, G. A., *La carga de la prueba*, ed. Editorial Temis S.A., Colombia 2004, pg. 64, “no obstante, la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba necesariamente quien presente o solicite la prueba de hecho que fundamente su pretensión o excepción, sino a quien interesa la demostración de ese hecho en el proceso”.

determinados en materia de prueba, y que se conceda una intervención más activa del órgano jurisdiccional respecto a la misma.<sup>474</sup>

Todos los hechos objeto de debate, “con independencia del momento en que se hubieren alegado o introducidos de otra manera en el procedimiento” (art. 752.1 LECiv), habrán de probarse con arreglo a los medios de prueba que establece el art. 299 LECiv: principalmente, interrogatorio de las partes, documentos públicos, privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogación de testigos. El tenor del art. 752.1 LECiv plantea dudas, en la expresión “de otra manera” ignorando si son aquellas formas recogidas en los procedimientos en la LECiv o, por el contrario, son otras distintas. En mi opinión, la citada expresión parece dar la posibilidad de facultar al órgano jurisdiccional la introducción de nuevos hechos en el proceso.<sup>475</sup>

Sin perjuicio de las pruebas “que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes” (art. 752.1 LECiv) en el proceso de protección de menores, el órgano jurisdiccional puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes. No existe, por tanto, limitación alguna en cuanto al número ni a la clase de pruebas que puedan practicarse por decisión judicial (principio de libertad en la práctica de la prueba), ni el juez precisa de la instancia de parte, ni resulta condicionado por las pruebas propuestas por las partes y por el Ministerio fiscal (principio de oficialidad).<sup>476</sup>

---

<sup>474</sup> SAP Elche, Secc. 9ª, 13 de julio de 2010 (Cendoj ROJ 2010,2739,) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Calvet Botella), “conviene recordar que la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, regula en su libro IV los llamados “procesos especiales”, estableciendo en el Capítulo Primero del Título Primero, dedicado a los “procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”, las Disposiciones Generales que suponen una notable especialidad respecto de las reglas ordinarias, aplicables al resto de procesos, hasta el punto de haberse configurado o denominado doctrinalmente con la expresión de “procesos inquisitorios” y ello en aras no sólo de eliminar en parte la disponibilidad de unos contenidos materiales tan sensibles, sino en la búsqueda más ajustada de la verdad material, sobre todo en materia probatoria, (artículo 752 LEC), confiriendo al juzgador a decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, y ello frente al rigor en la aportación y en la facultad dispositiva que preside el proceso civil en general”.

<sup>475</sup> RÍOS LOPEZ Y., *la función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos*, <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/funcion-directiva-juez.pdf> pg. 21.

<sup>476</sup> MORENO VELASCO, V., “Las diligencias en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, ed. *Diario de la Ley*, número.7256, 2009, pgs. 12-16. “En este sentido el artículo 774.4ª junto a las practica de aquellas pruebas que no se hayan podido practicarse en el acto de la vista amplia el campo de aplicación a todo tipo de pruebas incluso acordadas de oficio respecto a los pronunciamientos de orden público o no dispositivas (guarda y custodia, alimentos de hijos, menores, etc.) respecto de los cuales el juzgador podrá practicar todo tipo de pruebas en plena coherencia con lo previsto en el art 752 LEC. En esta línea el acuerdo no jurisdiccional alcanzada en la reunión el día 4 de diciembre de 2001 entre los Magistrados

Esta facultad del tribunal permite plantear varias cuestiones: la primera, ¿cuándo puede proporcionar pruebas nuevas? y, por otra parte, ¿el juez puede hacer a su antojo lo que quiera?, ya que la LECiv no establece el momento procesal en el que el órgano jurisdiccional acordará la práctica de esas pruebas. A estas cuestiones hemos de contestar que el tribunal podrá aportar, de oficio, testigos, informes médicos, psicológicos, etc.<sup>477</sup> La referencia a cuantas pruebas estime oportunas, necesariamente debe ponerse en relación a la idoneidad de las mismas, las cuales permitirán afirmar que resulta preferible que el juez motive siempre las pruebas acordada a fin y efecto de facilitar su control por las partes y el Ministerio Fiscal, a través del sistemas de recursos que articula el ordenamiento jurídico.<sup>478</sup>

Hay autores que consideran que el juez pueda proponer en cualquier momento las pruebas, siempre con sujeción a los requisitos previstos de las mismas. Y deberán aportarse en las diligencias finales cuando no hayan sido propuestas por las partes.<sup>479</sup> En cambio, Ortells Ramos considera que, “*la potestad de acordar de oficio ciertas pruebas en calidad de diligencias finales en procesos regidos por el principio de aportación de parte (art. 435.2 LECiv), solo es tal en apariencia. En realidad el medio de prueba fue admitido a propuesta de parte, pero su práctica fue inútil por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y, después, desaparecidas. La renovada actividad judicial para la práctica de la prueba se debe a que esta acordada y no ha sido renunciada*”.<sup>480</sup>

---

*de la Secciones 22 y 24 de Familia de la AP Madrid sobre Diligencias finales en el juicio verbal señala “que no habiendo previsto la nueva ley la posibilidad de acordar diligencias finales en dicho proceso tal omisión debe suplirse aplicando el artículo 752 párrafo segundo de la Ley de manera que la Sala podrá acordar diligencias y pruebas y estime necesarias sin perjuicio de que la práctica de las mismas se desarrolle en las vistas” esta regulación es bastante útil sobre todo para determinadas pruebas típicas en estos procedimientos como en los informes de los equipos psicosociales las exploraciones de los menores o testigos propuestos o no citados”.*

<sup>477</sup> ZAMORA SEGOVIA M. L. *Sistema de protección de menores desamparo. Reinserción del menor*, cit., pg.14, “en cuanto a la prueba, existe la posibilidad de acordar de oficio por el Tribunal, y resulta esencial contar con los informes de seguimiento de fecha reciente, elaborados por los Servicios Sociales; informes médicos y escolares; así como informes del equipo psicosocial”.

<sup>478</sup> LLUCH, ABEL, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Boch S.A., Barcelona 2005, pg. 191, “dicha amplitud tiene asimismo su límite legal en el art. 299 LEC que en sus apartados 1ª y 2ª contiene una enumeración específica de medios de prueba admisibles, y en su apartado 3ª contiene una fórmula abierta en virtud de la cual se incluye otro medio de prueba, distinto de los enumerados en los apartados precedentes, y que contribuyen a reforzar la convicción judicial; iniciativa probatoria”.

<sup>479</sup> DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, ed. Lex- Nova, Valladolid 2000, pg. 2191.

<sup>480</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil 6ª ed.*, ed. Cizur Menor 2007, (con MASCARELL, CAMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), pg. 375.

En cualquier caso, puede afirmarse que también en el supuesto de las diligencias finales, y en un proceso oral, puede existir el reconocimiento legal de una serie de facultades a favor del juez, en materia probatoria, sin merma del principio de aportación de parte.

Respecto al juzgador y al tribunal, se establece su no vinculación de los mismos a la conformidad de las partes sobre los hechos o al silencio o respuestas evasivas “*en cuanto a los hechos alegados por la contraria*”, ni a las disposiciones sobre “*la fuerza probatoria del interrogatorio de partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos*” (art. 752.2 LECiv). La apreciación de estas posturas de parte no puede considerarse como fuente de prueba, lo que también se hace extensivo a las aptitudes procesales adoptadas durante el pleito (como son la rebeldía, incumplimiento de requerimientos, no formulación de preguntas o respuestas, etc.).<sup>481</sup>

La LECiv deroga el sistema de prueba tasada en los procedimientos de protección de menores, estableciendo la libre valoración de la prueba por el órgano judicial, si bien no le impide que aplique a esos medios de prueba las normas legales de valoración de las mismas, según se cita en la expresión “*tampoco estará el tribunal vinculado, en los procesos, en los que se refiere este título*”, (art. 752.2 LECiv). Tampoco parece correcta la posibilidad de obviar la fuerza vinculante de los “*documentos públicos y privados*”. No podemos olvidar que estos hacen prueba de su fecha, de la identidad de los comparecientes y de la realidad de las manifestaciones contenidas en ellos, no de su veracidad, ni su correspondencia con los hechos expresados.<sup>482</sup>

La Ley procesal civil se aparta contundentemente del clásico principio de aportación de parte en materia probatoria por cuanto se atribuyen al órgano jurisdiccional unas muy amplias facultades, no solo en la primera instancia sino también en la segunda (art. 752.3 LECiv). La literalidad del precepto puede entrar en conflicto con el art. 460 LECiv, al permitir formular las partes las alegaciones y proponer las pruebas sobre hechos no invocados en sus escritos de demanda y contestación.<sup>483</sup> En mi opinión, el texto es loable al permitir la introducción de nuevos hechos “*que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad*” el órgano jurisdiccional. En la segunda instancia, al ser cuestiones nuevas que solo son

---

<sup>481</sup> PEREDA GAMEZ, F. j., *las cargas familiares, el régimen económico de las familias en crisis*, ed., La Ley, Madrid, 2007, pg. 615.

<sup>482</sup> GÓZALEZ POVEDA, P., “artículo 752 LEC” ed. *Revista Sepin* monográfico, marzo 2010. Respecto en qué momento se realiza de oficio la valoración de la prueba, por parte del juez de Primera Instancia.

<sup>483</sup> CABALLERO LOBATO, R. E., *los futuros procesos matrimoniales, en presente y futuro*, dir. Pico i Junoy, J., ed. Bosch editor, Barcelona, 1998, pg. 447.

enjuiciadas por la Audiencia Provincial y que pueden dar un giro importante en el proceso, los progenitores podrán introducir nuevos hechos para que el menor pueda retornar al seno familiar.<sup>484</sup>

En conclusión, podemos decir que el legislador, en el art. 752 LECiv, ha dado mayores poderes para la iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional en el proceso sobre las resoluciones administrativa en relación con los menores en situación de desamparo. Asumirá así unas facultades más amplias que impedirán limitaciones a la aportación de nuevos hechos que puedan ser determinantes para su fijación.

Esto conlleva el peligro de que, a falta de las controvertidas diligencias finales en un juicio verbal, no sabremos en qué momento puede el Juez de Primera Instancia aportar pruebas o no aportarlas y si va tener iniciativa de oficio y cómo las va a introducir. Del mismo modo, la obtención de mayor iniciativa probatoria por parte del órgano jurisdiccional supone tanto reducir las garantías de imparcialidad como reducir la calidad resolutoria por aplicar normas de carga de prueba. En definitiva, el juez está facultado para inclinarse hacia la posición de los intereses generales o, lo que es casi lo mismo, hacia la posición de la Administración Pública. Otra cosa es que coincida con la posición concreta que en este momento haya adoptado la Entidad Pública, pero, en definitiva, el juez más que resolver intereses ajenos protege intereses generales, en este caso, los del menor, lo que pone en entredicho la función jurisdiccional que ejerce.

#### ***d) La declaración del menor en el proceso judicial***

Con respecto, específicamente, a las garantías procesales en las declaraciones de un menor conforme al Convenio de 20 de noviembre de 1989 “*sobre los derechos del niño*”, se decidió que este debería ser escuchado en aquellos casos en los que sea parte de un proceso, esto es, en situaciones de separación, nulidad, divorcio, acogimiento, adopción o desamparo.<sup>485</sup> Lo único que se exige es que tenga juicio suficiente para ser oído.<sup>486</sup> El menor podrá impugnar los actos de los

---

<sup>484</sup> REYES GALLUR, J.J., *Disposiciones generales de los procesos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, [http://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=173](http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=173).

<sup>485</sup> Conforme el artículo 12.2 CDN/1989, “*se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo 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*”.

<sup>486</sup> Según el artículo 92.6 CC, “*en todo caso antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valoraran las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda*”.

órganos públicos que acuerden sobre su situación o solicitar otras medidas sobre su persona. Todo procedimiento de desamparo se inicia, como se ha visto, en la vía administrativa, por un órgano competente de la Entidad Pública, de esta manera, el infante o adolescente también gozará de la posibilidad de ser escuchado cuando se inicie la oposición a los procedimientos administrativos. De ese modo, se refuerza la legitimidad activa en el proceso.<sup>487</sup> La declaración contra los actos administrativos podrá realizarla el menor con representación legal. El Ministerio Fiscal intervendrá siempre en los procedimientos en los que el menor sea parte.<sup>488</sup>

Ya hemos señalado que el infante será escuchado siempre que tenga suficiente juicio, a tenor de un informe previo del gabinete psicotécnico del juzgado.<sup>489</sup> Sin embargo, nuestro análisis se centrará en la posibilidad que tiene el juez, a su criterio, de citar al menor si considera que es necesaria su declaración en el proceso. Nos encontramos ante un Derecho del menor condicionado a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional que conoce del asunto. La resolución judicial relativa a los menores de edad, en nuestra opinión, puede llegar incluso a entender que la falta de declaración de un menor en un proceso de desamparo

---

<sup>487</sup> GONZALEZ PILLADO, E., y GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2006, pg. 223. “Más problemático resulta determinar si el menor está legitimado para impugnar por sí mismo las resoluciones administrativas que acuerden el desamparo Aquí se deben tener en cuenta diversos preceptos: entre las normas procesales, el art. 780.2 LEC no excluye la legitimación activa del menor en este procedimiento, pues alude únicamente a “quien pretenda oponerse a una resolución administrativa”.

<sup>488</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, 30 de octubre 2015 (Cendoj ROJ 2015,2433,) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Gaspar Pardo de Andrade), “no hay ninguna situación de desamparo, sino vivienda feliz dentro de su familia. El púber, extraordinariamente maduro para su edad, lejos de cuestionar las figuras al ser explorado distingue conscientemente quien es quien, llamando “padre biológico” y “padre actual”; es conocedor de que le ha adoptado; no le importa que en el proceso se escuche a aquel; es feliz con su familia; no le importa viajar a EEUU con su padre biológico y, relacionarse con él no le va afectar, concluye. Ninguna de las tres conclusiones del informe psicológico elaborado a expresa instancia de l@s demandad@s acierta en el grave perjuicio. El Ministerio Fiscal máximo velador del menor en nuestro Estado de Derecho, pidió la nulidad de la adopción, para evitar especulaciones que pudieran perjudicar su desarrollo afectivo”.

<sup>489</sup> SAP Valencia, Secc 10ª, 20 de abril de 2005 (AC 2005,505), (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España), “en el caso de autos basta la simple lectura del informe emitido por el Gabinete Psicotécnico adscrito al juzgado de familia para aclarar, sin género de duda alguna, que la mejor decisión para el menor pueda adoptarse máxime cuando, además, el propio menor, que ya cuenta con 14 años y medio, manifiesta su voluntad de seguir viviendo con su hermana la que, junto a su madre, ha sido quien se ha preocupado y cuidado de él. por lo que impide que pueda adoptarse una decisión distinta a la adoptada en la instancia”.

pueda anular la resolución judicial<sup>490</sup> y el resto de actuaciones que sobre el mismo proceso existan, de tal forma que, la infracción de este derecho podría vulnerar la tutela judicial efectiva del (art. 24. CE).<sup>491</sup>

Por su especial relevancia, conviene recordar el caso de “*la niña de Benamaurel*”. Dos familias litigan por quedarse con la guardia y custodia de una niña de Granada. Por un error por parte de la Administración Pública Andaluza, y en concreto por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta, se decidió una situación de desamparo que al final no existía. Se escuchó a la niña, como parte del proceso en el juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, y un informe psicológico y la manifestación de la menor desaconsejaban que volviera con la familia de adopción, teniendo en esos momentos una edad de doce años. La Sentencia fue recurrida en la Audiencia Provincial de Sevilla. Se informó al tribunal de que las circunstancias habían cambiado y la menor no fue escuchada. El gabinete psicológico del juzgado determinó que, aunque la niña tenía doce años de edad, su comprensión mental era de nueve, por lo que su interés de seguir en la familia de acogida en la que se encontraba en esos momentos no se podía tener en cuenta con base en el interés del menor.<sup>492</sup> La Audiencia Provincial de Sevilla

---

<sup>490</sup> SAP Valencia, Secc. 3ª, 16 de julio de 1998 (AC 1998,6724) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Regina Marrades Gómez), “*procedente el decretar la nulidad de actuaciones por no haber sido oído el menor de 12 años, no constando en las actuaciones que no tuviera suficiente juicio para ello. Según el art.173 del CC para la formalización del acogimiento es necesario el consentimiento del menor si tuviera 12 años cumplidos Pero tratándose de un menor de 12 años y no acreditándose en las actuaciones que no tuviera suficiente juicio, por analogía con lo dispuesto en el art. 177 del CC para la adopción, los menores de 12 años con suficiente juicio deberán ser oídos. No habiendo sido oída la menor de 12 años en el presente procedimiento, se considera también procedente la nulidad de actuaciones en virtud del art.238 de la LOPJ por haberse causado indefensión a la misma*”.

<sup>491</sup> STC Sala 1ª, de 2 junio de 2005 (RTC 2005,152) (Ponente: Exma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonte), “*el demandante de amparo, padre de los dos menores, considera lesionado el derecho fundamental de éstos a la integridad física y moral (art.15 CE) en relación con su propio derecho fundamental, y el de los menores, a la tutela judicial efectiva (art.24 CE), pues al adoptar la decisión de modificación de la guarda y custodia no se tuvo en cuenta la voluntad la voluntad del menor de más edad, cuando éste posee juicio suficiente. Asimismo entiende que se ha producido una vulneración del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE puesto que la Sala, al atribuir la custodia a la madre, efectúa una interpretación discriminatoria en relación con el padre y que aporta a éstos mayor estabilidad emocional. Finalmente aduce que se ha probado una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva porque la fundamentación de la Sentencia de la Audiencia Provincial se fundamenta en dos errores; a saber a) Que uno de los menores, no fue oído en instancia, cuando consta que sí lo fue; y b) considerar la sentencia de instancia atribuyo la guarda y custodia al padre como consecuencia del trabajo de la madre, cuando tal razón no se da en dicha sentencia*”.

<sup>492</sup> SAP Sevilla, Secc. 6ª, 13 de febrero de 2000 (AC 2000,56) (Ponente. Ilmo. Sr D. Marcos Antonio Blanco Leira), “*en la audiencia la menor de 12 años, pero con una madurez mental*

decidió el ingreso en un centro infantil de la Diputación de Sevilla para su retorno a la familia adoptiva.<sup>493</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual dictaminó que el menor debe ser oído siempre en juicio, cuando afecte a su esfera personal, familiar y social,<sup>494</sup> porque, de lo contrario, vulneraría el art. 24.1 CE.

---

*de nueve según el informe psico-social del equipo adscrito al juzgado, relata algunos sucesos acaecidos en edad anterior a los seis años edad que tenía cuando fue retirada de la custodia de sus padres por parte de la Consejería de la Junta de Andalucía apelada así como que sus padres le obligaban a bañarse con agua fría, sin que le pida aclaración de si ello era en verano o en invierno; comer con los animales, y otros similares, resultando difícil encontrar similitudes con el hecho de comer con animales. La audiencia a la menor aportó la oposición de la menor manifiesta a volver con sus padres nunca podría constituir base jurídica suficiente para la resolución pues es obvio que el interés del menor, de cualquier menor, no pasa necesariamente por hacerlo coincidir con sus deseos, por aplicación de elementales principios pedagógicos; aunque de lo actuado por Juez, Fiscal y Administración parecen identificar manifiestamente errónea interés del menor con deseos del menor es precisamente la inmadurez intelectual del menor la que obliga a sus progenitores a encauzar y reconducir sus aparentes deseos en el marco de un proceso educativo al que vienen obligados en el ejercicio de sus derechos y deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad, y en el supuesto de autos no es la corta edad de la menor, 12 años sino que su madurez es aún inferior, en unos dos o tres años como ya se ha dicho, por lo que incluso podemos estar hablando de una niña de 9 años que manifiesta unos deseos que además vienen viciados por todos los antecedentes en la forma y tiempo que amplia y detenidamente fue analizado en los razonamientos jurídicos del Auto de esta Sala”.*

<sup>493</sup> RODRÍGUEZ CANO, R. D., “¿Protección de menores “versus” protección de progenitores?” revista. *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III (Tribuna), (BIB 2000,235), ed., Aranzadi, S.A. Pamplona, 1999, “ el Auto de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 3 de febrero de 2000 (AC 2000, 56): reiterando otra resolución anterior se ordena que la niña sea ingresada inmediatamente en un centro infantil de la Diputación de Sevilla para iniciar a partir del mismo un proceso de reinserción de la misma en el hogar de sus padres adoptivos, mediante preparación psicológica y pedagógica de estos últimos, preparación psicológica e incluso breves estancias de aquella en el mencionado hogar; proceso sometido a evaluación continuada con el fin de proceder, en su caso, de observarse resultados negativos para la niña, a una reconsideración de la proyectada reinserción en el hogar paterno”.

<sup>494</sup> STC Sala 2ª, de 25 de noviembre 2002 (RTC 2002,221) (Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez), “ estas consideraciones debe añadirse que, al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afecta a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída en la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social ( derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art.3 de la citada ley Orgánica jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de

En definitiva, el Alto Tribunal estableció el Derecho de los menores a ser escuchados en todos aquellos procesos judiciales donde sean parte, siendo un precedente para casos posteriores, primando el interés superior del menor por encima de cualquier otro. Esto significa que el juez competente tendrá en cuenta los informes psicosociales, junto al cumplimiento del Derecho de escuchar al menor.

### ***e) La prueba pericial y el reconocimiento judicial***

La prueba pericial se puede aportar tanto en la demanda como en la contestación al escrito, realizándola los litigantes tal cual viene establecida en el art. 336 LECiv. El dictamen psicosocial se basará fundamentalmente en las respuestas a una serie de preguntas encaminadas a establecer si el menor se encuentra en desamparo, riesgo o, por el contrario, no se encuentra en ninguno de los casos anteriores.<sup>495</sup>

Para realizar dicho informe,<sup>496</sup> se valorará en los padres biológicos y en el menor aspectos como el conocimiento de la situación que dio lugar a la retirada, siempre teniendo en cuenta la edad del menor; cuáles son sus vivencias y recuerdos de la situación vivida con relación a sus padres biológicos, hermanos, vivienda, relaciones con otros familiares; la situación y circunstancias actuales en la que se encuentra el menor ya sea en un centro o en una familia de acogida; la relación que mantiene con sus progenitores, sus hermanos, si los tiene en el mismo centro o han continuado con familias biológicas; las expectativas de futuro; el apego a la familia biológica, y a la de acogida; si existen trastornos de vinculación; cuáles son las circunstancias actuales, debiendo valorar aspectos relacionados con su entorno

---

*audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE”.*

<sup>495</sup> MECERREYES JIMÉNEZ, L. J., *Practica pericial psicológica en los juzgados de familia “Entrevistas a los padres, individuales y conjuntas, entrevistas a terceros, a otras personas significativas y a profesionales. Entrevista con el menor, o menores que convivan con ellos. Establecer relaciones del adulto-menor y hermanos etc.”* <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=826>

<sup>496</sup> CHACÓN FUERTES, F., GARCÍA GUMIEL, J. F., y otros. *Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores.*” ed., Colegio oficial de psicólogos de Madrid, 2009, pg. 23, “*el contenido del informe pericial debe tener una estructura bien definida. El informe sin perder rigor, debe de estar redactado con lenguaje claro y estar en la medida de lo posible libre de jerga técnica y en los casos en que no sea posible incluir la traducción a lenguaje fácilmente comprensible pero preciso. El informe debe de ser sucinto, con una extensión no excesiva pero lo suficientemente detallado para proporcionar la información necesaria. Debe tenerse siempre presente a quien va dirigido este tipo de informes ( en este caso a un juez, pero también a las partes implicadas, al fiscal y a los abogados de estas y, en última instancia, puede trascender al público en general*”.

familiar, sociales, psicológicos, de salud, adicciones; la existencia de asunción de problemática anterior; y si son conscientes y asumen las circunstancias que dieron lugar a la retirada del menor, ya que, de lo contrario, es difícil que se produzcan cambios. Se valorará igualmente la existencia de los cambios realizados o si se han modificado o no las circunstancias que motivaron la retirada; así como también la existencia de red de apoyo socio-familiar y cuáles son los planteamientos y objetivos respecto a la posible reinserción familiar.<sup>497</sup>

La Administración Autonómica, a través de sus órganos competentes, designará a las personas expertas que llevarán a cabo el informe pericial, esto es, a los trabajadores sociales, psicólogos, educadores, sanitarios, psiquiatras, etc. Estos informarán si el menor que se encuentra en el núcleo familiar está en desamparo o sufre cualquier otra situación de desarraigo social en un texto final al que llamaremos prueba pericial.

La intervención, tanto de los psicólogos como de los trabajadores sociales, dentro del procedimiento judicial va a ser, en numerosas ocasiones, para que, como los peritos, pongan de manifiesto si ha existido una situación de desamparo en el núcleo familiar. Este tipo de actuaciones por parte de los trabajadores y trabajadoras de las Administraciones Públicas plantea varias cuestiones, entre otras: ¿hasta qué punto es concluyente el informe pericial de los órganos sociales?; ¿son totalmente objetivos o por el contrario se encuentran ya viciados?; ¿los jueces de Primera Instancia están vinculados en la práctica a esto tipo de informes?<sup>498</sup>

---

<sup>497</sup> ABASCAL MONEDERO, P., VALPUESTA CONTRERAS, D., y otros. *Guía de intervención administrativa y judicial con menores de protección*, ed., Dykinson S.L., Sevilla, 2014, pg.102.

<sup>498</sup> SAP Granada, Secc. 5ª, 16 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1566) (Ponente: Ilmo. Antonio Mascaró Lazcano), “conforme al art. 335 de la LEC, la misma se configura como medio tendente a suplir la ausencia de “conocimientos científicos, artísticos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos”. Debiendo precisarse que, como recoge la sentencia del T. Supremo de 11 de noviembre de 2010, “la prueba pericial no es vinculante para el juez. Cita las SSTs 6 de marzo de 1948, 16 de marzo de 1981, 7 de octubre de 1982, 10 y 30 de marzo y 15 de noviembre de 1984, 11 de junio y 2 de diciembre de 1985, 10 de febrero de 1988, 2 de octubre de 1987, 29 de mayo de 1990, 12 de noviembre de 1992, 10 de marzo, 11 de octubre y 7 de noviembre de 1994, 17 de mayo de 1995, 18 de julio y 29 de septiembre de 1997, 20 de noviembre de 2002, 17 de mayo y 8 de octubre de 2003, 18 de marzo, 21 de mayo, 19 de julio y 6 de octubre de 2004 y 4 de abril de 2000. La misión del perito es únicamente la de auxiliar al juez sin que sus conclusiones generen una fuerza vinculante sobre las circunstancias y sin que en ningún supuesto, se le puedan negar al juzgador las facultades de valoración del informe que reciba. Cita las SSTs 31 de marzo de 1967 y 30 de abril de 1984”. Por tanto, la prueba pericial no sustituye a la potestad jurisdiccional ni puede condicionar la libre y más amplia facultad de valoración probatoria que corresponden exclusivamente al Juzgador en la materia de que se trate”.

Sobre estas cuestiones cabe tener presente que, en estos momentos, las pruebas periciales de los psicólogos y de las psicólogas sociales, van a ser fundamentales en la práctica para poner de manifiesto las circunstancias personales y sociales del menor con sus progenitores, tutores, acogedores o guardadores legales. Y son ellos, y no otros, los que van a llevar el peso de la decisión de si un infante o adolescente se encuentra o no en situación de desamparo. La objetividad del profesional debe estar garantizada pues el informe pericial será en la práctica el que pondrá de manifiesto la realidad de la desatención.<sup>499</sup>

Cuando un experto en la materia recibe un encargo de un juzgado, debe tener en cuenta ciertas cuestiones. Entre otras, si son idóneos o no para asumir la pericia que el juzgado le está informando y, sobre todo, si tienen tiempo suficiente para poder elaborar un informe relevante, para que se tenga en cuenta como prueba pericial. De hecho, en muchas ocasiones el volumen de trabajo con el que cuentan se prolonga en exceso, creando la espera un perjuicio a los intereses de los menores. Como prevé el art. 339.2 LECiv, “*La designación judicial de perito deberá realizarse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda, con independencia de quien haya solicitado dicha designación*”.<sup>500</sup> El objeto

---

<sup>499</sup> SAP Barcelona, Secc. 18ª, 21 de noviembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,1177) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Bachs Estany), “*es innegable qué en los casi dos años que se lleva interviniendo por segunda vez de forma intensa por parte de los servicios sociales de base la situación ha empeorado produciéndose carencias alimenticias que han llegado a ser notorias para los propios educadores, que se han visto impedidos a facilitar alimento a las menores, especialmente desayuno, se producen retrasos escolares cuando el traslado, desde el hogar depende de los progenitores, se ha tenido que hacer cargo como ha podido de las hermanas menores la mayor de ellas, asumiendo un rol que no le corresponde, los padres niegan las enfermedades propias, especialmente alcoholismo de la madre, y el retraso mental de la hija y con su actuación negligente impiden que siga un tratamiento logopédico transcendental en esta franja de edad, y una asistencia regular y provechosa al centro de educación especial. Estamos ante una familia cuyos menores tienen atención médica, lentes, atención odontológica, comedor escolar, transporte gratuito, etc. sólo gracias al empeño y a la acción de los servicios sociales, que no han podido resolver los graves problemas que aún les acucian por cuanto derivan de cuando acontecen en el interior (falta de comida, de funcionamiento de la cocina, de higiene en buena medida por falta de agua caliente etc.) del hogar por falta de recursos legales al efecto. No se trata de un problema económico. Se trata de una evidente falta de capacidad de los dos progenitores*”.

<sup>500</sup> SAP Barcelona, Secc. 4ª, 21 de octubre de 2009 (Cendoj ROJ 2009,11838) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Mireia Ríos Enrich), “*en el presente caso, en la reconvencción se hizo constar que no había sido posible en el plazo conferido para contestar a la demanda presentar un informe pericial sucinto, con eventual reserva de los preceptuado en el artículo 339.2 de la LEC.*” En la misma línea, SAP Zamora, Secc. 1ª, de 29 de julio 2011 (Cendoj ROJ 2011,371) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Braulla Santos-Frucia), “*en este sentido debemos hacer constar que la parte demandada por falta de efectividad diligencia o por ignorancia de la normativa procesal vigente al momento de la interposición de la demanda no puede imputar a la juzgadora su*

del informe deberá tener relación con los puntos solicitados por el tribunal, útiles en relación con la situación de desamparo que sufre el menor. Y el órgano judicial puede pedir un informe pericial a otro profesional si lo considerase oportuno.<sup>501</sup>

#### *H) La publicidad en el proceso de menores*

El principio de publicidad en el ámbito del proceso de protección de los menores constituye, a nuestro entender, uno de los principales logros en la preocupación por el respeto de los Derechos de los infantes y adolescentes. La regla general que regula estos Derechos en España se encuentra comprendida en la Ley Orgánica, de 21 de julio de 2015,<sup>502</sup> por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.<sup>503</sup> También se encuentran recogidos los Derechos de los menores, de forma general, en la Constitución Española en el (art. 24.2 CE) donde se consagra el derecho a un proceso público, mientras que el (art. 120 CE) se encuentra entroncado con el (art. 232 LOPJ) cuando se refiere “*a las actuaciones judiciales serán públicas. Con las excepciones que prevean las leyes del procedimiento*”.

---

*indefensión procesal, tras haberle sido denegada la reposición de su recurso denegando la prueba pericial extemporáneamente aportada a autos, y una vez admitida su propuesta a los efectos de su formulación en segunda instancia”.*

<sup>501</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F., “La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales” ed. *Diario de la Ley* núm. 6247, Sección Doctrina e ideas preliminares Madrid, 2006, “*cuando un psicólogo o un trabajador social recibe un encargo judicial el mismo deberá estudiar los primeros datos y decidir si la labor a realizar es de su competencia exclusiva o no así como la fecha probable de la vista de audiencia para valorar si dispone del tiempo necesario para realizar adecuadamente su labor. Una vez planteada la competencia de toda la información inicial extraer las preguntas hipotéticas a las que tendrá que responder como perito, ya que es sobre estas cuestiones sobre las que hay que girar la actividad procesal y los instrumentos que utilizara para realizar su informe*”.

<sup>502</sup> Artículo 232 LOPJ/2015, “*1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. La relación de señalamientos del órgano judicial deberá hacerse pública. Los letrados de la Administración de justicia velarán por que los funcionarios competentes de la Oficina judicial publiquen en un lugar visible al público, el primer día hábil de cada semana, la relación de señalamientos correspondientes a su respectivo órgano judicial, con indicación de la fecha y hora de su celebración, tipo de actuación y número de procedimiento. 3. Excepcionalmente por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrá limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones*”.

<sup>503</sup> La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, su artículo 232 fue modificado el apdo. 2 y se añadió un apdo. 3, conforme se estableció en la Ley Orgánica de 2015, que reformaba la anterior norma.

Ahora bien, el legislador, en la LECiv, parte de la base de que tales procesos especiales de menores, por afectar a la esfera más reservada de los mismos, requieren una restricción a la publicidad. Por consiguiente, faculta a los Jueces y tribunales para limitar el ámbito de la publicidad y acordar el secreto de todas o parte de las actuaciones, mediante resolución motivada en los supuestos por razones de orden público y de protección de los Derechos y Libertades.<sup>504</sup> No es necesario justificar, por parte del juez, su actuación, simplemente bastará que las circunstancias lo aconsejen según lo establecido.<sup>505</sup>

Partiendo, pues, de la posibilidad del secreto de la publicidad y, por otro lado, del carácter de “*no absolutos*” de los derechos fundamentales, en el ámbito de la justicia de menores, frente al régimen tutelar que estaba presidido por el carácter público de las actuaciones procesales, se ha planteado si es o no es conveniente limitar este derecho en los procesos de impugnación a las resoluciones administrativas de protección de menores. Dentro de las actuaciones procesales, se contemplaría la no presencia de los padres biológicos en la fase de audiencia.

En nuestro ordenamiento, se ha optado por la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda, acordar que las sesiones no sean públicas (art. 138.2 LECiv) estimando que, precisamente en atención a la necesidad de salvaguardar la protección del menor, una de las características de la justicia de menores en el proceso civil debería ser la celebración de las audiencias “*a puerta cerrada*”, salvo acuerdo en contrario (art. 754 LECiv).<sup>506</sup>

---

<sup>504</sup> Artículo 754 LECiv/2015, “*en los procesos a que se refiere este Título podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen y aunque no se esté en ninguno de los casos del apartado 2 del artículo 138 de la presente Ley*”.

<sup>505</sup> ARANGÜENA FANEGO, C., *La oralidad y sus consecuencias en las diligencias de exploración del menor en los procesos matrimoniales* <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp1ara.pdf>., pg. 6.

<sup>506</sup> SAP Madrid, Secc. 24ª, 21 enero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,1358,) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José de la Vega LLanes), “*el art. 754 Ley de Enjuiciamiento Civil permite en efecto celebrar las audiencias de menores a puerta cerrada y de manera reservada, es decir, sin intervención de las partes, lo que en este caso está plenamente justificado dada la conflictividad manifiesta que existe entre la apelante y su hijo que dio lugar en su día a que a petición de la madre se estableciera una orden de alejamiento del menor. Por lo demás, toda la documentación aportada ha sido valorada de forma adecuada por el juzgado “a quo”, dado que en ella se trasluce sin contradicción alguna que no resulta conveniente para éste la convivencia con la madre, encontrándose actualmente en una situación mucho más estable y beneficiosa al convivir con los tíos paternos con los que habita también su hermana*”.

### 3. DE LA CITACIÓN A LA VISTA A LAS CONCLUSIONES EN EL JUICIO VERBAL

#### A) La citación para la vista

La citación se efectuará por medio de “La cédula donde se hará constar claramente el carácter judicial del escrito” que se redactará conforme a los requisitos que se establecen en el (art. 152.4 LECiv). Esto es, la cédula expresará el tribunal o el Letrado de la Administración de Justicia que hubiese dictado la resolución y el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación, el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la Ley establezca.<sup>507</sup>

La efectiva entrega de la cédula al destinatario debe corresponderse con todos los requisitos de la misma teniendo como finalidad garantizar el derecho de defensa de la parte. Así la STS 6940/2002<sup>508</sup> establece que “Como han mantenido entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Constitucional 9/1981, de 31 de marzo, 1/1983, de 13 de enero, 22/1987, de 20 de febrero, 72/1988, de 20 de marzo y 205/1988, de 7 de noviembre, los actos de comunicación de las decisiones judiciales están establecidos en las leyes procesales para garantizar a los litigantes la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por lo que su falta coloca al interesado en una situación de indefensión, que es lesiva al derecho fundamental ex art. 24. Más concretamente, y ya con referencia al propio emplazamiento, ha destacado el principal intérprete de nuestra Constitución, que tiene como finalidad poner en conocimiento del interesado el término en que ha de comparecer, el objeto y el órgano judicial en que debe hacerlo con datos necesarios para defensa de sus derechos e intereses legítimos, sentencias 112/1987, de 2 de julio, 251/1987, de 2 de octubre y 114/1988, de 10 de junio. Los errores judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera de los justiciables, salvo en los casos en los que tal indefensión le sea imputable, sentencias 43/1983, de 20 de mayo, 172/1985, de 16 de diciembre y 117/1990, de 21 de julio”.

No obstante, si la citación se realizara a cualquiera de las partes representadas por medio de procurador y abogado, en los casos en que ello se autoriza, la citación se hará en la persona de estos últimos (art. 152.3.1ª LECiv). Del mismo modo, conforme al art. 273 LECiv, los actos de comunicación se podrán practicar por medios electrónicos cuando los sujetos intervinientes en un proceso estén

---

<sup>507</sup> CANCIO FERNANDEZ RAUL, C., “Los actos de comunicación judicial y la intervención del Secretario Judicial en nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *revista de Derecho Procesal*, num.1-3, ed. Edersa, Madrid 2001, pg. 57.

<sup>508</sup> STS Secc 1ª, 22 de octubre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,6940) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia.<sup>509</sup>

Cuando la parte no esté personada con procurador, como normalmente suele ocurrir por la Entidad Pública en los procesos de menores desamparados, todos los actos de comunicación se realizarán a través del Letrado de la Administración de Justicia, y serán los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial (art. 152.1 LECiv), los que realicen tales actos.<sup>510</sup>

No obstante, siendo esta la regla general en la LECiv, se contemplan otros requisitos específicos supuestos en los que la citación ha de cumplir otros requisitos. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de octubre de 2015, introduce un nuevo apartado al art. 438.4 LECiv, en el que se regula la manifestación de las partes respecto de la necesidad o no de proceder a la celebración de la vista en el juicio verbal.

Así, el demandado en la contestación a la demanda se pronunciará sobre la celebración de la vista. De esta manifestación, se da traslado a la parte actora, que podrá pronunciarse en el plazo de tres días. Conforme a lo solicitado por las partes, pueden darse varias situaciones: la primera, que ninguna de las partes considere necesaria la celebración, el tribunal no la considerará procedente y se dictará sentencia sin más trámite (art. 438.4 LECiv). La segunda, que alguna de las partes considere necesario su celebración, el Letrado de la Administración de Justicia señalará día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes. Por el contrario, si la parte que solicitó la vista, con anterioridad a la misma, retira la solicitud de celebración, se dará traslado a la otra parte para que se pronuncie en tres días: si no se opone, se dictará, de forma directa, sentencia, si así lo considera el Juzgado de Primera Instancia.<sup>511</sup> Y si se opone el Letrado de la Administración de Justicia convocará a las partes para su celebración.

Los actos de citación a la vista del juicio verbal, serán practicados por el Letrado de la Administración de Justicia en el plazo de cinco días siguientes a la contestación de la demanda y, en su caso, la reconvenición, y resuelto el pronunciamiento de las partes respecto a la necesidad o no de la celebración. Conforme a la nueva literalidad del art. 440 LECiv, según la LECiv/2015, la citación ha de cumplir unos requisitos, se exige un plazo temporal para citar a las

---

<sup>509</sup> MARES ROGER, F., “Los actos de comunicación judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, ed. *Diario de la Ley* num.5282, 4 de abril de 2001, pg. 5.

<sup>510</sup> BANACLOCHE PALAO, G., “Algunas reflexiones, en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio” ed. *Diario de la Ley* núm. 8137, 30 de julio de 2013, pg. 6.

<sup>511</sup> ARADAS GARCÍA, A., *El juicio verbal en el ordenamiento civil* <http://www.cuestionesprocesales.es/el-juicio-verbal-en-el-derecho-civil/>

partes al acto del juicio oral, así éste precepto dispone que el Letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, la admitirá o dará cuenta de ella al tribunal para que resuelva lo que proceda conforme a lo previsto en el (art. 404 LECiv). Contestada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia citará a las partes para la celebración de la vista en el día y hora que a tal efecto se señale, debiendo tener lugar la vista dentro del plazo máximo de un mes, (art. 440 LECiv).<sup>512</sup>

Dicha citación para el acto del juicio verbal también ha de cumplir otros requisitos, se informará a ambas partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, en cuyo caso los litigantes indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma, (art. 440.1.1 LECiv). En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado, (art. 440.1.2 LECiv) y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el art. 304 LECiv (art. 440.1.3 LECiv).<sup>513</sup>

Al igual que también se habrá de indicar a las partes que en los cinco días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el Letrado de la Administración de Justicia a la vista para que declaren en calidad de partes, testigo o peritos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de cinco días, podrá el demandante pedir respuestas escritas a cargo de la Entidad Pública, por los trámites establecidos en el art. 381 LECiv.<sup>514</sup>

---

<sup>512</sup> SAP Murcia, Secc. 4ª, 21 de marzo de 2013 (Cendoj ROJ 2013,687) (Ponente: Sr. D. Carlos Moreno Millán), "así y en relación con la pretensión de nulidad de las actuaciones, cabe afirmar su total desestimación, ya que bien la convocatoria judicial a juicio no respetó los plazos previstos al respecto en el art. 440.1 de la LEC, es también cierto, que ello no ha supuesto ni generada indefensión alguna a la parte recurrente. Hemos manifestado en precedentes sentencias, así en la de 7 de diciembre de 2012, que la nulidad, dada su naturaleza excepcional está condicionada a la concurrencia de determinados presupuestos que actúan como requisitos "sine quan non" en orden a su éxito y viabilidad. Se exige por ello, de un lado, la infracción de normas esenciales del procedimiento de cuya vulneración o incumplimiento se genere una clara y evidente indefensión para la parte que lo alega y, de otro lado, que dicha nulidad debe de articularse a través de los recursos ordinarios previstos legalmente para la resolución de que se trate".

<sup>513</sup> FLORS MATÍES, J., *el juicio verbal*.  
[https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema31\\_todo.pdf](https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema31_todo.pdf), pg.11.

<sup>514</sup> TORIBIOS FUENTES, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, ed. Lex Nova, Valladolid 2012, pg.609.

### B) Las limitaciones o restricciones

En lo referente a las limitaciones o restricciones para la fase del juicio oral, conviene señalar que el órgano judicial tendrá que advertir a los interesados que, en el caso de que no comparezca a la vista el actor, se le tendrá por desistido, (art. 442.1 LECiv). Del mismo modo, también se tendrá por desistido al demandante si no comparece al acto de la vista, su incomparecencia no determinará la suspensión del acto se procederá a la celebración del juicio (art. 440.1.3) en relación con el (art. 442.2 LECiv).<sup>515</sup> Pero el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, excepto en los casos previstos del (art. 751.2 LECiv).<sup>516</sup>

Sin embargo, si en la fase de alegaciones, una vez admitida la demanda, se emplazaba a la Entidad Pública para que contestara en el plazo de veinte días, y la Administración no contestara, será en ese momento, y no en otro, cuando deberemos considerar procedente declarar en rebeldía al órgano competente de la Entidad Pública al no comparecer en el tiempo señalado (art. 496.1 LECiv).<sup>517</sup> De ese modo, la inasistencia de la parte pasiva no implica desistimiento, lo cual constata que la posición pasiva, en la que precisamente se sitúa la administración, resulta más beneficiosa.<sup>518</sup>

---

<sup>515</sup> SAP Barcelona, Secc. 13ª, 9 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,8162) (Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María dels Angels Gomis Masque), *“inasistencia de las partes” establece en su apartado 1 que “Si el demandante no asistiera a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto por desasistido a aquel de la demanda, se le impondrá las costas causadas indemnizar al demandado comparecido. Así pues, este precepto impone para el caso de que el demandante, debidamente citado, no asistiese (en forma, esto es, con las oportunas postulaciones y defensa) a la vista que se le tenga por desistido,, con imposición en costas, con la única salvedad de que la parte demandada alegare interés legítimo en la continuación del proceso a fin de que se dicte sentencia sobre el fondo y siempre que la actora no se haya conducido en la forma prevista en el art. 183 (imposibilidad acreditada de asistir y solicitar de nuevo señalamiento)”*.

<sup>516</sup> SAP Málaga, Secc. 6ª, 11 de marzo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2130) (Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Inmaculada Suarez-Barcena Florencio), *“teniendo su norma específica que es la contenida en el artículo 751 de la LEC, y concretamente para el desistimiento, figura en la que se ampara el recurrente para pedir la nulidad del procedimiento, rige, el artículo 751.2 de la LEC, norma esta que para que el desistimiento, en procesos de menores como el que nos ocupa, efectivamente, requiere la conformidad del Ministerio Fiscal”*.

<sup>517</sup> Artículo 496.1 LECiv/2000, redactado por el apartado doscientos cinco del artículo decimoquinto de la Ley13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.

<sup>518</sup> Artículo 442 LECiv/2000, redactado por el apartado cincuenta y tres del artículo único de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil.

### C) Celebración y desarrollo

Una vez contestada la demanda y si se dan las condiciones, el juez, mediante providencia, convocará a las partes a la celebración de la vista, que deberá estar a lo dispuesto en el art. 443 LECiv. Aunque con alguna salvedad, no se aplicarán los apartados 1 y 2 del citado precepto,<sup>519</sup> en cuanto, de un lado, los padres biológicos han tenido tiempo para hacer las alegaciones de su petición en el previo escrito de la demanda; de otro lado, la Entidad Pública también habrá formulado su pretensión debidamente fundamentada en la contestación a la demanda, donde, además, habrá podido alegar, en su caso, oponerse a la acumulación de acciones o alegar cualquier otro hecho que pueda ser válida a la prosecución y término del proceso mediante sentencia de fondo.

Primeramente, el Juez de Primera Instancia resolverá sobre las posibles excepciones procesales previstas en el art. 443 LECiv, y, a continuación, dará la palabra a la parte opositora para alegaciones. En ellas, tras ratificar la demanda, podrá introducir nuevos hechos y solicitar el recibimiento del pleito a prueba. Después se concederá la palabra a la Entidad Pública, que ratificará normalmente su escrito de contestación, podrá hacer las alegaciones que estime oportunas y solicitar también el recibimiento del pleito a prueba. Y, por último, se concede la palabra al Ministerio Fiscal, con el mismo fin.<sup>520</sup>

A continuación, se recibe el pleito a prueba, comenzando por la proposición de los medios probatorios de que las partes quieran valerse, por el orden de intervención antes indicado. El Juez de Primera Instancia procederá a la admisión y práctica de las pruebas que se estimen útiles y pertinentes (art. 283 LECiv), si bien teniendo en cuenta los criterios no formalistas que rigen en materia de protección de menores conforme el (art. 752 LECiv).<sup>521</sup>

La propuesta de la prueba por las partes, una vez admitida por el orden jurisdiccional, se llevará a cabo, según lo previsto en el art. 429 LECiv, conforme

---

<sup>519</sup> GONZALEZ PILLADO, E., *Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007*, cit., pg.33.

<sup>520</sup> GUZMAN FLUJA V. C., Y MANZANARES CASTILLEJO, R., *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito procesal civil*, ed., Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2000, pgs 23-57.

<sup>521</sup> STC Sala 1ª, 30 de septiembre de 2002 (RTC 2002,168) (Ponente: Exmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera), “*el derecho de prueba de acuerdo con nuestra jurisprudencia es un derecho de configuración legal lo que comporta como requisito previo inexcusable el que la presentación de las pruebas en el momento procesal oportuno. Del mismo modo este Tribunal ha insistido en que estamos ante un derecho de carácter limitado, lo que se traduce a denegar la admisión de la prueba por el órgano jurisdiccional si su decisión no es arbitraria o irracional*”.

a lo establecido en los arts. 281 LECiv, y, una vez finalizada la práctica, se dará por terminada la vista y el órgano jurisdiccional dictará sentencia dentro de los diez días siguientes (art. 447.1 LECiv).

Asimismo, las partes podrán hacer constar su disconformidad respecto a la inadmisión por parte del órgano jurisdiccional de cualquier medio de prueba propuesta o la no práctica de la misma (art. 281 LECiv), formulando recurso de reposición que se realizará en el acto.<sup>522</sup> El art. 452 LECiv exige, para recurrir en reposición, expresar la infracción en que se ha incurrido. Así, podrán alegarse aquellos supuestos que sean causa de la inadmisión de la prueba, Del recurso se dará traslado a la otra parte para que se oponga. En el caso de desestimación del recurso, el órgano judicial dictará providencia no cabrá la posibilidad de presentar un nuevo recurso a efecto de poder reproducirla en la segunda instancia (art. 285.2 LECiv).<sup>523</sup>

Una cuestión importante es determinar cuándo es preceptiva la audiencia del menor en la vista. Debemos decir que tanto en la LECiv como en el CC se regula la audiencia de los menores antes de decidir, en cualquier proceso de familia, sobre asuntos o cuestiones que les afectaban, en el sentido que el juez, antes de resolver sobre materias referidas a los hijos e hijas, debe oír obligatoriamente a los menores mayores de doce años y a los menores que no hubieren cumplido dicha edad pero tuvieren suficiente juicio, limitándose la LECiv a realizar una mera traslación al ámbito procesal de la norma contenida en el art. 92.2 CC que, en su redacción

---

<sup>522</sup> FERNÁNDEZ VADILLO, R. M., *“Procedimiento de oposición a resoluciones administrativas en protección de menores”*, cit., pg.14.

<sup>523</sup> SAP Córdoba, Secc. 1ª, 11 de mayo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,521) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), *“en cuanto a la pretensión de nulidad de la sentencia por supuestas infracciones en la inadmisión y práctica de prueba, debe recordarse que, a tenor de la jurisprudencia más reciente (por todas, Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 139/2014, de 12 de marzo), ni la indebida denegación de pruebas en primera instancia, ni la falta de práctica de la admitida, dan lugar a la nulidad de actuaciones, porque la propia normativa procesal prevé el modo en que deben ser remediadas tales contingencias, lo que es expresión, en el campo procesal, del principio general que recoge el art. 6.3 del Código Civil de que la nulidad por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva solo procede cuando la legislación no prevé un efecto distinto para el caso de contravención. Y es el caso que el art. 460.2.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el apelante puede pedir en el escrito de interposición del recurso la práctica en segunda instancia de las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia; refiriéndose en igual sentido el artículo 460.2.2º a las propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales”*.

dispone que, “el juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”.<sup>524</sup>

No se contiene en la LECiv ninguna previsión sobre el modo en que ha de realizarse la audiencia a los menores. Si bien es cierto que no es una prueba testifical y, por tanto, no son de aplicación las normas reguladoras de la misma, pese a la falta de previsión normativa, la audiencia al menor debe hacerse en presencia del juez, el Ministerio Fiscal, el Letrado de la Administración de Justicia y los integrantes del equipo técnico, excluyéndose a las partes, pues su presencia podría resultar perturbadora para el menor.

En mi opinión, como hemos analizado en su momento, La LECiv posibilita la audiencia de los menores en la vista, en cualquier momento, a través de la actuación de oficio del juzgador, en cuanto le faculta expresamente para acordar las pruebas que estime pertinentes (art. 752.1 LECiv) o aquellas que sean necesarias que afecten a la esfera de los hijos e hijas menores de acuerdo con la legislación civil aplicable, (art. 770. 4 LECiv).<sup>525</sup>

#### *D) Tramite de conclusiones*

La LECiv dedica solamente dos preceptos a la regulación del trámite de conclusiones. En términos generales, se recoge un periodo de tiempo para que las partes formulen alegaciones por escrito al amparo del art. 185.4 LECiv, y, de modo más concreto, en el art. 433.2 y 3 LECiv, donde se establece cuál será la manera de desarrollarse el trámite en el acto de juicio cuando el proceso sea ordinario. Cuando fuera verbal, y sobre este elemento surge la necesidad de abordar la cuestión, ninguno de los artículos de la LECiv (arts. 442 a 447 LECiv) contiene mención alguna al referido trámite de conclusiones.

---

<sup>524</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guarda y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, ed. La Ley actualidad, Madrid 2007, pg. 53, “la audiencia del menor tiene una doble finalidad, por un lado, ofrece una mejor información directa al órgano judicial y por otro lado, conocer la voluntad del menor en los procesos que le afectan de manera directa e inmediata. Y es por ello, por lo que entiende que debe ser oído siempre que por su madurez de juicio y por su edad pueda entenderse que tiene criterio de decisión suficiente y que su opinión es su deseo natural y libre y no esta manipulada”.

<sup>525</sup> ANDRES JOVEN, J. M., “Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos”, (dir.) Ortuño Muñoz, *cuadernos de derecho judicial* num.1, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, pgs 227-228, “tanto las cuestiones referidas al régimen de visitas a determinar a favor del progenitor no custodio para con la descendencia común, como las de uso y disfrute del domicilio que constituyó la vivienda que fue familiar, como incluso las referentes a privación de la patria potestad de alguno de los progenitores que se acumularan con aquellas, podrán discutirse en el procedimiento declarativo especial previsto en el art. 770 LEC”.

La LECiv/2015 ha venido a introducir importantes reformas en la regulación del juicio verbal, que en general merecen una valoración positiva, pero no desde luego en lo relativo al trámite de conclusiones. El art. 447 LECiv, en su nueva redacción, concede a los litigantes un turno de palabra para que formulen las conclusiones que crean oportunas. Conforme se establece el art. 447 1. LECiv, “*practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones*”. De este modo, los representantes legales, y en lógica defensa, solicitarán al órgano judicial, tras la prueba, la intención de formular las conclusiones que estimen oportunas, pudiendo elevar las mismas a definitivas, a conveniencia de los intereses de su defendido, esgrimiendo el oportuno informe.<sup>526</sup>

La utilización del término “*podrá*”, en mi opinión, deja claramente al arbitrio del Juez de Primera Instancia la concesión del trámite de las conclusiones, sin facilitar ningún parámetro normativo que permita a las partes conocer si se admitirá, o les ayudará para defender su admisión frente al órgano jurisdiccional. Es de suponer que, desde el punto de vista puramente teórico, debería atender a elementos tales como la importancia de los intereses en juego, la complejidad del proceso o de la propia prueba practicada, pero, en la práctica, la realidad será que los Juzgados que se mostraban reacios a admitir el trámite seguirán denegándolo, pero ahora con pleno apoyo legal.<sup>527</sup>

Si, desde luego, el silencio normativo de LECiv no era deseable, por generar dudas e interpretaciones dispares, mucho peor es dejar el trámite de conclusiones a la total discreción del órgano jurisdiccional, sin obligación de motivar la denegación de traslado para conclusiones, y con nula posibilidad de recurso frente a la inadmisión del trámite, dada la redacción del precepto y el carácter facultativo que tiene para el tribunal. Ya con la regulación anterior, era difícil la prosperidad del recurso con fundamento en la imposibilidad de haber formulado conclusiones, puesto que lo procedente en tales casos era interesar la nulidad de lo actuado, con

---

<sup>526</sup> ROMERO SALADO, D. J., *Sobre el trámite de conclusiones en el Juicio Verbal tras la modificación del art.447.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/sobre-el-tramite-de-conclusiones-en-el-juicio-verbal-tras-la-modificacion-del-art-4471-de-la-ley-de-enjuiciamiento-civil>.

<sup>527</sup> BONET NAVARRO, J., “*algunos problemas concretos sobre algunos problemas generales de la prueba en el proceso civil*”, ed. *Diario La Ley*, 6 de octubre de 2009, pg.9, “*en mi opinión, no obstante una regulación poco clara y terminante así como de lo fundada que pueda presentarse la solución que niega la posibilidad de alegaciones conclusivas en el juicio verbal, principalmente por el tenor literal del art. 447 LEC, me inclino por entender que la posibilidad de formular alegaciones conclusivas por la parte será preceptiva en el juicio verbal, al margen de que las partes, por considerarlo innecesario o por cualquier caso de tener que justificarlo, podrán hacer dejación de su derecho a formular alegaciones*”.

retroacción de actuaciones al momento anterior, de modo que no era fácil que dicha nulidad y retroacción fuera concedida si se tiene en cuenta que el quebrantamiento de normas esenciales del procedimiento no conlleva necesariamente la nulidad de pleno derecho, pues para ello es preciso, conforme dispone el (art. 225.3 LECiv), que se haya producido indefensión.<sup>528</sup>

Pero si difícil era antes cuestionar este tipo de decisiones, tras la reforma se antoja prácticamente imposible por el carácter claramente facultativo que se ha concedido al tribunal. Es cierto que, al menos para los padres biológicos, ello se ha visto paliado en cierta medida con la introducción del trámite de contestación escrita dentro del juicio verbal, ya que los progenitores eran los más desasistidos en el acto de la vista, pues hasta que no se producía en dicho momento la contestación verbal de la Entidad Pública se desconocían tanto los motivos de oposición como las pruebas de contrario, mientras que ahora acudirá a la vista oral conociendo de antemano las causas de oposición y parte del material probatorio.<sup>529</sup>

En mi opinión, el legislador, con la reforma del art. 447 LECiv, no ha solucionado el derecho de defensa en el trámite de conclusiones, al no ser respetuosa con el derecho de defensa de las partes, cuando introduce un factor añadido de inseguridad jurídica.<sup>530</sup> Efectivamente, ya no basta con atender al criterio más o menos consolidado en cada órgano judicial en orden a la concesión del trámite de conclusiones en su interpretación de carácter obligatorio, sino que su admisión será ahora una incógnita en función del desconocido criterio de cada Juzgado de Primera Instancia en cada caso, y de la falta de parámetros que determinen cuándo puede o quiere este concederlo o denegarlo.

Asimismo, los litigantes, como regla general, utilizan el trámite de conclusiones para la repetición de las alegaciones contenidas en la demanda y contestación, cuando en realidad su objeto debería ser la valoración crítica de la prueba, poniendo en evidencia las fortalezas de las favorables y las debilidades de la desfavorable. Probablemente se deba a que, en un juicio oral, es labor compleja que requiere mucha formación, rapidez mental, habilidad y experiencia.

---

<sup>528</sup> CUCARELLA GALIANA, L. A., *El trámite de conclusiones en el juicio ordinario* <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp6cuc.pdf>, pg. 1.

<sup>529</sup> MORENO ZUÑIGA, T., *Nueva regulación de las conclusiones en el juicio verbal*, <http://www.teresamorenoabogada.es/index.php/es/blog/104-nueva-regulacion-de-las-conclusiones-en-el-juicio-verbal>

<sup>530</sup> VALMAÑA CABANES, A., *La importancia del trámite de conclusiones y la convivencia de su práctica en el juicio verbal*, [http://www.indret.com/pdf/1156\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1156_es.pdf), pg. 16.

### E) Las diligencias finales

La posibilidad de acordar diligencias finales, previstas en la regulación del juicio ordinario, plantea la cuestión de su aplicación en otro tipo de juicios, en la medida que no existe previsión legal al respecto. Esta cuestión ha sido debatida principalmente respecto del juicio verbal, pero también puede suscitarse la duda con relación a los procesos declarativos especiales como por ejemplo en los de protección a los menores en situación de desamparo y en la sustanciación del recurso de apelación.<sup>531</sup>

Las razones esgrimidas en uno y otro sentido son diversas, y en ocasiones un mismo argumento (por ejemplo, una interpretación literal de la LECiv), sirve para mantener opiniones totalmente distintas sobre si las diligencias finales pertenecen exclusivamente al ámbito del juicio ordinario o, por el contrario, las podemos incluir en el juicio verbal.

Como razones en contra de la aplicación de las diligencias finales en el juicio verbal, podemos citar la propia ubicación sistemática de la regulación de las diligencias finales en sede del juicio ordinario y no entre las disposiciones comunes a los procesos declarativos especiales, lo cual revela la intención del legislador de que sean aplicables únicamente en el juicio ordinario.<sup>532</sup>

El art. 447.1 LECiv establece en el tenor literal de la Ley respecto al juicio verbal que “*practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. Se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes*”. Si no se hubiera querido excluir la posibilidad de diligencias finales que medien entre la vista y la sentencia, dicho precepto podría haberse redactado de otro modo.

Las menciones recogidas en distintos puntos de la LECiv sobre el término “*diligencias finales*” aparecen en su regulación, por ejemplo, en el art. 271.1 LECiv “*sobre diligencias finales en juicio ordinario*”. También se usa una expresión similar en el (art. 286.3 LECiv) “*en otro caso, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto sobre las diligencias finales*”.

Sin embargo, en mi opinión, existen razones suficientes a favor de la aplicación de las diligencias finales en el juicio verbal. Principalmente porque la restricción de las diligencias finales al juicio ordinario debería haber sido expresamente regulada por el legislador en la LECiv, extremo no recogido en la Ley. Igualmente, porque sirve para evitar, tener que practicar prueba en la segunda

---

<sup>531</sup> CAMARA RUIZ, J., “Las diligencias finales” ed. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm.6, 2002, pg. 219.

<sup>532</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., (AAVV), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas Ediciones S.L., Madrid 2001, pg. 736.

instancia, conforme al art. 460.2.2ª LECiv. Este artículo dispone como requisito para admitir la práctica de pruebas “estas no hubieran sido realizadas por causa no imputable a la parte, ni siquiera como diligencias finales”. Si concluyéramos que las diligencias finales no son aplicables a los juicios verbales, debería entenderse que dicha limitación solamente tiene aplicación en el juicio ordinario, distinción que no aparece recogida en la LECiv. Estas diligencias pueden ser más necesarias en el juicio verbal en la medida que se va a evitar dilatar un proceso de protección de menores en una segunda instancia.<sup>533</sup> Por último, conforme al art. 435 LECiv deben permitirse las diligencias finales en el juicio verbal, a tenor del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) que prohíbe la indefensión. Y deben de admitirse en el juicio verbal las diligencias finales ya que el art. 447.1 LECiv no prevé, ni tampoco prohíbe, su práctica.<sup>534</sup>

#### **4. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE PONE FIN A LA OPOSICIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO**

##### *A) La sentencia*

La resolución que pone fin a este procedimiento de oposición es la sentencia. Esta deberá ser dictada en el plazo de diez días contados desde el día siguiente a la celebración de la vista, caso de haberse practicado en ella todas las pruebas y no estimase necesario trámite de conclusiones, o bien desde el de la presentación por las partes de los escritos de conclusiones o haber precluido el plazo para evacuar dicho trámite (art. 447.1 LECiv).<sup>535</sup>

Dicha sentencia es recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial,<sup>536</sup> y se interpondrá dentro de los cinco días siguientes a la notificación de dicha resolución (art. 457 LECiv).

---

<sup>533</sup> HOYA COROMINA, J., (AAVV), *El recurso de apelación a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, ed., Lurgium, Barcelona, 2001, pg. 1935.

<sup>534</sup> STS Secc. 1ª, 12 de noviembre.2008 (Cendoj ROJ 2008,5820) (Ponente: Exmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz), “podía haberse pedido y practicado como diligencias finales, ya que el artículo 435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las contempla para el juicio ordinario, pero teniendo en cuenta la norma constitucional del artículo 24 de la Constitución Española que proscribía la indefensión, se deben admitir tanto en juicio verbal, que no prevé pero tampoco prohíbe el artículo 447, como también entendió esta Sala que caben en el trámite de apelación (en sentencia de 26 de febrero de 2007).

<sup>535</sup> FERNÁNDEZ VADILLO, R. M., *Procedimiento de oposición...*, cit., pg.15.

<sup>536</sup> SAP Girona, Secc. 2ª, 28 de noviembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,2306) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Masfarre Coll), “esa resolución derivaba del hecho de haberse producido incidencias graves de violencia doméstica entre los padres de la menor que dieron lugar a la incoación de diligencias y al ingreso de la menor en el Centre de Urgencies Roure de Barcelona, y tomada como base de la misma el contenido del amplio expediente administrativo existente

Asimismo, las resoluciones que se dicten no tienen el efecto de cosa juzgada material (art. 447.2 LECiv), pudiendo las partes plantear de nuevo, en vía administrativa o judicial, la reintegración de la patria potestad suspendida y de la guarda del menor, en el caso de cambio de las circunstancias que motivaron la declaración de desamparo.<sup>537</sup>

Ahora bien, conforme a lo anterior, existe la posibilidad de que la declaración de desamparo esté sujeta a los límites temporales de la cosa juzgada, cuando los progenitores hacen referencia a la posibilidad de nuevas circunstancias, fácticas o jurídicas, no cubiertas por la regla general de la preclusión (art. 400 LECiv) y que determinen una situación diferente de la que originó el primer proceso y sobre la que recayó la sentencia con fuerza de cosa juzgada. Ello dará lugar a la aparición de una nueva causa de pedir y la existencia de un objeto procesal distinto respecto del que no surtirá efecto la cosa juzgada de la sentencia recaída en el proceso anterior. Todo ello siempre dependiendo del interés del menor y de la estabilidad del núcleo familiar que se encuentre en el momento de la petición.<sup>538</sup>

#### **a) La sentencia termina siempre a favor del interés del menor**

Las sentencias deberán dictarse siempre a favor de la protección del menor. La jurisprudencia, al respecto, establece dos vías:<sup>539</sup> la primera, siempre que lo

---

*en relación a dicha menor. Situaciones de conflicto y desamparo tomadas en el expediente que constan en los informes elaborados por L'Equip d'Atenció a la Infancia i a L'Adolescència, firmados por los técnicos que intervinieron en todo momento. Así las cosas resulta claro que ninguna relevancia tuvieron esos posteriores informes en la decisión impugnada, por lo que o era necesario su aportación a los autos, no habiéndose causado indefensión alguna a la parte, que en todo momento ha podido conocer del voluminoso expediente de seguimiento del caso del menor, material probado más que suficiente para poder discutir y decidir, con pleno conocimiento de causa la cuestión sometida a debate. Si debe convenirse con la recurrente que la resolución dictada debió adoptar la forma de sentencia, toda vez que el art.780 LEC remite al trámite previsto en el art.753 LEC que, a su vez reenvía a las normas procedimentales del juicio verbal, por lo que debiendo concluir éste por sentencia (art.447Lec), así debió de finalizar el procedimiento que nos ocupa”.*

<sup>537</sup> HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *Proceso de impugnaciones de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, cit., pg. 13.

<sup>538</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, ed., Civitas Ediciones S.L., Madrid 2005, pg. 246.

<sup>539</sup> ATS Secc. 1ª, 25 de enero de 2017 (Cendoj ROJ 2017,2019) (Ponente: Exmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), *“algunas Audiencias Provinciales estiman como prioridad el retorno del menor a su familia biológica y consideran que para decidir sobre la legitimidad de la medida de protección adoptada hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en el momento en que esta se enjuicia, no las que existían en la fecha de su adopción; por el contrario otras Audiencias Provinciales valoran el interés del menor por encima de la posibilidad de reinserción en su familia biológica y consideran que las circunstancias que*

permita la situación actual de los padres biológicos, es el retorno a la unidad familiar; La segunda, salvaguardar el interés del menor por encima de la posibilidad de reinserción en su familia biológica, con independencia de posteriores variaciones que hayan podido sufrir los progenitores.

Las normas, en un principio, defienden el posible regreso al seno familiar. Pero este retorno con los padres biológicos no se considera siempre inicialmente adecuado por todas las Audiencias Provinciales, a pesar de que esta prioridad de los padres biológicos es conveniente. Siempre hay que ponderarla con el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los progenitores puedan asumir nuevamente la patria potestad y que sea posible la reinserción del menor en la familia biológica.

***b) La sentencia ampara la integración familiar y favorece los intereses de los menores***

La jurisprudencia ha experimentado una interesante evolución en relación con los problemas de la reinserción del menor al entorno social siempre que se solucionen las circunstancias que dieron lugar a la situación de riesgo o desamparo y no existan las causas que la motivaron.<sup>540</sup> En la actualidad, la integración en el seno familiar favorece siempre los intereses de los menores, sosteniendo que tienen que quedar sin efecto las medidas tutelares de la Administración Pública, volviendo los infantes con los progenitores por considerar que es el mejor lugar para cubrir sus necesidades materiales, lo protejan y se responsabilicen de él, y puedan los menores desarrollar sus relaciones afectivas, educativas o alimenticias.<sup>541</sup>

---

*deben tenerse en cuenta son fundamentales la que motivaron la adopción de la medida de protección con independencia de posteriores variaciones que haya podido sufrir”.*

<sup>540</sup> SAP Sevilla, Secc. 6ª, de 12 de junio de 2000 (JUR 2000,283139) (Ponente. Ilmo. Sr D. Marcos Antonio Blanco Leira), “*porque la situación potencialmente peligrosa para los menores fue pasajera, de una duración de escasos meses, calificable como enfermedad, de la que se recuperó en su totalidad, no existiendo ya situación ni actual ni potencial de riesgo para los menores”.*”

<sup>541</sup> SAP Lleida, Secc. 1ª, 18 de diciembre de 2003 (JUR 2004,30274) (Ponente Ilmo. Sr D. Francisco Segura Sancho), “*de los principios que inspiran la protección de menores se encuentran, por un lado, el derecho de todo menor a crecer en el seno de una familia que cubra sus necesidades materiales, le proteja y se responsabilice de él, lo que se complementa, por otro lado, con el derecho a crecer en un ambiente afectivo que le permita y potencie el desarrollo íntegro de su personalidad.”.*”

De todas formas, la intervención de la Entidad Regional debe producirse de forma temporal, hasta que el problema que dio origen a la situación de desamparo haya desaparecido y los menores puedan retornar con sus padres biológicos.<sup>542</sup>

***c) La sentencia ampara los intereses de los menores no prevaleciendo al retorno familiar***

Una parte de la jurisprudencia considera que se tiene que estar a las circunstancias del momento, en el que la Entidad Pública adoptó la situación de riesgo o desamparo. Y sobre ellas, el juez debe pronunciarse. Ahora bien, el órgano judicial deberá tener en cuenta las nuevas condiciones favorables de los progenitores.<sup>543</sup> Por ejemplo, atenderá aquellas nuevas circunstancias de naturaleza material o social que han mejorado las condiciones de vivienda, educación, sanitarias, y que han cambiado las relaciones afectivas, sociales y alimenticias respecto a los menores. Asimismo, los progenitores podrán alegar que los acontecimientos que motivaron el momento de definir la situación de riesgo o

---

<sup>542</sup> Las Audiencias Provinciales que son partidarias de la reinserción en la familia biológicas son entre otras: SAP Sevilla, Secc. 6ª, 20 de enero 1999 (AC 1999,3893) (Ponente Ilmo. Sr. D. Julio García Casas), SAP Almería, Secc. 2ª, 4 de octubre 2001 (JUR 2002,14324) (Ponente Ilmo. Sr. D. José María Contreras Aparicio), SAP Castellón de la Plana, Secc.2ª, 4 de octubre 2006 (Cendoj ROJ 2006,899) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina, SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 29 de julio 2008 (Cendoj ROJ 2008,2557) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos), SAP Oviedo, Secc. 6ª, 26 de noviembre 2012 (Cendoj ROJ 3449,2012) (Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Elena Rodríguez-Vigil Rubio), SAP Alicante, Secc. 1ª, 28 de noviembre 2012 (Cendoj ROJ 2012,3835) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gil Martínez), SAP Cáceres, Secc.1ª, 28 de diciembre 2004 (JUR 2005,28250) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Bote Saavedra), SAP A Coruña, Secc. 5ª, 26 de enero 2006 (JUR 2007,135166) ( Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo), SAP Tarragona, Secc. 1ª, 4 diciembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1391) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Pilar Aguilar Vallino), SAP Jaén, Secc. 1ª, 30 julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,787) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Elena Arias-Salgado Robsy).

<sup>543</sup> SAP Islas Baleares, Secc. 3ª ,11 de marzo 2005 (AC 2005,351) (Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez.), *“parte de las alegaciones del apelante se refieren a que la madre ha superado los problemas psiquiátricos que sufría y que disfruta de una estabilidad laboral y de una vivienda adecuada, todo lo cual haría que en la actualidad se hallase en buenas condiciones para hacerse cargo de sus hijas. Pero olvida el apelante que en estos procesos de oposición a las resoluciones administrativas en materia de menores la cognición del juez se limita a la resolución impugnada para lo cual es preciso tomar en consideración la situación tal cual ésta se presenta en el momento en que se adoptó la decisión de protección y asunción de la tutela administrativa. Los hechos posteriores, la evolución de la madre en cuanto a su capacidad para volver a asumir el pleno ejercicio de sus responsabilidades parentales, la protección o el diagnóstico futuro no pueden ser tomados en cuenta para determinar si la intervención administrativa fue, cuando se produjo, ajustada o no a derecho”*.

desamparo han cambiado, solicitando al Juez competente que los infantes sean reintegrados en el seno familiar.

Sin embargo, la jurisprudencia establece que este alegato es incompleto, siendo necesaria una serie de circunstancias complementarias que se deben tener en cuenta, como por ejemplo, entre otras: el tiempo transcurrido fuera del seno familiar;<sup>544</sup> si su integración en una familia de acogimiento y el entorno es satisfactorio; si se han desarrollado vínculos afectivo 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 familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.<sup>545</sup> En definitiva, se consideran aspectos que permitan descubrir si la situación de desamparo sigue de forma latente en el seno familiar o, por el contrario, el interés de los menores pasará por la familia de acogida.<sup>546</sup>

Por último, hacer referencia a que las resoluciones se recurrirán, conforme las reglas generales, ante las Audiencias Provinciales, Tribunal Superior de

---

<sup>544</sup> SAP Barcelona, Secc. 18ª, 25 de enero 2007 (JUR 2007,192687) (Ponente Ilmo. Sr D. Enrique Anglada Fors), *“la convivencia con los menores durante tan prolongado periodo de tiempo con los acogedores ha contribuido a solidificar una situación sentimental y afectiva de los niños en un entorno concreto que realiza para ellos el esquema ideal y creativo de la familia”*.

<sup>545</sup> SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 7 de marzo 2012 (JUR 2012,107970) (Ponente Ilmo. Sr D. Julián Carlos Arqué Bescós).

<sup>546</sup> Las Audiencias Provincial que creen que los intereses de los menores están por encima de los intereses de los padres biológicos: SAP Murcia, Secc.4ª, 20 junio de 2011 (JUR 2011,278756), (Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán), SAP Córdoba, Secc. 1ª, 9 de octubre 2015 (Cendoj ROJ 2015,891) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García), SAP Barcelona, Secc.18ª, 18 de diciembre 2014 (Cendoj ROJ 2014,13857) (Ponente: María Dolores Viñas Maestre), SAP Salamanca, Secc.1ª, 22 de julio 2015. (Cendoj ROJ 2015,369) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Martín Pérez), SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, 4 de mayo 2011 (JUR 2011,281480) (Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco), SAP Ávila, Secc. 1ª, 10 de junio 2005 (AC 2005,2233) (Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Callejo Sánchez), SAP Valencia, Secc. 10ª, 16 de enero 2012 (JUR 2012,76066), (Ponente Ilma. Sra. Dña. María pilar Manzana Laguarda). SAP Tarragona, Secc.1ª, 8 de abril 2011 (JUR 2011,260727) (Ponente Ilma. Sra. Dña. María Joana Valldepérez Machi). Otras audiencias Provinciales como SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 2 de mayo 2012 (JUR 2012,180356), (Ponente Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós), SAP Castellón, Secc.2ª, 12 de julio 2007 (JUR 2007,317780) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Cristina Domenech Garret), SAP Granada, Secc. 5ª, 17 de octubre de 2008 (Cendoj ROP 2008,1785) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano), SAP Murcia, Secc. 4ª, 23 de diciembre 2009 (JUR 2010,67889) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader), SAP Cádiz, Secc. 5ª, 27 de abril de 2012 (JUR 2012,205325) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Rosa María Fernández Núñez), SAP Salamanca, Secc. 1ª, 17 de enero de 2017 (Cendoj ROJ 2017,15) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Borjabad García).

Justicia, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal de Derechos Humanos.

*B) La posición del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos humanos sobre las distintas vías interpretativas y criterios jurisprudenciales*

***a) Tribunal Constitucional***

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional con referencia a los menores se refiere al derecho de familia y, atención de los derechos fundamentales de los menores. En el derecho de familia (art. 39 CE), la doctrina jurisprudencial mayoritariamente viene referida a dos grandes áreas: la primera, referente a la guardia y custodia de los menores, como por ejemplo, la custodia compartida, además del derecho a visitas de los progenitores y familia, alimentos o atribución del uso de la vivienda; y la segunda a las cuestiones derivadas del régimen jurídico de la adopción y acogimiento.

Sin embargo, en lo que se refiere a la protección del interés general del menor, ampara en cada “caso concreto”.<sup>547</sup> Así, por ejemplo, se centra en si el menor, tiene que convivir con un progenitor o con otro; si la convivencia con la familia biológica es lo aconsejable o, por el contrario, va a ser un problema de carácter afectivo, educacional o psicológico, o tal vez sería aconsejable que se quedara con los acogedores, tutores o familia adoptiva.<sup>548</sup> El juez que dictó la

---

<sup>547</sup> STC Sala 2ª, de 28 de abril de 2008 (RTC 2008,58) (Ponente: Exmo Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez), “la decisión adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender especialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de estos) guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes. No resulta ocioso insistir en que lo decisivo para nuestro enjuiciamiento es que, atendidas las circunstancias concretas del caso se aprecie la existencia o no de indefensión material, no siendo suficiente para ello la constatación del mero incumplimiento de las reglas procesales que disciplinan un concreto proceso. Fueron precisamente las circunstancias del caso concreto las que condujeron a rechazar la alegación de indefensión que se adujo en el caso resuelto por la STC 114/1997, de 16 de junio”.

<sup>548</sup> STC Sala 1ª, 13 de febrero de 2009 (RTC 2009,47) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez), “al realizar el enjuiciamiento que nos corresponde hemos de partir de la observación básica de que no entra en la esfera de nuestras competencias pronunciarnos sobre el extremo de si la reinserción de la menor con su familia biológica puede o no causarle los daños psíquicos alegados pues ni este tribunal puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso[art.44.1b) LOTC, ni le corresponde efectuar la ponderación de cuál sea el interés de la menor, al ser ésta una cuestión de legalidad ordinaria que, como ahí que

sentencia, a la vista de las circunstancias, considerando el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (STS de 29 de mayo de 2000).

Sin embargo, El Tribunal Constitucional en la STC Sala 2ª de 1 de febrero de 2016<sup>549</sup>, aborda por primera vez el interés del menor desde el punto de vista de la ponderación, entendiéndose esta cuestión, *“al afirmar que el interés superior del menor se encuentra por encima de los intereses de la custodia, obligando a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”*.

El análisis constitucional de la ponderación se constriñe a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE),<sup>550</sup> a una resolución judicial motivada y fundada en derecho, razonable, no arbitraria ni incurra en error patente, con expresa exclusión de un pretendido derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de la norma aplicada. Y si de la valoración del caudal probatorio se trata, también se referirá a la constatación de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

En resumen, el control del Tribunal Constitucional se extiende a comprobar que la motivación del Juez incluye, de forma expresa, un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor.

### ***b) Tribunal de los Derechos Humano***

Este Tribunal, con ocasión de la aplicación del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, *“para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”*, en particular con motivo de la protección del menor, ha conocido las distintas situaciones de desamparo, los conflictos donde una vez más debe de ponderar el interés del menor sobre los padres biológicos.<sup>551</sup> Las cuestiones que llegan al TEHD sobre relaciones paternas-filiares, familias de

---

*nuestra función deba limitarse únicamente a verificar si la decisión de la Audiencia Provincial de ordenar la entrega inmediata de la niña a su madre biológica con el fin de evitar el posible daño psíquico que podía ocasionarle la permanencia con su familia preadoptiva se ha justificado debidamente, conforme lo exigido por nuestra jurisprudencia”*.

<sup>549</sup> (RTC 2016, 16) (Ponente: Exmo Sr. D. Adela Asua Batarrita).

<sup>550</sup> STC Sala 2ª, 19 de abril 2004 (RTC 2004,71) (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón), *“así pues son dos las vulneraciones derecho a la tutela judicial efectiva observadas en el modo de proceder de la Audiencia de Sevilla de su decisión aquí impugnada: de un lado, y frente a los recurrentes en amparo falta de motivación del auto recurrido en relación con el transcurso temporal sobrevenido en el caso y, de otro, frente a la propia menor indefensión como consecuencia de la omisión de su necesaria ausencia”*.

<sup>551</sup> RIVERO FERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ed., Dykinson S.L., Madrid, 2007, pg. 51.

acogidas,<sup>552</sup> ya no son cuestiones de carácter temporal, sino situaciones de carácter permanente. Hay que tener en cuenta la duración en el tiempo que se ha producido hasta que llega a este Tribunal.

Las sentencias del TEHD van encaminadas a salvaguardar los intereses de los menores que se encuentran en situación de desamparo y defienden la vida privada, moral y familiar del mismo. El órgano jurisdiccional que dicta sentencia, normalmente con ocasión de la vuelta con los padres biológicos, también tendrá en cuenta el dilatado lapso de tiempo que el menor ha estado fuera del seno familiar y la posible integración con la familia biológica.<sup>553</sup> El tribunal, ante esta temporalidad, apuesta por la reciente estructura grupal en la que se encuentran los menores, que forma parte de un núcleo familiar.<sup>554</sup>

---

<sup>552</sup> ELÍAS MENDEZ, C., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional* ed., Tirant lo Blanch Universidad de Valencia 2002, pg. 82, “en el caso *Eriksson contra Suecia*, una madre se ve privada de recoger a su hija del domicilio de acogida y, aunque posteriormente se le restituye su derecho se le imponen muchas restricciones en el ejercicio del mismo. La sentencia del Tribunal de Derechos Humanos condena a Suecia por obstaculizar las relaciones entre madre e hija, ya que la Ley nacional que prevé la posibilidad de injerencia de la Administración sueca no cumple los requisitos que impone el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reza así: “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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”. En el mismo sentido STEHD, Secc A130, 24 de marzo de 1988 (TEDH 10465,83), (asunto Olsson contra Suecia).

<sup>553</sup> MASCARELL NAVARRO, M<sup>a</sup>. J., “Procedimiento...”, cit., pg.44, “padres que fueron separados de sus hijos tras procedimientos seguidos para la protección de menores, acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la violación por las autoridades nacionales del art.8 del Convenio, que reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, y en numerosas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a los Estados, entre ellos al Estado español, por incumplir la obligación de celeridad necesaria en este tipo de asuntos”.

<sup>554</sup> STEHD, Secc. 3<sup>a</sup>, 18 de junio de 2013 (TEDH 28775,12), (asunto R.M.S. contra el Reino de España), “el TEDH estima que la toma en consideración de la vulnerabilidad de la demandante en el momento en que su hija fue entregada en acogimiento institucional hubiera podido jugar un papel importante para entender la situación en la que se encontraban la niña y su madre. Asimismo, la evolución posterior de la situación financiera de la demandante no parece haber pactado la atención del Juez. Este se ha limitado a constatar “los informes técnicos” sin más precisión en cuanto a su contenido, y a considerar que la “recuperación de las competencias educativas” no había sido probada, cuando ni siquiera había sido considerado ningún maltrato de la madre a la hija. Señala además que el informe de seguimiento del Servicio de Protección de Menores, ha demostrado que después de seis años que se le separara de la demandante, la niña estaba bien ingresada en su familia de acogimiento, que proveía de todas sus necesidades materiales y afectivas y con la que vive,

El TEHD no entra a cuestionar si las decisiones adoptadas por las autoridades internas del país en las distintas sentencias han sido conformes a Derecho o no. Pero sí conocerá sobre si esas decisiones han podido vulnerar alguna norma de carácter internacional. Si el tribunal estima la vulneración, al país que incumplió podrá serle imputable alguna responsabilidad y deberá indemnizar quien las violó.<sup>555</sup>

## 5. LA INSCRIPCIÓN DEL MENOR EN LOS REGISTROS CIVILES

El menor deberá ser inscrito en el registro civil por las Entidades Públicas de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores en situación de desamparo o abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la guarda que deban asumir. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos (art. 48 LRC/2011).

Por su parte, el juez, mediante sentencia, comunicará de oficio la declaración de desamparo a los órganos públicos que tengan la responsabilidad de los menores, y a las personas físicas vinculados a los mismos. En nuestro ordenamiento jurídico, al no precisar la inscripción la declaración de desamparo y consiguiente tutela legal mediante una resolución judicial, no se podrá inscribir al menor en el Registro Civil a tenor del art. 218 DRC/1958, ya que sólo tienen acceso las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares. Si bien no pueden olvidarse los arts. 46 y 48 LRC/2011, que obligan a anotar al margen de la inscripción de nacimiento en los supuestos de desamparo “*cuantos hechos afectan a la patria potestad*”.

Del mismo modo, El órgano jurisdiccional, mediante sentencia, comunicará a la Administración Pública que tenga la responsabilidad de los menores no acompañados en situación de abandono, que inscriban sin demora, sea o no

---

*observa a este respecto que el paso del tiempo ha tenido como efecto hacer muy difícilmente reversible una situación que se hubiera podido enmendar con otros medios que no fueran la separación y la declaración de la niña en situación de desamparo”.*

<sup>555</sup> STEHD, Secc. 3ª, 24 de mayo de 2011 (TEHD 2011,50) (Saleck Bardi contra el Reino de España) “*el Tribunal recuerda asimismo que su tarea no es sustituir a las autoridades internas, sino apreciar desde el punto de vista del Convenio las decisiones que tales autoridades han dictado en el ejercicio de su facultad discrecional. Así al mismo tiempo que reitera que no le corresponde sustituir con su propia valoración la de las autoridades internas competentes en cuanto a las medidas que podrían haberse adoptado, toda vez que dichas autoridades están en principio en mejor situación para poder proceder a tal valoración, y reconocimiento que en el caso de autos se esforzaron de buena fe en preservar el bienestar de la niña, el Tribunal constata la existencia de una falta de diligencia en el procedimiento tramitado por las autoridades responsables de la duración de la estancia de la menor en España*”.

conocido su lugar de nacimiento, así como la inscripción de la tutela administrativa (art. 48 LRC/2011).

Los menores inscritos en situación de desamparo o no acompañados que se encuentren tutelados por la Administración Pública pueden cambiar su situación registral mediante la figura jurídica de la adopción, exigiéndose el cumplimiento de los siguientes requisitos: demostrar el lugar de su nacimiento;<sup>556</sup> que conste convenio internacional con el país de origen;<sup>557</sup> y que los adoptantes cumplan los requisitos que exige el estado español, esto es, la persona que tiene que adoptar debe tener al menos veinticinco años (si se trata de una pareja de hecho o un matrimonio, basta con que uno de los dos los tenga), y catorce más que el menor (art. 175 CC).

Por su parte, aquellas personas que hayan sido incapacitadas para ejercer la patria potestad no podrán adoptar. Además, las diferentes Comunidades Autónomas pueden establecer sus propios requisitos (por ejemplo, las parejas que desean adoptar en Asturias o en Madrid han de acreditar una convivencia previa de tres años). En caso contrario, el Ministerio Fiscal se opondrá a la inscripción.

---

<sup>556</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIO, (Civil), (RJ 1995,1456), resolución de 10 de enero de 1995. *“En todo caso hay que tener presente que son españoles de origen los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada y que a estos efectos se presume nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español (Cfr. Artículo 17.1 CC). Aunque no hubiera acreditado el lugar de alumbramiento, también sería competente el Registro Civil de M. por ser esta ciudad el primer lugar conocido de estancia del no inscrito (Cfr. Artículo 169 RRC)”*.

<sup>557</sup> DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIO, (Civil) (JUR 2012,103867), resolución, de 26 de abril de 2011. *“La cuestión planteada versa sobre la posible inscripción en los Registros Civiles españoles de las adopciones que pueden constituirse en Etiopia por ciudadanos españoles residentes en España a favor de menores de nacionalidad etíope. Tales adopciones serán inscribibles siempre que se pueda alcanzar la conclusión de su validez jurídica y su documentación auténtica, y siempre que la adopción etíope pueda considerarse institución equivalente a la adopción española. En el presente caso, en el que los padres de la niña declararon formalmente su incapacidad para hacerse cargo de su hija los progenitores no se encuentran en condiciones aptas para atender las obligaciones de cuidado y educación del menor, generando una situación de desamparo que da lugar a la intervención de los centros públicos o privados a fin de poder asumir la custodia del menor puede ser reconocida en España como verdadera adopción en el sentido pleno del término propio del Derecho español y, en virtud, siempre que se cumplan los demás requisitos legales, ser inscritas en el Registro Civil español”*.



## **CAPÍTULO VIII. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES POR INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ORGANISMO JUDICIAL**

### **I. LAS FIGURAS DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA Y LA GUARDA**

#### **1. LA TUTELA**

La tutela en la sociedad actual representa una de las instituciones más relevantes para el menor y la familia, tanto por las implicaciones patrimoniales como personales. Así, la persona designada para esta responsabilidad resulta de vital interés para la protección del infante. Por esto que, el Código Civil y la Ley “*de modificación del sistema de protección a la infancia*”, de 2015, establecen qué personas garantizan los requisitos necesarios para ejercer la tutela de los menores que se hallen en situación de desamparo, (art. 222.4 CC).<sup>558</sup> Las conclusiones obtenidas del análisis de las fuentes de este trabajo nos confirman que la Administración Pública será la competente en asumir la tutela o guarda del menor de forma individualizada.<sup>559</sup> Esta intervención será supervisada por un organismo judicial y el Ministerio Fiscal cuando se declare el desamparo y la tutela

---

<sup>558</sup> GALINDO GARFÍAS, I., *El Derecho del menor a la Tutela*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/434/28.pdf> pg. 290, “*la tutela no es propiamente una institución sustitutiva de la patria potestad. Es una institución que actúa, vive y funciona por sus propios fundamentos justificativos; aunque el Código Civil disponga que tutela tiene lugar cuando no hay personas que ejerza la patria potestad*”.

<sup>559</sup> Dispone el artículo 19.1 bis, L/2015 que “*cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor elaborará un plan individualizado de protección que establezca los objetivos, la previsión y el plazo de medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluso, en su caso, el programa de reinserción familiar. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades*”.

del menor,<sup>560</sup> permitiendo la designación de un tutor.<sup>561</sup> Sin embargo, esta institución tutelar puede ser asumida por un familiar o cualquier otra persona que mantenga una relación directa con el menor. En el supuesto que no pueda cumplir con las reglas ordinarias de la custodia, esta pasará a ser regla por las Entidades Públicas que tienen en sus territorios encomendados la protección de los menores.<sup>562</sup>

La tutela automática lleva consigo la pérdida de la patria potestad por parte de los padres biológicos y la tutela ordinaria por algún familiar. El debate se abre nuevamente con la intervención de la Administración Pública y deberá plantearse hasta qué punto es necesaria una resolución judicial para resolver las situaciones de los menores si el órgano público actúa conforme se establece en el art. 172 CC. En este ambiente de posibles contradicciones, el Juez competente permitirá controlar que las Entidades Públicas no actúen de forma automática para evitar errores.<sup>563</sup>

---

<sup>560</sup> SAP Vizcaya, Secc. 4ª, 26 de enero de 2007 (JUR 2007,121645) (Ponente: Ilmo. Sr D. Fernando Valdés-Solís Cechina), *“el menor está sometido a la patria potestad de su madre y la institución competente no ha dictado acto administrativo declarando al menor incurso en situación de desamparo, conforme previene los arts. 172 y ss. del Código Civil, competencia administrativa que en ningún caso es compartida por el poder judicial, el cuál efectúa con control posterior de la legalidad y oportunidad de dichas resoluciones sin que los jueces corresponda un papel distinto del señalado por los art. 158 y 216 del Código Civil”*.

<sup>561</sup> Conforme el artículo 239. CC, *“la tutela de los menores desamparados corresponde por ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este”*.

<sup>562</sup> SAP Almería, Secc. 3ª, 9 de abril de 2008 (JUR 2008,216450) (Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad), *“tutela: no todo expediente de tutela que tenga origen en una desasistencia moral o material de un menor, está condicionado en su inicio o posibilidad de incoación a la declaración administrativa de desamparo la regla ordinaria sea la declaración de desamparo administrativa y el nacimiento de la tutela legal que prevé el art. 239 pfo 1º del C. Civil, no es óbice para que esa situación de desamparo no pueda ser apreciada por un tribunal a los efectos precisamente del supuesto excepcional que prevé el pfo. 2º del indicado artículo 239 a fin de verificar la posibilidad del nombramiento de tutor conforme las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con beneficio para éste”*.

<sup>563</sup> STSJ Sevilla, Secc.3ª, 7 de noviembre de 2007 (RJCA 208,195) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Sánchez Ugena), *“según explican los demandantes, son padres de cinco hijos, todos menores de edad. Vive la familia en el pueblo de La Rinconada (Sevilla) y se mantiene con lo que el padre gana con su trabajo como albañil. El 21 de septiembre de 2000 la policía, provista de la oportuna autorización judicial, se presentó en el domicilio familiar, y se llevó a los cinco niños. Ello fue como consecuencia de la decisión adoptada por la Consejería, decisión que consistió en declarar a los menores en situación de desamparo, y ordenar su ingreso en*

Asimismo, las intervenciones de los órganos administrativos susceptibles de provocar daños morales podrán generar el deber de indemnización establecido por los órganos jurisdiccionales.<sup>564</sup> Esta intervención de los órganos administrativos, que evita los desarraigos sociales, dejará de existir una vez que desaparezcan las circunstancias que la motivaron. Si continúan las circunstancias que la motivaron, una comisión de la tutela del menor intervendrá haciéndose cargo del infante.<sup>565</sup>

Las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor serán inscritas en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicial. Asimismo, tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de los cargos tutelares. Las anteriores resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones (art. 73 LRC/73).

## 2. INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN DE LA TUTELA DEL MENOR

Cuando los órganos sociales han intervenido ante el desamparo de un menor, sin éxito cuando se ha observado una irregularidad social, la Administración Pública soluciona el problema poniendo en funcionamiento otras medidas mucho más contundentes como la creación de una Comisión de Tutela del menor. Se trata de un órgano colegiado de carácter administrativo jerarquizado que depende de la

---

*centros asistenciales. Según alega la demanda, el expediente se llevó a cabo sin oír a los padres”.*

<sup>564</sup> STSJ Sevilla, Secc. 3ª, 30 de abril de 2009 (Cendoj ROJ 2009,2507) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Gabaldon Codesido), *“declara la responsabilidad patrimonial, queda establecer el importe de la indemnización de los daños morales causados a los demandantes. Las dificultades de cuantificación de los daños morales han sido reconocidas por el Tribunal Supremo que, por ejemplo, en sentencia de 23 septiembre 1992 declaró: “Cuestión distinta es la cuantía de la indemnización solicitada por la apelante. Puesto que efectivamente es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automática para fijar la indemnización en casos como el presente No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una Indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio”.*

<sup>565</sup> SAP Huelva, Secc. 2ª, 28 de noviembre de 2000 (JUR 2001,77720) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago García García), *“la propia Administración competente para su adopción la ha dejado sin efecto, de acuerdo con las nuevas circunstancias, en la que voluntad de padres e hija, sin que medie riesgo ni conflicto entre ellos, ha determinado la extinción de la medida protectora. Sin perjuicio de su necesidad cuando se dieron las circunstancias para ello, ahora la Administración confía a la menor a sus padres, dejando sin efecto aquella declaración de desamparo que determinó conforme al art.172 CC la guarda y tutela del ente público correspondiente”.*

Entidad Pública Autonómica e interviene en situaciones que vienen dadas por su carácter de urgencia.<sup>566</sup>

En aquellas situaciones de protección de menores donde sea necesaria una intervención rápida por parte de la Institución Pública Local, este órgano se pronunciará sobre la idoneidad de las familias en adopción y acogimiento, tanto a nivel nacional como internacional.<sup>567</sup> La normativa que regula sus funciones de tutela está recogida en el Código Civil, en la Ley “*de modificación de la infancia y adolescencia*” de 2015, de Protección Jurídica del menor, y en las Leyes de los menores de las Comunidades Autónomas.

La Comisión de la Tutela del menor tiene como objetivo desjudicializar la materia de la protección del menor para que pase a ser asumida por órganos de la Administración Pública cuando se den las condiciones necesarias.<sup>568</sup> Asimismo, el nombramiento de un tutor y de un órgano que vigile que se cumpla el interés del menor implica la guarda de los menores en desamparo o la voluntariedad de los padres biológicos. Ahora bien, la tutela se acordará en los supuestos en que un menor sea declarado en situación de desamparo. La Entidad Pública competente en materia de protección de menores asumirá la tutela automática del mismo, por lo que la patria potestad de los progenitores se suspende legalmente, actuando en beneficio del menor que estará amparado por la autoridad judicial (art. 216 CC). La vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de la Comisión de la Tutela del menor es atribuida al Ministerio Público. Este órgano es el máximo encargado de la vigilancia de la tutela de forma territorial de los menores desamparados. Su intervención podrá realizarse de oficio o a instancias de los interesados, conforme se establece en los arts. 174.1 y 232 CC.

El órgano administrativo, valorada la situación, motivará y buscará la protección del menor, apartándolo, si fuera preciso, del núcleo familiar.<sup>569</sup> La

---

<sup>566</sup> Según el artículo 1 D. 1998, “*la Comisión de Tutela del Menor de Madrid estará constituida por los siguientes miembros: un Presidente, un vicepresidente, cinco vocales, un letrado de los servicios jurídicos con voz pero sin voto, y un secretario. Además el Presidente de la Comisión podrá recabar la asistencia de expertos, los cuales intervendrán con voz y sin voto*”.

<sup>567</sup> Con la aprobación del D. 71/2005, de 21 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la participación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor en la Comisión de Tutela del Menor, en el Consejo de Atención a la Infancia y Adolescencia y en los Consejos Locales. Formará parte de la Comisión Tutelar del Menor en calidad de vocal, un representante de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor.

<sup>568</sup> Corresponde a la Comisión de la Tutela del menor, las situaciones de protección de los menores en situación de desamparo, la adopción nacional e internacional y acogimiento familiar.

<sup>569</sup> STSJ Barcelona, Secc. 1ª, 12 de marzo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3079) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Eugenia Alegret Burgues), “*el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia*”

Comisión de la Tutela intervendrá de forma que perjudique lo menos posible y siempre atendiendo a la enseñanza, formación y educación del menor. El carácter temporal de la comisión nos indica que, una vez terminado el motivo por el cual se produjo la intervención, volverá con sus padres biológicos; en caso contrario, la Entidad Pública optará por el acogimiento o adopción.<sup>570</sup>

Sin embargo, los posibles abusos de poder por parte de este órgano social, al igual que la tutela, en ocasiones han supuesto orillar las evoluciones de los progenitores para recuperar a sus hijos e hijas, dando como resultado importantes indemnizaciones económicas.<sup>571</sup> Resulta patente que, la Administración Pública

---

*de Lleida consideró que el matrimonio se hallaba incurso en el art. 105 de la LDOIA, causas: d) El ejercicio inadecuado de las funciones de guarda que comporte un peligro grave para el niño o el adolescente; e) El trastorno o la alteración psíquica o la drogodependencia de los progenitores, o de los titulares de la tutela o de la guarda, que repercuta gravemente en el desarrollo del niño o el adolescente; h) La desatención física, psíquica o emocional grave o cronificada; i) La violencia machista o la existencia de circunstancias en el entorno sociofamiliar del niño o el adolescente, cuando perjudiquen gravemente su desarrollo; j) La obstaculización por los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda de las actuaciones de investigación o comprobación, o su falta de colaboración, cuando este comportamiento ponga en peligro la seguridad del niño o el adolescente, así como la negativa de los progenitores o los titulares de la tutela o de la guarda a participar en la ejecución de las medidas adoptadas en situaciones de riesgo si ello conlleva la persistencia, la cronificación o el agravamiento de estas situaciones; y, k) Las situaciones de riesgo que por su número, evolución, persistencia o agravamiento determinen la privación al niño o al adolescente de los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad”.*

<sup>570</sup> STSJ Zaragoza, Secc. 1ª, 14 de mayo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,593) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch), *“la sentencia de 28 de julio de 2014 consideró la situación del demandante para poder determinar si puede hacerse cargo de la custodia del menor, y concluyó que tiene un conocimiento básico de las necesidades de un menor, y presenta una situación personal y laboral inestable, al igual que la madre. Respecto de ésta se añadirá que presenta signos de trastorno de conducta o personalidad y no acredita la continuidad del tratamiento de desintoxicación. En lo que se refiere al niño, expone la sentencia que no ha tenido ningún vínculo con sus padres biológicos, y que ha creado con la familia acogedora, con la que se encuentra desde hace años, se han creado unos lazos afectivos estables en un entorno que garantiza la cobertura de las necesidades del menor. Valorando la situación expuesta y, especialmente, que las peticiones de visitas al menor por su padre o madre biológicos han sido desaconsejadas por los técnicos que han estudiado la cuestión, y que retomar los contactos con la familia de origen sería poner en peligro el camino ya recorrido y con un resultado muy incierto, la sentencia terminó desestimando íntegramente la demanda presentada por el padre. en reclamación de guarda y custodia así como el régimen de visitas interesado por la madre”.*

<sup>571</sup> CARRASCO PERERA, A., “Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan” *“publicación: Actualización Jurídica Aranzadi”* núm.807/2010 (Tribuna), (BIB 2010 3783), ed., Aranzadi. Pamplona, 2010. Sobre la sentencia del STSJ Barcelona, Secc. 4ª, 30 de abril de 2010 (Cendoj ROJ 4839,2010) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Abelleira Rodríguez), *“sentencia del TSJ*

debe apreciar el cambio de circunstancias y tenerlas en cuenta antes de asumir la tutela automática. Los interesados se pueden oponer, dando cuenta a la Entidad Pública del cambio de sus circunstancias personales o, en su defecto, al juez ordinario competente para el caso concreto.

Como se ha reiterado. doctrinal y jurisprudencialmente,<sup>572</sup> para apreciar la situación de desamparo, se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, tendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el (art. 39.1 CE).

Por último, diremos que, para la constitución de la tutela administrativa, son necesarios unos requisitos formales. El procedimiento, como sabemos, es extrajudicial, y se ajusta a una serie de formalidades administrativas y civiles. De este modo, una vez que la Administración Pública ha constatado el hecho del desamparo, es necesario que, mediante una resolución, se aprecie dicha protección del menor y se declare la asunción del auxilio por ministerio de la Ley. Dicho en otros términos, es necesario que esa situación de hecho sea declarada formalmente por la Entidad Pública mediante la resolución administrativa, y asuma automáticamente la función de custodia.

Asimismo, motivadas las causas que dieron lugar a la situación del desamparo, se llega a la intervención de la Institución Pública y de los posibles efectos de la decisión adoptada conforme a las Leyes estatales y autonómicas. En

---

*Cataluña, contencioso de 30 de abril de 2010 (PROV 2010 299140) que condena a la Generalitat a indemnizar con un millón de euros a los padres biológicos de un niño, primero declarado desamparo, luego atribuido el acogimiento pre adoptivo, y finalmente adoptado con irreversibilidad. No se discute que procediera la declaración de desamparo (el toxicómano en prisión, ella toxicómana y de vida irregular, niño abandonado al nacer, abuelos sin posibilidad de ocuparse de la criatura). Se condena que la Administración no tuviera en cuenta en ningún momento posterior al desamparo que los padres estaban haciendo esfuerzos reales para salir de su situación ofreciéndose voluntariamente a un proceso de desintoxicación, de resultados inciertos pero no fatalmente inútiles según la sentencia, queda acreditado un funcionamiento anormal de los servicios públicos de menores. Pero no es "anormal" que ello ocurra, sino todo lo contrario. Lo normal es que el tiempo juegue en contra de los padres biológicos que la situación devenga progresivamente irreversible. Dado que el niño, instalado en otro medio, evoluciona de tal forma que la recurribilidad del proceso comportaría una lesión a su "interés superior" la indemnización procede, por el funcionamiento "normal" de los servicios públicos de los menores, tal como diseñados por las leyes y gestionados con celo por educadores, psicólogos y entusiastas creyentes de los servicios autónomos".*

<sup>572</sup> SAP Valencia, Secc. 10ª, 23 de marzo de 2011 (AC 2011,456) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España). En la misma línea SAP a Coruña, Secc. 5ª, 26 de enero de 2006 (JUR 2003,135166) (Ponente: Ilmo. Sr. D. julio Tasende Calvo).

resumen, la tutela lleva consigo la pérdida de la patria potestad. En casos donde exista el desacuerdo entre los padres biológicos y la Entidad Pública, decidirá el juez competente si existe o no el incumplimiento, de los progenitores, de sus deberes y obligaciones.

Las Entidades de las Comunidades Autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora la inscripción de menores en situación de desamparo por abandono, sea o no conocida su filiación, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que deban asumir. El Ministerio Fiscal promoverá igualmente la inscripción de menores no inscritos (art. 48 LRC/2011).

Se inscribirá en el registro individual del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo, tanto la sujeción a la tutela por la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté comendada la protección de los menores, como la de las personas con capacidad modificada judicialmente en los términos previstos por la legislación que resulte aplicable (art. 75 LRC/2011).

## II. LA PRIVACIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

La medida de la privación de la patria potestad debe adoptarse como consecuencia de un resultado grave.<sup>573</sup> No basta con cualquier clase de incumplimiento, sino que será necesario que intensifique el peligro o la conducta de los progenitores con un ataque a los intereses de los menores, bien por su reiteración o duración en el tiempo, o con cualquier otra causa que afecte de modo similar a los hijos e hijas.<sup>574</sup>

La privación de la patria potestad no se produce por un hecho concreto, sino que implican una serie de acontecimientos que llevan consigo el incumpliendo de los deberes con los hijos e hijas. Entre estos acontecimientos destacan, entre la ausencia prolongada del progenitor; el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos y visitas; el abandono; los malos tratos físicos; el abuso sexual; la toxicomanía; el homicidio o asesinato; la imposibilidad física y moral; o la incapacidad del progenitor. Asimismo, esta actitud por parte de los padres

---

<sup>573</sup> DÍEZ-PÍCAZO, L., *Sistema de Derecho Civil I 10ª*, ed. Tecnos, 2001, pg. 407, “*el termino patria potestad implica el reconocimiento o la atribución a los padres de un poder juridico que se ejerce en beneficio del sujeto pasivo y no de su titular. Por lo tanto, la patria que se le reconoce a los progenitores implica el reconocimiento de su función a los mismos*”.

<sup>574</sup> CASTILLO MÁRTINEZ. DEL CARMEN, C., *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*, ed. Editorial práctica del Derecho S.L., Valencia, 2000, pg. 68.

biológicos llevará aparejada la pérdida de la patria potestad de forma automática.<sup>575</sup> Se establecerá por imperativo legal una vez producido será muy complejo que puedan recuperarse los menores, en aquellos casos en que la norma lo permita.<sup>576</sup>

La regla general es que la patria potestad la ejerzan conjuntamente ambos titulares, a quienes les corresponda cumplir con sus obligaciones.<sup>577</sup> Aunque el ejercicio se puede llevar a cabo por uno con el consentimiento del otro. Ahora bien, es posible que se produzcan actuaciones individuales concretas sin necesidad de consentimiento, sin que por ello deje de haber ejercicio conjunto.<sup>578</sup>

---

<sup>575</sup> Conforme el artículo 170. CC, “*el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación*”.

<sup>576</sup> SAP Vitoria, Secc. 1ª, 21 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,656) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Mercedes Guerrero Romeo), “*en el art. 170 del mismo Código, establece que puedan ser privados de la patria potestad cualquiera de los progenitores total o parcialmente, en sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal, sin perjuicio de poder acordar la recuperación en beneficio de los menores cuando hubiere cesado la causa que lo motivó. Medida excepcional (STS de STS 11-10-71, 12-7-2004, 31-12-1996, 5-3-1998, y 12-7-2004). Por tanto, la privación de la patria potestad reviste un carácter excepcional, se debe basar en circunstancias extremas, en cuanto que se acredita que la relación paterno- filial puede poner en peligro la educación o formación, en sus distintos aspectos, de la prole, o en riesgo la salud o la integridad psíquica o física de los menores, no bastando, en principio, al efecto la concurrencia de una causa objetiva que habilite dicha privación, de modo que sólo si se justifica que el mantenimiento de dicha función perjudica gravemente el interés de los hijos, se podría dar lugar a tan grave medida*”.

<sup>577</sup> Conforme el artículo 156. CC, “*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los acuerdos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o la madre*”.

<sup>578</sup> MAYOR DEL HOYO, Mª V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, cit, pg. 168-172, “*en el primer caso es obvio que la solicitud de guarda la realizarán ambos de común acuerdo. En el segundo, será uno de los dos progenitores quien realice la solicitud, pero con el consentimiento del otro. En el caso de que sea expreso, valdrán tanto los consentimientos escritos como verbales. Aunque estos últimos plantearan problemas de prueba. Estaremos ante un consentimiento tácito. Cuando los actos o la conducta del otro progenitor permitan constatar que está de acuerdo con la solicitud que se va a realizar, o cuando su aceptación se deduzca de su no oposición. Nuevamente el problema está en la prueba. En el tercer caso “los casos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias”. La urgente necesidad se producirá cuando no se pueda recabar el consentimiento de un progenitor y la espera suponga perjuicio para el menor, uno*

Antes de que se inicie la posibilidad de recuperar la patria potestad ante el juez competente, es necesario que la Administración Pública dicte una resolución de situación de desamparo. La resolución deberá ser notificada de forma legal, y presencial si fuese posible, a los padres biológicos, y deberá incluir las causas que dieron lugar a la intervención por parte de la Entidad Pública, conforme se establece en el art. 172.1 CC. Asimismo, algunas Comunidades Autónomas, en sus textos normativos sobre infantes y adolescentes, creen conveniente incluso la notificación de todos los actos concernientes al interés del menor.<sup>579</sup>

De esto resulta que, según la doctrina jurisprudencial analizada, para poder reinsertar a los menores no emancipados, no es solo necesario desear que los menores sean integrados de nuevo en el seno familiar por los padres biológicos, sino que, además, han de cumplirse una serie de condiciones dentro de la propia familia que favorezcan la integración del menor con los padres biológicos, y además es preciso que estos cumplan con sus obligaciones y deberes (art. 157 CC), estableciéndose de esta manera una relación paterno-filial adecuada (art. 154.1 CC).

Por regla general, los progenitores tienen derecho a visitar y a seguir vinculados con sus hijos e hijas menores no emancipados, aunque no ejerzan la patria potestad, pues se presume que puede ser conveniente para su desarrollo. Aunque este derecho, tratándose de menores acogidos, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor, como ocurre en el acogimiento (art. 160.1 CC).

El acogimiento de menores tiene por finalidad la protección y tutela de estos cuando se hallen en situación de desamparo provocada por un inadecuado ejercicio de los deberes de protección. El consentimiento de Las visitas de los padres biológicos se admitirán aunque estos estuvieren privados de la patria potestad. Ello

---

*de los progenitores podrá solicitar la guarda administrativa sin el consentimiento del otro cuando no quepa esperar sin perjuicio para el menor a que el otro pueda darlo. Por último, un progenitor podrá solicitar la guarda administrativa sin el consentimiento del otro, cuando el juez le hubiera atribuido la facultad de decidir sobre esta cuestión, tras acudir a él cualquiera de los dos ante el desacuerdo reinante entre ambos sobre tal solicitud”.*

<sup>579</sup> Artículo 54.1/LPA: “Los actos que limiten derechos subjetivos o interés legítimos. Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje. Los que separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en los artículos 72 y 136 de esta Ley. Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos. Los que dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”.

no impide que, en caso de que las circunstancias lo aconsejen el juez pueda acordar el cese de las visitas o sentenciar el acogimiento en interés del menor.<sup>580</sup>

La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo. Igualmente podrán acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviera suficiente madurez, y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la LECiv (art. 161 CC).

En los procesos de adopción, los progenitores tienen que cumplir unos requisitos que son necesarios para ser parte del proceso de recuperación de los menores. Deben estar en posesión de la patria potestad, y, como consecuencia de este requisito, podrán integrar a los hijos e hijas de nuevo en el seno familiar, si los progenitores se encontraran desposeídos a través de un proceso judicial por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación, sería imposible su recuperación, conforme se establece en el art. 177.2 CC.<sup>581</sup>

---

<sup>580</sup> SAP Madrid, Secc. 22ª, 24 de abril de 2015 (Cendoj ROJ 2015,4540) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Rosario Hernández Hernández), *“igualmente hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código Civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial. Se trata de propiciar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y compañía con los hijos menores y que la relación sea lo más enriquecedora posible”*.

<sup>581</sup> SAP Cádiz, Secc. 5ª, 20 de abril de 2010 (Cendoj ROJ 2010,356) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo), *“como ya ha tenido ocasión de declarar esta misma Sala en otras resoluciones, conforme a lo establecido en el artículo 177.2.2º del Código Civil deberán prestar su asentimiento a la adopción si no están imposibilitados para hacerlo: los padres del adoptando que no se halle emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Es decir cabe que se haya producido una privación de la patria potestad por resolución judicial firme o bien que el padre o madre biológico esté incurso en causa legal para la privación de la misma, lo que habrá de determinarse contradictoriamente en el procedimiento en el que, precisamente, exige que se declare la necesidad de su asentimiento. Si se declara que no es necesario es porque se estaba incurso en causa de privación”*.

Para seguir manteniendo, la patria potestad frente a las actuaciones de la Administración Pública, los padres biológicos podrán intentar la recuperación de los menores ante el órgano judicial. Como consecuencia, al juez competente solo le quedan dos alternativas: una es si se les debe dar audiencia a los padres biológicos; o, por el contrario, si basta con recabar su aprobación a la adopción. La patria potestad permite a los progenitores oponerse a la decisión judicial al darles audiencia. Por el contrario, el no darles audiencia a los padres biológicos podría llevar consigo aparejada la vulneración de la tutela judicial efectiva, según entiende el Tribunal Constitucional.<sup>582</sup>

Los hechos que afecten a las relaciones paterno-filiares se inscribirán en el registro individual de la persona sujeta a la patria potestad y en el de su progenitor o en el de sus progenitores. Son inscribibles las resoluciones judiciales que afecten a la titularidad, al ejercicio y a las modificaciones de la patria potestad. En particular, lo son las que se produzcan como consecuencia de la nulidad, separación y divorcio de los progenitores. También se inscribirá la extinción, privación, suspensión, prórroga y rehabilitación de la patria potestad. En idénticos términos se inscribirá todo lo relativo a las figuras similares o asimilares a la patria potestad, que sean de Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas (art. 71 LRC/2010).

### **III. EMANCIPACIÓN**

#### **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

La emancipación se puede definir como el reconocimiento, por parte de los padres biológicos que ostentan la patria potestad, de una independencia jurídica de aquellos hijos e hijas que, pese a no haber alcanzado la edad establecida por Ley para tener la consideración de mayores, no obstante, demuestran la suficiente

---

<sup>582</sup> STC Sala 2ª, de 28 de abril de 2008 (RTC 2008,58) (Ponente: Exmo Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez), “*el art 781 LECiv establece un procedimiento específico que permite a los padres biológicos oponerse a la decisión judicial de darles simple audiencia en vez de recabar su asentimiento a la adopción, procedimiento que debe ser seguido por los tramites del juicio verbal y en el que habría de resolverse si concurre o no en el caso causa de privación de la patria potestad que justifica otorgar simple audiencia de los padres biológicos en vez de recabar su asentimiento a la adopción. Pues bien, la demandante de amparo solicitó reiteradamente que fuese abierto este especial procedo para el supuesto de que su comparecencia hubiera sido acordada para ser simplemente oída aunque por error la citación hubiese expresado que la comparecencia tendría por objeto recabar su asentimiento a la adopción, si bien no obtuvo respuesta judicial alguna a tal solicitud, ni al resolverse el recurso de reposición, ni al desestimarse el incidente de nulidad promovido por la demandante, que de este modo sufrió una marginación procesal lesiva de su derecho a la tutela judicial efectiva*”.

madurez y la posibilidad de vivir por sí mismos. Para ello es necesario que el menor cumpla dieciséis años y que los progenitores lo consientan. En definitiva, la emancipación supone que quien ejerce la patria potestad, mediante procedimientos extrajudiciales permite que el adolescente se independice.<sup>583</sup>

Aunque creemos que, en materia de emancipación, las sentencias judiciales permitirán a los adolescentes, incluso en contra de la voluntad de los progenitores, “adquirir la mayoría de edad” antes de tener los dieciocho años cumplidos, legalmente toda persona adquiere la plena independencia y se entiende que adquiere la capacidad de obrar al cumplir esa edad.<sup>584</sup>

No obstante, deberemos insistir en que, nuestro ordenamiento jurídico, configura la emancipación como medio de adquirir la plena capacidad para todos los actos en la vida civil, habilitándose como causas automáticas la mayoría de edad<sup>585</sup> así como el matrimonio, que podemos establecerlo como inicio de la independencia de los adolescentes. Como regla general los menores de edad no pueden contraer nupcias. Sin embargo, excepcionalmente y siempre que un Juez de Primera Instancia lo autorice, el Código Civil permite en principio contraer matrimonio a los mayores de catorce años, lo que produce automáticamente la independencia del adolescente.<sup>586</sup>

El órgano judicial también autoriza la independencia del adolescente cuando lo solicite en los siguientes casos: Quien ejerce la patria potestad se ha casado otra vez o convive, de hecho, con otra persona distinta del otro progenitor; y cuando

---

<sup>583</sup> SAP Madrid, Secc. 22ª, 14 de marzo de 2006 (Cendoj ROJ 2006,2804) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo hijas Fernández), “no sabe ofrecer dicha litigante motivos por los que concedió, junto con su marido, la emancipación a su hija, madre de la menor, a pesar de ser consciente de la falta de madurez que sigue presentando dicha descendiente. Tampoco expone razones por las que la niña deba volver con ella, salvo que es de su sangre y por el miedo a que no les quiera en el futuro, por haber crecido en otro entorno”.

<sup>584</sup> PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado* ed., Tecnos S.A., Madrid, 1988, pg. 32.

<sup>585</sup> SAP Málaga, Secc. 6ª, 8 de abril de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2326) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María de la Soledad Jurado Rodríguez), “de conformidad a los artículos 314 y 315 CC, una de las causas de la emancipación es la mayor edad que empieza a los dieciocho años cumplidos, momento en que, según el artículo 169 del mismo texto legal, la patria potestad se acaba, en consecuencia, siendo la guarda y custodia de los hijos menores una de las facultades que lleva consigo la patria potestad, carece de objeto el presente recurso al venir imposibilitado este Tribunal ope legis para resolver sobre la guarda y custodia de una persona mayor de edad, sin que el resto de las medidas acordadas en la sentencia consecuencia de la anterior hayan sido impugnadas específicamente sino que se interesa su revocación solo en función de que se mantenga la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo”.

<sup>586</sup> Según el artículo 314. CC, “la emancipación tiene lugar: 1º Por la mayoría de edad. 2º Por el matrimonio del menor. 3º Por concesión de los que ejercen la patria potestad. 4º Por concesión judicial”.

los padres vivan separados. Con todo, aunque nos encontremos ante uno de estos supuestos, siempre será posible, si existe acuerdo entre los padres biológicos y el menor, la emancipación ante notario, opción de entrada más rápida y económica que la vía judicial. Sin embargo, cuando concurra alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, también podrá el juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayoría de edad al tutelado que fuera mayor de dieciséis años y que así lo solicite.<sup>587</sup>

## 2. CLASES DE EMANCIPACIÓN

Nos encontramos ante dos procedimientos para conseguir la emancipación: uno de forma extrajudicial y otro judicial.

### A) *Extrajudicial*

La emancipación la pueden conceder quienes ejercen la patria potestad siempre que sea beneficiosa para el hijo e hija y cuando haya acuerdo (art. 317 CC). El adolescente quedará inscrito mediante escritura notarial. Para ello es necesario una anotación en el certificado de nacimiento del emancipado para que surta efectos frente a terceros (art. 318 CC). No se exige una justificación o motivación de la convivencia de la decisión de emancipar. Como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, nos encontramos ante un procedimiento extrajudicial, donde la iniciativa corresponde a los padres biológicos.

Por último, tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil, y demás circunstancias de la persona. Son por tanto inscribibles. La emancipación y habilitación de la edad (art. 4.6 LRC/2011).

### B) *Judicial*

En este caso, solo el adolescente de dieciséis años está legitimado para promover el expediente de emancipación mediante solicitud dirigida al juzgado, con la asistencia de alguno de sus progenitores, no privados o suspendidos de la patria potestad, o del tutor. A falta de la asistencia de los mismos, se le nombrará defensor judicial para instar el expediente. Mientras tanto, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial. A la solicitud se acompañará, en su caso, los documentos que acrediten la concurrencia de la causa exigida para instar el beneficio o emancipación de mayoría de edad, así como proposición de pruebas que considere pertinentes, conforme se establece en el Código Civil y el art. 52 LJV.

---

<sup>587</sup> GIL CABALLERO M<sup>a</sup> J. La emancipación  
[http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DLFE-117374.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-117374.pdf) . pg. 1.

Admitida a trámite la solicitud, por el Letrado de la Administración de Justicia convocará al menos a comparecencia ante el juez. A los progenitores se les escuchará, sin que sea necesario su consentimiento, pues entendemos que, si estuvieran de acuerdo con tal independencia, ya podrían los padres biológicos habérsela concedido en la primera vía extrajudicial contemplada conforme al art. 317 CC.

Asimismo, la jurisprudencia mantiene que tomará audiencia a los progenitores únicamente como puro trámite para que hagan sus manifestaciones.<sup>588</sup> A falta de los progenitores, se tomará audiencia a su tutor, al Ministerio Fiscal y a aquellos que pudieran estar interesados, quienes serán oídos por este orden conforme se establece en el art. 53 LJV. El órgano judicial, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del adolescente, resolverá concediendo o denegando la emancipación. Al igual que en la vía extrajudicial, el testimonio de la concesión de la autonomía o del beneficio de mayoría de edad para proceder a su inscripción en el Registro Civil (art. 70 RC).<sup>589</sup>

Los jóvenes tutelados pueden alcanzar también la emancipación a los dieciséis años por concesión judicial (art. 320 CC). Aunque para solicitarla necesitarán contar con el informe favorable del Ministerio fiscal de menores correspondiente (art. 321 CC). Especial mención merece la norma civil al

---

<sup>588</sup> SAP Barcelona, Secc. 12ª, 25 de mayo de 2007 (Cendoj ROJ 2007,2263) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Pérez Tormo). En el mismo sentido SAP Gerona, Secc. 2ª, 14 de diciembre de 2005 (Cendoj ROJ 2005,698) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Masfarre Coll), entre otras.

<sup>589</sup> SAP Burgos, Secc. 2ª, 11 de abril de 2003 (Cendoj ROJ 2003,215) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez De Aldecoa Lorente), *“sostienen los promotores del expediente que les resulta imposible ejercer la patria potestad, dada la actitud de la hija, que no les obedece ni les respeta, habiendo llegado incluso a agredirles, y en base a ello, pretende la parte apelante invertir los términos en que viene concebida legalmente la emancipación por concesión judicial, sobre la base de que se da la circunstancia contemplada en el nº 3 del artículo 320 del Código Civil, intentando justificar la posibilidad de que sean los padres quienes promuevan el expediente, y que sea la hija la que sólo sea oída, posibilidad que carece de todo apoyo legal, no sólo porque encierra una interpretación abiertamente contraria a lo que dispone el párrafo primero de ese mismo precepto, antes transcrito, sino también porque pretende desconocer que la emancipación por concesión judicial está concebida en interés del menor, y no como una imposición, cuando concurra alguna de las causas previstas en dicho artículo, y, más en concreto, en el supuesto contemplado en el número 3 (“cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad”), como una forma de adelantar la plena capacidad del menor cuando éste (no los padres) considere que el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad se ve gravemente alterado, en su perjuicio, por cualquier causa”*.

determinar que la emancipación también será aplicable a los huérfanos de padres y madres una vez alcancen la edad.<sup>590</sup>

Por último, comentaremos que esta emancipación del menor acogido pone fin al acogimiento. No resulta fácil, en la práctica, que los padres biológicos procedan a independizar a su menor acogido, cuando lo normal será que antes intente la cesación del acogimiento; o que el juez le conceda la emancipación en los supuestos analizados en el art. 320 CC. Tampoco es fácilmente previsible la concesión del beneficio de los mayores de edad al acogido en el art. 321 CC, cuando la tutela normalmente estará atribuida a la Entidad Pública Autonómica. Pero en estos casos, si alguna de tales circunstancias concurre, porque ello legalmente es posible, automáticamente se produce la extinción de la relación del acogimiento. La diferencia estriba en que, en los demás casos, la emancipación no se puede revocar, y en esta sí.<sup>591</sup>

La emancipación y el beneficio de la mayoría de edad se inscribirán en el registro individual. La emancipación por concesión de los que ejercen la patria potestad se inscribe en virtud de escritura pública o por comparecencia ante el encargado. La emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayoría de edad se inscriben en virtud de resolución judicial. La emancipación tácita o por vía independiente podrá inscribirse mediante la documentación de la situación de independencia y el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. La concesión de emancipación y la emancipación por vida independiente, así como el beneficio de la mayor edad, no producirán efectos frente a terceros mientras no se inscriban en el Registro Civil (art. 70 LRC/2010).

## IV. ACOGIMIENTO

### 1. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS GENERALES

Los inicios históricos para regular esta medida de protección infantil se instauran en Europa a partir de la segunda mitad del S. XX. En España, la preocupación por la seguridad del menor se materializó en la figura del acogimiento familiar. Los precedentes se remontan a la época de Carlos III con la

---

<sup>590</sup> SAP Cartagena, Secc. 5ª, 19 de diciembre de 2008 (Cendoj ROJ 2008,2179) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares), *“ante la siempre ardua la tarea y delicada decisión de asignar tal guarda y custodia, más aún en el supuesto atípico que nos ocupa, en el que los dos progenitores litigan para que no se les atribuya esa custodia, la que adopta la sentencia apelada es la que, incluso por el principio "favor filii", ha de ser descartada. Las alternativas restantes planteadas vienen representadas por la emancipación del menor cuando cumpla los dieciséis años, la atribución de la guarda a los Servicios de Protección del Menor, pasando a residir en un piso tutelado por la Comunidad, y la atribución de la custodia al padre”*.

<sup>591</sup> MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, cit., pg. 177.

promulgación de la Ley de prohijamiento y adopción de expósitos.<sup>592</sup> En el Decreto 11 de junio de 1948 aparecen las primeras normas que regulaban la facultad protectora del acogimiento familiar. Los Tribunales Tutelares de Menores introdujeron nuevas expresiones que buscaban la protección de los menores.<sup>593</sup> El vocablo no existía, pero tenía, su antecedente en las expresiones “alojamiento”, y “albergue en familia”. La norma de 1948 introdujo la expresión “colocar un menor bajo la custodia de una persona, familia o sociedad tutelar”. Este último término se denominó “confiamiento”. Dicha medida se utilizó únicamente a mediados de 1970.<sup>594</sup>

Ahora bien, los menores que necesitaban ser acogidos por una familia que no era la propia se encontraban en una situación de desamparo por la falta de los elementos básicos para el desarrollo de su personalidad. Esto sucedía porque las personas que deberían hacerse cargo de ellos carecían de los medios económicos necesarios, o porque los responsables estaban imposibilitados físicamente o psíquicamente y no podían cumplir sus responsabilidades con los menores. Ante estas circunstancias era necesaria la intervención de una institución que los protegiera.<sup>595</sup>

De esta manera, la concepción del acogimiento familiar nace de unas circunstancias de desamparo y se puede definir como una institución próxima a la guarda de menores. Figura jurídica, que viene establecida como una relación existente entre la Entidad Pública correspondiente y el acogedor o acogedores que precisa del consentimiento de los titulares de la patria potestad o de aquellos que poseen la tutela para llevarla a término. En caso contrario, la intervención judicial solo será necesaria cuando los progenitores no den su aprobación.<sup>596</sup>

---

<sup>592</sup> CARLOS IV. *Cuidado de los Rectores de las casas de expósitos en la educación de estos, para que sean vasallos útiles*, novísima recopilación de las Leyes de España, t. III, lib.VI y VII, Ley III D. Carlos III Real Orden 2 junio de 1788, imprenta Sancha España, 1805, pg.687. “Los Rectores o administradores de las casas del Reino pongan el mayor cuidado en saber quién sacan de ellas las criaturas; cuidando con particular atención, que a los niños se les dé la debida educación y enseñanza, para que sean vasallos útiles y que no se entreguen, sino es con las seguridades y formalidades necesarias, a personas que los mantengan, y enseñen oficios y destinos convenientes a ellos mismos y al público”.

<sup>593</sup> Según el artículo 25 D. 1948, “el Tribunal podrá reservarse o recabar en cualquier momento la colocación y pensionado directo de los menores sobre quienes ejerzan la función protectora, siempre que lo considere conveniente para los fines de su misión tuitiva”.

<sup>594</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES., *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados*, ed., Bouncopy Diseño y Comunicación Universidad de Oviedo, Madrid, 2008. pg. 20.

<sup>595</sup> MARRE, D. y BESTARD, J., “La adopción y el acogimiento presente y perspectivas”, ed., Graficas Rey S.L., Barcelona, 2004, pg. 75.

<sup>596</sup> FERNÁNDEZ MARTÍNEZ J. M., *Diccionario jurídico...*, cit., pg. 40.

La finalidad del acogimiento varía en función de la situación del menor, según estemos ante unas condiciones de desamparo, abandono, malos tratos, violencia de género o doméstica, entre otras. Ante estas circunstancias, el menor puede encontrarse en un periodo de prueba previo a la adopción. Si, por el contrario, sigue bajo la potestad de sus padres biológicos y necesita ser atendido transitoriamente, los progenitores podrán solicitar a las Entidades Públicas un acogimiento de carácter temporal.<sup>597</sup>

Remontándonos de nuevo a la historia, diremos que el acogimiento familiar es propio de La Ley 21 de noviembre de 1987, por la que modifica determinados artículos del Código Civil y de la LECiv/1881. Esta Ley supone un cambio importante en la configuración jurídica de esta figura y regula las medidas de seguridad infantil, cuya finalidad es que los menores puedan desarrollarse en el ámbito de la convivencia familiar, dando sentido protector respecto de los menores de edad. En este ambiente normativo, el legislador solo recogió, en el texto adoptivo de 1987, un único tipo de acogimiento. Esta regulación fue insuficiente máxime si consideramos la doble función que tiene esta institución como guarda familiar y como acogimiento preadoptivo.<sup>598</sup>

Asimismo, cuando analizamos el momento en que se produce el acogimiento familiar, debemos referirnos, sin duda alguna, al instante en que la Administración Pública es parte interviniente, de forma directa, en la protección de los menores, conjuntamente con el órgano judicial. La aprobación de la Ley Orgánica de 1996 “*de Protección Jurídica del Menor*”, fue la primera norma que analizó, esta coyuntura por parte de estas dos Instituciones Públicas.<sup>599</sup> Hasta ese momento, se regulaban en disposiciones administrativas distintas. Este cambio supuso una nueva regulación de la adopción.<sup>600</sup>

Apuntemos además que la Ley de 2015 del menor fijó la formalización del acogimiento familiar por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. Incluso estableció la especialización de esta figura jurídica, cuando alguno de sus

---

<sup>597</sup> GÓNZALEZ LEÓN, C., *El abandono...*, cit., pg. 41.

<sup>598</sup> GONZALES LEON, C., *El abandono...*, cit., pg.42.

<sup>599</sup> Como igualmente expresa en la Exposición de Motivos de la LOPJM/1996, “*mención especial merece el acogimiento familiar, figura que introdujo la Ley 21/1987. Este puede constituirse por la entidad pública competente cuando concurre el consentimiento de los padres. En todo caso, debe dirigirse al juez para que sea éste quien constituya el acogimiento*”.

<sup>600</sup> MARTÍN RODRÍGUEZ, A., Breve apunte sobre el acogimiento familiar, *revista anuario de la facultad de Derecho*, núm.205, ed., Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2005, pg. 109.

miembros disponga de cualificación, experiencia, y formación específica para desempeñar esta función respecto a los menores.<sup>601</sup>

## 2. CLASES DE ACOGIMIENTO

La Ley Orgánica de 1996 “*de Protección Jurídica del Menor*”, introdujo en esta norma, no solo los Derechos de los menores y las medidas de protección, sino también, como hemos detallado, la figura del acogimiento familiar. Asimismo, las diferentes modalidades fueron incorporadas como una novedad en el art. 173 bis/CC, constituyéndose las tres clases de acogimiento: simple, permanente y preadoptivo.

Con posterioridad, la Ley de 2015, de acuerdo con su finalidad y con su independencia, revisó las modalidades establecidas en la norma civil, instaurándose el acogimiento familiar, que podría tener lugar en la propia familia u otra ajena. Atendiendo a su duración y objetivos, deberían ser de urgencia, temporal, permanente y residencial (art. 20 L/2015).

### A) *Acogimiento familiar urgencia*

Esta clase de medida de seguridad se aplica a menores principalmente de seis años, sobre los que hay que intervenir de forma inmediata, a fin de evitar su ingreso en centros de protección. El objetivo que se persigue con esta medida es proteger a los menores, de manera segura, frente a un peligro inminente. Como una primera medida podemos señalar que, si los acogedores cumplen los requisitos formales, la Entidad Pública los tendrá en acogida familiar por tiempo no superior a seis meses, en tanto se decide la protección familiar que mejor corresponda.<sup>602</sup>

---

<sup>601</sup> Art.173.1. CC, “1. *El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades. 2. El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años*”.

<sup>602</sup> SAP Oviedo, Secc. 6ª, 1 de febrero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,74) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. María Elena Rodríguez-Vigil Rubio), “*en definitiva esta Sala estima que, en contra de lo apreciado en la sentencia recurrida, ha de darse prevalencia en este caso a la hora de formar convicción sobre cuál será la medida de protección más adecuado para garantizar el interés prevalente de la menor, a los informes y consideraciones de profesionales expertos y conocedores de esta materia y de las propias necesidades de la menor, por haber tenido un seguimiento diario de su cuidado y atención desde que con escasos tres meses de edad fue asumida su tutela, que unánimemente han desaconsejado la reintegración de la misma a su familia de origen y que han llevado a la Entidad Publica que en esta CCAA tiene atribuida la protección de la infancia, a estimar no reúnen los abuelos maternos que pretenden su*

### *B) Acogimiento familiar temporal*

La modalidad del acogimiento temporal es una situación transitoria. Se promoverá cuando, existiendo una crisis en la familia del menor, se busca como objetivo conseguir la reintegración del menor en su ambiente familiar. Esta medida está incorporada como consecuencia de los criterios establecidos en la STS de 31 de julio de 2009. Según las causas, cuando sus progenitores o tutores superen los motivos que provocaron su separación, obtendrán como resultado la reinserción del menor a corto plazo, o bien, la Administración Pública acordará una solución más estable.

Sin embargo, puede ser que esta disposición de carácter transitorio termine siendo un acogimiento permanente si no se cumplen los requisitos por parte de los interesados, o tal vez derive en la constitución de una tutela del menor. Por consiguiente, la finalidad que se persigue con esta institución es proteger al infante, evitando la adopción y proporcionándole, de forma temporal, una familia de acogida (art. 173.2 b, bis CC).

Especial atención nos merece el mantenimiento de los vínculos afectivos por contactos y visitas, incluso en los puntos de encuentro o centros penitenciarios, si así lo aconseja el órgano público competente, siendo un objetivo prioritario en esta clase de acogimiento. Con referencia específica a la familia acogedora, esta debe tener la capacidad suficiente para facilitar las relaciones y contactos del menor con su familia biológica y los profesionales de las Entidades Públicas, con el objeto de poder encontrar la mejor alternativa a las situaciones de conflicto. Siendo así, los programas de acogimiento conllevarán planes de intervención con la familia del menor (art. 20.2 L/2015).

### *C) Acogimiento familiar permanente*

Como primera aproximación a la adopción, podemos decir que la Ley Orgánica de 1996 “*de Protección Jurídica del Menor*”, introdujo el acogimiento preadoptivo, que fue introducido en nuestro Derecho como un supuesto previo a la adopción. Este supuesto tuvo como objetivo facilitar un tiempo de convivencia y adaptación del menor a la familia acogedora, con la finalidad de contemplar su integración con éxito, antes de realizar la adopción definitiva. Se trataba, por lo tanto, de un periodo de acoplamiento y climatización entre el menor y la nueva familia.<sup>603</sup>

---

*acogimiento, las condiciones de idoneidad para asumir los cuidados y atenciones específicas que precisa su nieta”.*

<sup>603</sup> MORENO FLÓREZ, R. M<sup>a</sup>. *Acogimiento familiar*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2012, pg.164.

La Ley de 2015 del menor reformó esta modalidad de acogimiento. La Entidad Pública otorgó un plazo de dos años para finalizar el acogimiento y, solo después podría el menor volver con sus progenitores si las circunstancias han cambiado (art. 173 bis CC). Esta institución nace como consecuencia del acogimiento temporal, con el objetivo de ofrecer una vida familiar al menor durante el tiempo que sea preciso hasta que llegue su independencia o encuentre una alternativa más adecuada.<sup>604</sup>

Esta figura jurídica se aplica cuando las posibilidades de retorno con sus progenitores no son posibles o deseables, casos de menores con necesidades especiales, o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. Al mismo tiempo, entendemos que el acogimiento no es el sistema más adecuado, para una separación definitiva, pues nos encontraríamos en una situación de preadopción.<sup>605</sup>

Tienen derecho a mantener contactos solamente con aquellas figuras del entorno familiares que le faciliten un clima afectivo. El menor permanecerá con la familia acogedora hasta la mayoría de edad o hasta que se le encuentre una opción más adecuada. Del mismo modo, el menor mantendrá visitas con la familia de origen, al igual que en el acogimiento temporal, siempre que las situaciones lo permitan y supervisado por un órgano judicial.<sup>606</sup>

---

<sup>604</sup> SAP Almería, Secc. 2ª, 8 de septiembre de 2009 (AC 2010,1662) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Contreras Aparicio), *“la juzgadora de la anterior instancia ha analizado de manera minuciosa los datos obrantes en el Expediente administrativo, así como los informes emitidos que en el constan. De tal análisis se desprende el acierto de su valoración probatoria al determinar los incumplimientos del recurrente, padre biológico de la menor a la que la Resolución se refiere, respeto a las obligaciones asumidas y las exigibles de relación paterna con la hija. no es solo el hecho de que haya cumplido pena de prisión, sentencia determina como elemento importante dado su motivo, sino dentro del conjunto de actuaciones en el periodo que va desde la declaración de desamparo del menor hasta el momento de dictado de la resolución que mantiene la sentencia, en los términos que concretamente detalla y a los que nos remitimos, determinantes de un fracaso en la reinserción de la menor con su familia biológica y la propia conducta del padre que propina el rechazo”*.

<sup>605</sup> MORENO FLÓRES, R. Mª. *Acogimiento familiar*, cit., pg. 156.

<sup>606</sup> Artículo 160 CC, *“los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor a dicha visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor. 2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”*.

Esta situación, en algunos casos, viene motivada por deseos personales del menor, o por las circunstancias y características de su situación que aconsejan su acogimiento en otra unidad familiar.<sup>607</sup> Esta institución servirá a su vez para atribuir una serie de facultades de tutela a los acogedores, en lo referente a los derechos y deberes de las familias acogedoras, establecidas en la Ley de 2015 del menor. Unas condiciones legalmente establecidas que hasta ahora no existían en una norma estatal.<sup>608</sup>

#### *D) Acogimiento residencial*

El acogimiento residencial lo podemos definir como una medida de protección para aquellos menores en situaciones de desamparo, para familias desestructuralizadas que no pueden cumplir con sus deberes u obligaciones, para situaciones de violencia de género, doméstica, entre otras, que, no pudiendo permanecer en sus hogares, requieran que las Entidades Públicas les proporcionan un lugar de residencia y convivencia que cumpla con las expectativas deseadas de educación y desarrollo.

Sin embargo, la Ley de 2015 y la jurisprudencia<sup>609</sup> recogen en sus textos normativos, como prioridad, el acogimiento familiar residencial (art. 21.3 L/2015), tomando esta última medida para dar cobertura a los supuestos en los que, por motivos debidamente justificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida de que se disponga, o cuando esta disposición residencial sea la mejor para el interés del menor.<sup>610</sup>

---

<sup>607</sup> SAP a Coruña, Secc. 3ª, 18 de febrero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,166) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Ruiz Tovar), *“es decir, nos encontramos con dos padres biológicos que no están dispuestos a asumir sus obligaciones parentales, y un menor que expresó a sus 11 años contundentemente su deseo de continuar con los acogedores. pues en casa de su padre oye gritos, fuman cuando tiene asma. etc.”*

<sup>608</sup> INES AMATO, M., *Víctimas de la violencia*, ed., La Rocca Buenos Aires, 2006 pg. 198.

<sup>609</sup> SAP Barcelona, Secc.18ª, 19 enero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,396) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Blasa Noblejas Negrillo), *“nos encontramos en el caso que se aprecia la situación de desamparo preventivo y autoriza el ingreso del menor en el centro Els Llimoners con la consiguiente suspensión de la patria potestad, tras la propuesta del centro de acogida, se constituye el acogimiento en centro residencial, El Calamot. En 2014 la declaración de desamparo y asunción de funciones tutelares por DGAIA valoran el ingreso en centro residencial educativo como medidas más viables. Los factores de desamparo fueron el absentismo escolar, situaciones compatibles con negligencia, ausencia de atención médica o de rutina, alteraciones conductuales; situaciones compatibles con maltrato Psíquico-emocional, otras con maltrato físico e incapacidad para contener la conducta del menor.”* En la misma línea. SAP Granada, Secc. 5ª, 27 de noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1691) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez). Entre otras.

<sup>610</sup> SAP Granada, Secc. 5ª, 13 noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1670) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez), *“hemos de partir como hechos, que los padres de la menor contraen*

### 3. EL PROCESO CONSTITUTIVO DEL ACOGIMIENTO

Para resolver las cuestiones de los menores en situación de desamparo, la mayoría de las Comunidades Autónomas ya habían dictado normas de protección del menor dentro de sus competencias en materia de acogimiento familiar antes de la entrada en vigor de la Ley de 2015. Y ante la falta de Según este razonamiento, diremos que la falta de una norma estatal que regulara las condiciones de esta, figura jurídica permitió que algunas Entidades Públicas se remitiesen al Código Civil, pero a su vez estas establecieron los requisitos para determinar el procedimiento y su forma de prestar el acogimiento administrativo y judicial.<sup>611</sup>

#### A) Administrativo

En el caso del procedimiento administrativo, obviamente no es obligatoria la intervención de la autoridad judicial. Asimismo, la Administración Estatal regulará el acogimiento y lo formalizará con el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente y de las personas acogedoras.<sup>612</sup> Sin embargo, esta intervención se llevará a cabo bajo las condiciones vistas en los distintos modelos de acogimiento familiar, con independencia de si los padres biológicos, estuvieran o no privados

---

*matrimonio en el año 2007, y se produce la separación cuando la menor contaba con 22 meses, diciembre de 2009, y asimismo se rompe la relación paterno filial, se inicia el expediente el 5.11.2010 y el 12.1.2011 se declara la situación de desamparo provisional y acogimiento residencial. Las visitas del padre o no se produjeron o dejaron descontento al menor, que no se olvide, desde la falta de contactos con el padre han transcurrido en la actualidad casi seis años. A destacar el fracaso del acogimiento con el abuelo paterno. El informe psicosocial es claro en cuanto a la situación de la menor y la no conveniencia de convivencia con el padre, y ello, pese a no constar “especiales factores de riesgo en la situación actual del padre, en atención a la edad de la menor, interés de la misma y de la conducta mantenida por el padre que recurre, atendido el tiempo transcurrido, lo que lleva a la Sala a mantener la resolución que se recurre”.*

<sup>611</sup> Artículo 22. Ter, L. 2015, “las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado establecerán un sistema de información compartido que permita el conocimiento uniforme de la situación de la protección de la infancia y a la adolescencia en España, y de ofrecimiento para el acogimiento y la adopción, con datos desagregados por género y discapacidad, tanto a efectos estadísticos. A estos mismos efectos se desarrollará el Registro de Maltrato Infantil”.

<sup>612</sup> Artículo.48 LPAS. 1995, “la formalización del acogimiento familiar administrativo ante la Administración del Principado de Asturias deberá contener el consentimiento de las partes y establecer los objetivos y finalidad del mismo. Asimismo, deberá constar todos aquellos aspectos que se consideren necesarios para la eficacia y garantía del acogimiento, en especial su carácter remunerado o no, el tiempo de duración y el régimen de visitas que, en su caso, se establezca”.

de la patria potestad, tutores o guardadores del menor.<sup>613</sup> A la resolución por parte de la Administración Pública se acompañará un documento anexo que incluirá los requisitos de identidad del acogedor y acogedores, los consentimientos y audiencias necesarias, las modalidades, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensiva o ajena en razón con la vinculación del menor con el grupo de personas con las que conviva o persona acogedora.<sup>614</sup>

En cuanto a la resolución de los escritos, formulación de quejas o sugerencias, estos se presentarán junto al documento anexo que se remitirá al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes, comunicando los acogimientos formalizados por parte de la Administración Pública. Con todo, cabe destacar que este control no exime a la Institución Pública de su responsabilidad con el menor respecto a sus derechos y deberes, así como a los acogedores.

Por último, la Entidad Pública tiene la obligación de informar periódicamente al Fiscal de las anomalías que observe. El acogimiento también cesará por decisión de las personas que tienen acogido al menor, previa comunicación a la Entidad Pública.<sup>615</sup> Los acogedores no necesitan justificar su decisión. Sin embargo, aunque la Ley de 2015 “*de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia*”, no lo establece, los progenitores, tutores, o guardadores del menor pueden reclamar a la Administración Pública el fin del acogimiento. En el supuesto que dicha solicitud fuese negativa, se podría acordar un nuevo acogimiento, pero exigiría una constitución judicial.<sup>616</sup>

### B) Judicial

El fin del modelo de acogimiento permanente y el incumplimiento de los padres biológicos de sus obligaciones paterno-filiales permitirá al Ministerio Fiscal (art. 34 LJV) y a la Entidad Pública, (art. 35 LJV) a través del procedimiento previsto en la Ley de 2015 “*de Jurisdicción Voluntaria*”, presentar el contenido

---

<sup>613</sup> Artículo.33 LRM. 1995, “*con el fin de evitar el internamiento o la permanencia prolongada del menor en un centro, la entidad pública podrá, en ejercicio de la tutela, confiar la guarda del niño a una persona o personas que lo reciban en su familia*”.

<sup>614</sup> FERNÁNDEZ DEL VALLE, J., *El acogimiento familiar en España. Una evolución de resultados* ed., Bouncopy Diseño y Comunicación S.L., Madrid, 2008, pg. 50, “*existen Comunidades donde todos los acogimientos son permanentes y no se usan los simples y Comunidades donde se da la situación inversa y solo se utilizan acogimientos permanentes*”.

<sup>615</sup> Según el artículo 51.1 LPAS. 1995, “*el acogimiento familiar administrativo cesará previa comunicación a la Administración, cuando la soliciten los padres, siempre que no estuvieren privados de la patria potestad, tutores o guardadores del menor, así como las personas o personas que lo reciban en acogimiento*”.

<sup>616</sup> Conforme al artículo 73.2 LAR. 2001, “*el órgano competente deberá presentar la propuesta al juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días*”.

del expediente al órgano judicial. Con todo, los documentos pueden presentar propuesta que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela, facilitando el desempeño de sus responsabilidades y permitiendo la estabilidad del menor en beneficio de su interés superior.

Asimismo, las distintas normativas de ámbito autonómico no dicen nada de manera expresa sobre el procedimiento a seguir para formalizar el acogimiento en vía judicial. Del mismo modo, cuando exista oposición de la medida de acogimiento familiar permanente por parte de los progenitores, siempre que no estuvieran privados de la patria potestad, o de los tutores del menor, se cumplirán los requisitos establecidos en la Ley de 2015 del menor, en cuyo caso se judicializa, y únicamente podrán ser adoptados por la autoridad en interés del menor a propuesta del Ministerio Fiscal o por la Administración Pública competente, conforme lo establecido en el art. 173 CC, en La Leyes “*de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*” (D.A Seg. 1 L. 15/2015) y la Ley de 2015 “*de Jurisdicción Voluntaria*”, que deroga el art. 1828 LECiv/1881.<sup>617</sup>

En síntesis, diremos que la propuesta de finalización del acogimiento familiar podrán realizarla ante la autoridad judicial: los menores, ambos progenitores individuales o conjuntamente, los abuelos, y otros parientes allegados, además de la Administración Pública o el Ministerio Fiscal. El expediente se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia donde la Entidad Pública tenga encomendada la protección del menor. Reflejará, al menos, las relaciones que pudiesen existir entre el infante y el acogedor o acogedores o, en su defecto, las razones que justifiquen la propuesta concreta. Con posterioridad, el Juez podrá escuchar, cuantas veces estime oportunas, al menor y al acogedor, así como a los padres biológicos o

---

<sup>617</sup> REBOLLEDO VARELA, A. L., “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero” *revista jurídica de Castilla-La Mancha.*, núm.23, ed., Consejería de Administraciones Públicas, Toledo, 1998, pg.76, “*según el art.1828 de la LEC, el juez, asimismo, recabará el consentimiento de las personas que recibirán al menor y el de éste si tuviere 12 años cumplidos. Oirá a los menores de esa edad si tuviera suficiente juicio y a los padres que no estuvieren privados ni suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, o al tutor en su caso, salvo cuando no haya podido conocerse el domicilio o paradero de éstos o si citados no comparecieran, en que se prescindirá de tal trámite y el juez podrá acordar el acogimiento ellos sin perjuicio de que, conforme a la norma de aplicación general del art. 1826 de la LEC, el juez podrá practicar todas las diligencias y pruebas que estime oportunas para asegurarse de que el acogimiento será beneficio para el menor. En el supuesto de que no se cite para ser oídos cabe recurso de apelación a un solo efecto (art.1828 LEC) que en principio habrá de ser estimados si bien es de tener en cuenta que en la segunda instancia y en el acto de la vista caben alegaciones por lo que, en interés del menor, cabría entender cumplidos el trámite de audiencia*”.

tutores. Y con todo esto, la autoridad judicial decidirá si procede o no el acogimiento, establecerá o suspenderá el derecho que asiste a la familia del menor a relacionarse con el mismo, si las circunstancias del caso así lo requieren, así como las demás medidas que se refieran a sus relaciones y sean procedentes en el caso, especialmente si tiene finalidad preadoptiva. Asimismo, cuando se estime que la resolución judicial puede demorarse en el tiempo, la Entidad Pública correspondiente puede hacer un acogimiento provisional a la espera de dicha resolución.<sup>618</sup>

## V. GUARDA DE HECHO

No se trata actualmente de una novedad, ya que esta institución nació en la antigüedad como consecuencia de la existencia de personas que, de forma desinteresada, prestaban su cuidado a hombres, mujeres, niños y niñas desvalidos sin haber sido investidos en su condición de tutor. Ahora bien, tras la reforma del Código Civil de 1983, la guarda de hecho adquiere reconocimiento legal como mecanismo de protección pues se le reconoce la importancia vital que le corresponde para los menores en situación de desamparo. Con todo, el Código Civil no define esta particular relación sobre aquellas personas que, no teniendo título jurídico, los habilitan para poder ejercer una protección especial a los menores desprotegidos.<sup>619</sup>

Ante la escasa legislación con la que cuenta la guarda de hecho, se exige una importante labor de complemento y desarrollo doctrinal. En tal contexto, interesa resaltar el funcionamiento protector de los menores por parte de los Jueces y tribunales. Además, destacan en la guarda de hecho dos características básicas: la primera, que se haya asumido un deber de protección del menor; y la segunda, que dicha asunción se haya establecido sin que exista un deber de curador de hecho, ni un defensor judicial de hecho que, sin estar establecido en el ordenamiento

---

<sup>618</sup> LLEBARÍA SAMPER, S., *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre)*, ed., José M<sup>a</sup> Boch S.A., Barcelona, 1990, pg. 262.

<sup>619</sup> SANTOS URBANEJA, F., *La guarda de hecho*  
[http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwioktXG1xoKHSrgBnMQFggqMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.faisem.es%2Findex.php%2Fes%2Fprogramas%2Fpromocio-n-y-apoyo-a-entidades-tutelares%2Fitem%2Fdownload%2F232\\_fc1018724e2a2118a38b36253187ea30&usg=AFQjCNHtC6JFZC6uAXyRG9rMZVvb4JNN8Q](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwioktXG1xoKHSrgBnMQFggqMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.faisem.es%2Findex.php%2Fes%2Fprogramas%2Fpromocio-n-y-apoyo-a-entidades-tutelares%2Fitem%2Fdownload%2F232_fc1018724e2a2118a38b36253187ea30&usg=AFQjCNHtC6JFZC6uAXyRG9rMZVvb4JNN8Q)

jurídico, desempeñe cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelados: tutor, curador y defensor judicial.<sup>620</sup>

La figura del guardador de hecho entra en conflicto con la Administración Pública cuando un menor se encuentra asistido de forma integral por esta figura y debe de permanecer con ella; o si, por el contrario, debemos de atender a la protección por parte de la Entidad Autonómica. De ese modo, nos encontramos de nuevo ante la tesitura del planteamiento de dos cuestiones que tienen reflejo en la jurisprudencia, donde el órgano judicial, una vez más, debe remitirse al caso concreto y al interés del menor.<sup>621</sup>

Para abordar este tema, hemos de realizar una muy breve referencia de nuevo a la Ley de 2015 del menor. Esta norma reformó la figura del guardador, incluyendo la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares. Además, estableció los supuestos que deben motivar la declaración de desamparo y los casos ante los que ha de procederse a la privación de la patria potestad o nombramiento de tutor<sup>622</sup> (art. 303 CC).

---

<sup>620</sup> SAP Valladolid, Secc. 3ª, 1 de febrero de 2005 (Cendoj ROJ 2005,103) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid), *“el término "guarda" ha de entenderse en un sentido amplio, y como equiparable a tutela en sentido amplio, a los institutos tutelares en su conjunto. Y el término "guarda de hecho" ha de entenderse también en un sentido amplio, pero en contraposición a los institutos tutelares - tutor, curador y defensor judicial-. No hay un curador de hecho ni un defensor judicial de hecho; hay tan solo un guardador de hecho que, sin título bastante, desempeña cualquiera de las funciones propias de los institutos tutelares. El Art. 303 CC impone al guardador de hecho un deber de información similar al que se establece para el tutor en el Art.233 CC”*.

<sup>621</sup> AAP Bilbao, Secc. 4ª, 3 de enero de 2002 (Cendoj ROJ 2002,2) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez), *“en nuestro caso no cabe medida tan drástica como la adoptada por la Diputación, dado que, al momento de su intervención, no se puede considerar que la situación de hecho en la que se encontraba la menor pudiese catalogarse o calificarse como de desamparo. La menor, que estaba bajo el cuidado y guarda de hecho de sus abuelos maternos, presentaba, según informó la pediatra, el aspecto general de una niña sana y bien cuidada. Fallo. Que estimamos los recursos de apelación interpuestos contra el auto dictado por el juzgado de 1ª instancia nº5 de Bilbao, con fecha de 5 de marzo de 2001, en los autos de Jurisdicción Voluntaria 61/00-C, debemos revocar y revocamos la resolución recurrida dictando sin efecto la Orden Foral nº 980/2000 de 2 de febrero de 2000, debiendo ser restituida la menor al cuidado de sus abuelos”*.

<sup>622</sup> SAP Granada, Secc.5ª, 19 de octubre de 2007 (Cendoj ROJ 2007,2000) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez), *“el menor, nació el 20 de Junio de 1.998, si bien desde los primeros momentos estuvo atendido por sus abuelos, dada la desatención que le prestaba su madre. Esta situación de hecho se mantuvo hasta que, en el año 2.000 y dado que no constaba su filiación paterna en el Registro civil, los referidos abuelos promovieron procedimiento de menor cuantía frente a su hija, madre del menor, para que le atribuyeran legalmente la guarda y custodia, dictándose sentencia de 18 de Diciembre de 2.000 por la que se le suspendió la patria potestad a la madre y se le atribuyó la guarda y custodia provisional a los abuelos,*

En resumen, podemos decir que el requerimiento y medidas de control, podrán llevarse a cabo a instancias del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés, legítimo. Esta inspección por parte del órgano judicial competente<sup>623</sup> se realizará previa comparecencia, de la persona a quien afecte la guarda de hecho, del guardador y del Ministerio Público, según lo establecido en el art. 52 LJV.

## **VI. ADOPCIÓN**

### **1. MARCO HISTÓRICO Y CONCEPTUAL**

La Ley 11 de noviembre de 1997, supuso un hito histórico en España, porque produce un cambio radical en la concepción jurídica de la institución de la adopción. Esta norma introdujo dos ideas importantes. Los menores desamparados debían ser personas que se integrarán plenamente en un núcleo familiar, y el interés del menor adoptado se sobrepone a cualquier otro tipo de interés en la constitución legítima de esta figura. Con posterioridad, la Ley Orgánica de 2016 “*de Protección Jurídica del Menor*”, articuló la capacidad de las personas para ser adoptantes y aclaró las circunstancias de la adopción nacional e internacional, permitiendo que esta institución fuera controlada por la Entidad Pública competente. Con posterioridad, en la Ley de 2015 “*de modificación de la protección jurídica del infante y adolescente*”, ha delegado el control en la legislación aplicable, es decir, en la mencionada Ley de 1977 “*de Adopción*”, Ley de 2007 “*de Adopción Internacional*”, y Ley de 2015 “*de Jurisdicción Voluntaria*”, además de aquellas otras normas estatales, comunitarias e internacionales en materia de menores.

### **2. ADOPCIÓN NACIONAL**

#### *A) Fase administrativa*

Las competencias en materia de adopción en España están transferidas a las diferentes Comunidades Autónomas, por lo que los requisitos pueden variar de una

---

*quienes actuarían como guardadores de hecho, debiendo instar el correspondiente expediente para el nombramiento de tutor . Seguidamente se promovió expediente de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Igualada (Barcelona), designado tutora del menor a su abuela por Auto de 24 de septiembre de 2.001, quien acepto el cargo el 19 de Octubre siguiente, desempeñando desde entonces la tutela”.*

<sup>623</sup> AAP Barcelona, Secc. 18ª, 30 de abril de 2003 (Cendoj ROJ 2003,637) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enric Anglada Ford), “*partiendo de que el órgano jurisdiccionalmente competente para conocer de la petición formulada es el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de Manresa, deberá entrarse seguidamente en el examen de si el acuerdo entre al padre y los guardadores de hecho del menor puede ser aprobado judicialmente sin necesidad de realizar trámite alguno, como solicitan éstos y a través del expediente de jurisdicción voluntaria por ellos instado*”.

Comunidad a otra. En general, se regula la edad de los padres adoptivos en relación a la del menor. El motivo no es otro que asegurar un relevo generacional, es decir, los padres adoptivos no pueden ser personas muy mayores, pues tienen que encargarse del cuidado y atención de los menores con plenas facultades para ello deben tener edad que no ponga en peligro al infante adopto pudiendo quedar huérfano. Asimismo, se han establecido unos requisitos para poder adoptar en el art. 175 CC.

Las familias que deseen adoptar a nivel nacional deben presentar su solicitud, mediante un impreso formalizado al efecto. Presentarán la documentación, que consistirán en el certificado de matrimonio o la acreditación de ser pareja al menos dos años, antecedentes penales, certificado médico e ingresos económicos, a través del servicio de protección de menores de sus respectivas Comunidades Autónomas, que contarán con sus propios requisitos para que se inicien los trámites de la adopción.

Con posterioridad, los solicitantes pasarán a una lista de espera para ser valorados, iniciando de este modo el expediente de adopción. Este procedimiento consistirá en llevar a cabo, mediante una serie de entrevistas, visitas domiciliarias donde se valorará el grado de madurez suficiente para asumir ciertas responsabilidades en la educación, cuidado y enseñanza de los menores. Además, las autoridades estudiarán los citados informes que decidan conceder o rechazar la idoneidad de los solicitantes. Se comprobará si reúnen las condiciones psicológicas necesarias para atender al menor y su educación, situaciones económicas, vivienda digna, etc. Una vez reconocidos como idóneos para el ejercicio de la patria potestad, pasarán a una lista de selección, a los efectos de asignación de un menor, formalizando de esta manera la adopción.<sup>624</sup>

Finalmente, aquellas reformas sufridas en materia de adopción a través de la Ley de 2015, introducen una serie de preceptos, algunos ya analizados en este trabajo, para agilizar los trámites de la adopción. La idea es favorecer que los menores estén con familias en vez de con instituciones, permitiendo una adopción más abierta al consentir, como medida, que los menores adoptados ocasionalmente puedan, mantener contacto con miembros de su familia biológica.

Con todo, hemos de anotar que la decisión la tomará un órgano judicial competente, después de oír a las tres partes interesadas: al menor y ambas familias. Del mismo modo, indicar que la familia de acogida puede iniciar el acogimiento permanente, una vez finalizado el periodo de dos años y habiendo sido declarado

---

<sup>624</sup> MINISTERIO DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES.  
<http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopcionNacional/etapasTramitacion.htm>.

en situación de desamparo por la Entidad Pública sin que los progenitores en este tiempo hayan tomado medidas para solucionar la situación.

En el mismo sentido, la Entidad Pública puede iniciar el procedimiento de adopción de aquellos menores cuyos padres biológicos los cedieron para ser tutelados por la Administración Pública, una vez finalizado el periodo de dos años. Por último, hay que señalar la novedad de la norma de protección a la infancia y adolescencia, de 2015, según la cual el menor adoptado tiene derecho a conocer sus orígenes.

### *B) Fase Judicial*

En primer término, diremos que los expedientes sobre adopción en vía judicial se regularán conforme se establece en el Capítulo III en la Ley de 2015 “*de Jurisdicción Voluntaria*”, donde se estima que será competente el juzgado de Primera Instancia correspondiente a la ubicación de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del menor y, en su defecto, el del domicilio del adoptante. Asimismo, tendrá preferencia y se practicará con intervención del Ministerio Fiscal. Además, no será necesaria la asistencia de los representantes legales ni procuradores.

En este proceso de adopción, el Letrado de la Administración de Justicia citará al adoptante o adoptantes y al adoptado si fuera mayor de doce años, para manifestar su consentimiento en presencia del órgano judicial. También deberán ser citados ante el juez los progenitores del adoptado que no se hallaren emancipados, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación.<sup>625</sup> No serán citados aquellos que,

---

<sup>625</sup> SAP Granada, Secc. 5ª, 2 de julio de 2010 (Cendoj ROJ 2010,573) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dohrmann), “*ha de señalarse que la situación de desamparo no significa per sé que los padres biológicos estén incursos en causa de privación de la patria potestad (SSAP Badajoz 8 julio 2003, Málaga 17 septiembre 2003, Cádiz 2005). Para que pueda apreciarse alguna causa de privación de la patria potestad es necesario un procedimiento contradictorio dado que afecta a un derecho tan importante cual es la patria potestad (SSAP Zaragoza 1996 y Castellón 28 septiembre 2001) y que, además, el desamparo es una declaración administrativa. En el momento del acogimiento de la menor no se puede decir que la hija estuviese en una situación de desamparo, ya que hasta ese momento la madre estaba con su hija. Y con posterioridad ha habido una comunicación aunque breve de la madre con la hija, que se ha visto interrumpida por los pasos de la preadopción y la posterior adopción, que se han producido en tiempos sucesivos muy cortos. Lo que hubo, en realidad, fue una situación de necesidad que obligó a la madre a entregar su hija (SSAP Cáceres 23 marzo 2000 21 Las Palmas 21 abril 2003); nunca quiso romper el vínculo con su hija. Sólo los hechos posteriores la desbordaron, encontrándose ahora con el procedimiento de adopción. FALLO. Que estimando el recurso de apelación, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia, y dictando otra en su lugar, debemos declarar y declaramos que es*

siendo necesario su asentimiento, lo hubieran prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública Autonómica, salvo que hubiera transcurrido más de seis meses.<sup>626</sup>

En segundo lugar, si los progenitores pretendieran que se les reconozca la necesidad de prestar su asentimiento a la adopción, deberán ponerlo de manifiesto en el expediente. El Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto declarando litiginoso el expediente de adopción y acordará seguir su tramitación conforme a lo dispuesto en el art. 781 LECiv.

Por el contrario, si no se presentara la demanda en el plazo fijado, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dando por finalizado el trámite y alzando la suspensión del expediente de adopción. El decreto será recurrible directamente en revisión ante el tribunal. Firme dicha resolución, no se admitirá ninguna reclamación posterior de los mismos sujetos sobre necesidad de asentimiento para la adopción de que se trate. Asimismo, deberán ser citadas, para ser oídas por el juez en el expediente, las personas señaladas en el art. 177.3 CC.

Para finalizar, el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse la adopción en interés del adoptado. Todas las actuaciones se llevarán a cabo con la conveniente reserva, evitando, en particular, que las familias de origen tengan conocimiento de cuál sea la adoptiva, excepto en los supuestos recogidos en el art. 178.2 y 4 CC, y sin perjuicio de los establecido en el art. 180.1 y 2 CC.

Si se suscitare oposición, el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a la vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Contra el auto que resuelva el expediente, cabe recurso de apelación. Este recurso tendrá carácter preferente, sin que produzca efectos suspensivos. El testimonio de la resolución firme en que se acuerde la adopción se remitirá al Registro Civil correspondiente para que se practique su inscripción (art. 44.6 LRC/2011).

### **3. ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

La adopción de menores extranjeros es un fenómeno novedoso que en pocos años ha alcanzado niveles insospechables, debido fundamentalmente a las circunstancias económicas y demográficas de determinados países en los que muchos menores no han podido encontrar un ambiente propicio para su desarrollo.

---

*preceptivo el asentimiento de la madre en la adopción de su hija, por no estar incurso en una causa de privación de la patria potestad”.*

<sup>626</sup> LÓPEZ GALLARDO, J. R., *El proceso de adopción en la legislación española-II* [http://www.iuriscivilis.com/2009/10/el-proceso-de-adopcion-en-la\\_7649.html](http://www.iuriscivilis.com/2009/10/el-proceso-de-adopcion-en-la_7649.html).

Si a esto sumamos el descenso de natalidad de España y la escasez de menores nacionales susceptibles de ser adoptados, se justificaría la necesidad de recurrir a la adopción internacional.

Fruto de presiones sociales que demandaban la adopción internacional, debemos indicar que el legislador ha llevado a cabo continuos cambios normativos en El Código Civil, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de adopción internacional, legislación de las Comunidades Autónomas, Ley de Jurisdicción Voluntaria. Todo ello presidido por los principios básicos de la Convención Internacional, de 29 de mayo de 1993, así como diversos convenios y acuerdos con varios países de carácter bilateral. Estas normativas van a afectar tanto a la fase previa de procedimiento adoptivo en vía administrativa y a la constitución en vía judicial, al reconocimiento formalizado ante la autoridad extranjera y, finalmente, a la inscripción en el Registro Civil.<sup>627</sup>

#### *A) Fase administrativa*

El proceso se iniciaría cuando los futuros adoptantes dirijan su solicitud a la Administración Pública competente en cada Comunidad Autónoma. Esta Entidad Pública se encargará de valorar si los solicitantes resultan idóneos o, por el contrario, no cumplen los requisitos exigidos para ser adoptantes. Por consiguiente, la Entidad Pública Autónoma, en todo caso, expenderá los certificados de idoneidad, introducida en su momento por el régimen general de la adopción. Con amparo de la Ley Orgánica de 1996 “*de Protección Jurídica del Menor*”, derogada por la Ley de 2015 del menor, que modificó parte de los artículos referentes a la adopción y en concreto el art. 176.2 y 3 CC respecto a la declaración de idoneidad de los adoptantes, teniendo que ser incluida en las normativas autonómicas relativas a la adopción.<sup>628</sup>

#### *B) Fase judicial*

Comienza una vez concluida la fase administrativa en la que se obtiene el certificado de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad y previa resolución de la adopción por parte de la Entidad Pública. El procedimiento judicial se constituye como un acto de jurisdicción voluntaria con resolución de carácter irrevocable, al igual que sucede con la adopción nacional. La LECiv considera que las actuaciones judiciales competen al juez del domicilio de la Administración

---

<sup>627</sup> GUZMÁN PECES, M., “La adopción internacional de menores: Especial referencia al requisito de la idoneidad en el proceso constitutivo”, *revista anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 2006, ed., Universidad Alcalá de Henares Madrid, 2015, pg.88.

<sup>628</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *La adopción internacional* edi., Universidad a Coruña 1999, pgs. 90-91.

Pública que conozca del caso y, en su defecto, al del domicilio del adoptante, remitiéndonos al art. 779 LECiv. Este carácter competencial y preferente del procedimiento se introdujo como consecuencia de la aprobación de la Ley de 2007 “de adopción internacional”.

Con posterioridad, la Ley de 2015 “de Jurisdicción Voluntaria”, remite sus actuaciones en los casos de adopción internacional (art. 41 LJV), a las normas nacionales, tratados y acuerdos bilaterales en los que España sea parte y, en especial, al Convenio de la Haya de 1993, relativo a la adopción internacional en la protección de los menores.<sup>629</sup>

Sobre las distintas normas que regulan la competencia judicial en materia de adopción internacional en el ordenamiento procesal español, podemos decir que la Ley de 2007 “de Adopción Internacional”, ha venido a derogar aquellos artículos que contenían asuntos relacionados con la adopción (art. 14 y 16 L/2007).

Asimismo, para determinar la competencia de la declaración de adopción internacional por los órganos judiciales españoles, estos deberán estar cualificados para dictar aquellas anulaciones que se deriven de la existencia de algún vicio o falta de comprobación de requisitos para su constitución, (art. 15.1 L/2007). Finalmente, apuntaremos que los Cónsules españoles son competentes, en el extranjero, para la constitución de adopciones siempre que concurren las condiciones y requisitos establecidos en la norma, (art. 17 L/2007).

---

<sup>629</sup> UNED. *La adopción internacional*, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho de la Empresa Derecho internacional privado Madrid. <http://www2.uned.es/015275/InternPriv/Tema%20XXI-la%20adopcion%20internacional.pdf> pgs. 12-13.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** *La situación de desamparo solo puede ser definida desde su evolución en el tiempo*

La situación de desamparo tiene como premisa básica la marginalidad en la que vivían los menores (carencias culturales de los padres biológicos, dificultades de socialización, condiciones laborales lamentables, pobreza extrema, internamiento en hospicios, guerras, falta de legislaciones de protección a la infancia, ayudas por parte de los poderes públicos, organismos e instituciones internacionales). Pero en los últimos tiempos ha ido integrando situaciones como los malos tratos físicos y psíquicos a los menores, violencia de género, progenitores con problemas de alcohol y drogas, desestructuración familiar, divorcios, prostitución, menores con problemas de conductas sociales, obesidad, anorexia, inmigración, etc. Se produce así una acusada proliferación de supuestos de desamparo, y un gran perfeccionamiento de la maquinaria administrativa, siempre en aras del interés superior del menor.

**SEGUNDA.** *La evolución social impone a los poderes públicos de la creación de unos Tribunales de Menores no profesionales*

En las décadas finales del S. XIX, médicos, distintos profesionales relacionados con los menores, como pediatras, juristas, psicológicos, sociólogos, o pedagogos, contribuyen para que los menores no deban ser castigados como los adultos, sino sometidos a medidas de educación y reforma. Esta concepción favorable a los intereses de los menores, unido a una sociedad agotada de contemplar a menores delincuentes deambulando por la calles, robando y vagabundeando, ofreciendo una mala imagen a las ciudades. Este contexto favoreció la creación de unos Tribunales de Menores que, no obstante, no estaban preparados para ejercer su función de enjuiciar, debido a que no eran jueces profesionales, no pertenecientes a la judicatura, que aplicaban sentencias paternalistas y educativas, con ausencia del Ministerio fiscal, carencia de reglas en los procedimientos, y prohibición de la presencia de representantes legales. Las sentencias consistían más bien en acuerdos no fruto de un procedimiento con garantías por la no aplicación de Leyes procesales. Al hilo de esto último, diremos que esta situación perduró hasta el régimen de la dictadura del General Franco, en el que se aprueban normas sobre adopción.

**TERCERA.** *Las normas de la adopción que marcaron la tutela judicial de los menores abandonados*

Las adopciones de los menores siempre están relacionadas con el contexto social y con los acontecimientos históricos de la época. De hecho, la Guerra Civil

española supuso una oportunidad para modificar el régimen legal de los menores abandonados. Este régimen se prolongó en el tiempo, hasta que se sentaron las bases para el proceso judicial tal y como lo conocemos en la actualidad.

La ley 24 de abril de 1958, reformó la regulación de la adopción en el Código Civil 1889 y permitió superar unas Leyes obsoletas que habían generado muchas críticas por inadecuadas e ineficaces respecto a la tutela de los menores abandonados por los Tribunales de Menores.

Aunque la norma de 1958 se creó para dar una respuesta concreta al problema que surgió ante el incremento de los menores huérfanos o abandonados como consecuencia de la Guerra Civil española, no se libró de recibir reproches porque se le consideraba todavía insuficiente y alejada de la realidad social de aquel momento. Y más en concreto, porque permitía que la Administración del centro de beneficencia otorgara a su libre albedrío, y solo mediante un expediente, dar en adopción al mejor postor. Las críticas eran merecidas puesto que el control por parte de las Entidades Administrativas, donde el órgano jurisdiccional se limitaba a verificar los documentos obrantes en el expediente de adopción, se manifestaba como manifiestamente insuficiente. Con posterioridad, el bloqueo internacional al gobierno franquista favoreció una primera reforma de la adopción la Ley 4 de julio de 1970.

En cuanto al trámite de expediente, debemos recordar que, tanto su instrucción como su comprobación y concesión, se atribuía a la Administración de los establecimientos de beneficencia y expósitos. Sin embargo, derogada la Ley 24 de abril de 1958 de fecha por la Ley 4 de julio de 1970, estos centros benéficos dejan de ostentar competencia para el otorgamiento del menor en adopción, correspondiendo los expedientes de menores abandonados en situación de adopción, a la Administración Pública tanto su instrucción como su aprobación. Por su parte, corresponde al Juez de primera instancia del partido de residencia del adoptante otorgar el consentimiento de la adopción a tenor de los informes de la Entidad Pública. Asimismo, el órgano judicial puede reclamar a la Administración de dichos establecimientos benéficos que informen sobre la situación de abandono y otros extremos de interés que pueden contribuir a que se formalice la adopción. Esta nueva medida de control supuso permitir un control judicial y, de forma directa, permitir dar en adopción a los menores abandonados o desamparados.

Asimismo, la aprobación de la constitución de 1978, produjo una modernización en la adopción. La Ley 13 de mayo de 1981 estableció que la vía judicial debía ser el último recurso al que deberían acudir los interesados, y que la respuesta a las situaciones de los menores en abandono debería ser ofrecida por las

Administraciones Públicas, que hasta este momento solo eran meros espectadores de los problemas de los menores. Sin embargo, la falta de unificación normativa produjo lagunas en la regulación de la adopción, al generarse contradicciones entre las distintas legislaciones a lo largo de este periodo de reformas de 1970 y 1981, debido sobre todo a la inexperiencia de control por parte de las Instituciones y organismos estatales, permitiendo en ciertas ocasiones y una vez más el tráfico de los menores y una inadecuada selección de los adoptantes.

Por último, la Ley 11 de noviembre de 1987 reformó la adopción quedando cristalizada la nueva forma de comprender el ámbito de la protección de los menores que derivaba de la Constitución de 1978 y trasladó las responsabilidades de los menores abandonados al Estado. Con todo ello, las Administraciones Públicas competentes en sus respectivos territorios asumieron las situaciones de abandono que hasta el momento habían sido exclusivas de los progenitores o de las casas cunas o de beneficencia, interviniendo en aquellos casos que exista una desprotección grave, estableciendo el control y la fijación de los requisitos.

Puede afirmarse que el éxito de la adopción vendrá en gran parte condicionado por el buen funcionamiento de estas Instituciones Públicas. Sin olvidar que, desde el punto de vista formal, el cambio más esencial vino dado por la anulación de la fase notarial en la constitución de la adopción, que pasó a transformarse en un procedimiento estrictamente judicial, donde el tribunal debía resolver en función del interés superior del menor que iba a ser adoptado.

**CUARTA.** *Los problemas que encuentran las Comunidades Autónomas en materia de menores ante la modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia por parte del Estado*

El cambio se operó a través de dos normas: la Ley Orgánica de 22 de julio de 2015, que afecta a los ámbitos considerados de los Derechos fundamentales y las Libertades Públicas, y la Ley de 28 de julio de 2015, “*De modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*”.

Ambas normas constituyen un único cuerpo unificado que modifica casi veinte disposiciones, y, en especial, el Código Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Estas reformas resultaron complicadas en su aplicación por las Comunidades Autónomas, principalmente al no establecer, antes de la entrada en vigor de las Leyes, un periodo transitorio para los procedimientos administrativos de desamparo ya iniciados, así como los de guardia, acogimiento y adopción. Un ejemplo puede encontrarse al constituirse un acogimiento preadoptivo, o simple sin consentimiento de los padres biológicos, mediante acogimiento provisional y propuesta judicial, en cuanto dilataría los plazos e ir en contra del interés del menor. Dicho procedimiento podría ser

archivado e iniciado de nuevo conforme a la nueva normativa. En cambio, podría continuarse un procedimiento de acogimiento simple o preadoptivo con consentimiento de los progenitores, iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley de 28 de julio de 2015, pero modificando el término simple por el de temporal y el de preadoptivo por el de guarda para la convivencia preadoptiva.

Del mismo modo, la entrada en vigor de estas dos normas no solamente afectará a las Comunidades Autónomas, sino también a todas las Administraciones Públicas vinculadas a la protección del menor, así como a los órganos judiciales. Principalmente es así porque el cese de los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 28 de julio de 2015 podrá finalizar por resolución de la Entidad Pública, sin necesidad de resolución judicial.

Aunque uno de los objetivos de la reforma es dar uniformidad en todo el territorio español y por ello establecer que el gobierno promoverá, con las Comunidades Autónomas, el establecimiento de criterios comunes y mínimos de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de esta Ley de 28 de julio de 2015 en toda España, la realidad es distinta, porque sigue sin establecerse por parte del Estado, respecto a las Administraciones Autonómicas, un plazo para que se adecúen a las nuevas normativas. Asimismo, tampoco se determina quiénes van a ser los órganos competentes que inicien, en vía administrativa, las situaciones de desamparo, acogimiento y adopción. También sigue sin establecerse un elenco de situaciones de riesgo y desamparo producidas por los progenitores en perjuicio de los menores.

**QUINTA.** *El órgano judicial Civil el competente para declarar la situación de desamparo*

La competencia, ha provocado duras polémicas doctrinales tras la reforma de la Ley de adopción 1987. El motivo reside en que la anterior regulación, la Ley de 1970, en su artículo 174 atribuía al juez la intervención en establecimientos de expósitos y beneficencia para apreciar las circunstancias concurrentes en los menores, comprobando aquellos documentos y escritos que formalizarían la adopción. Este control por parte del órgano jurisdiccional, suponía una garantía importante en su formalización. Tras su modificación por la nueva norma de adopción de 1987 se omitía toda referencia al juez respecto de los menores y, con ello, las dudas interpretativas. Asimismo, las Comunidades Autónomas fueron asumiendo la tutela y competencia en materia de menores en circunstancias de peligro mediante una declaración de desamparo. Y a su vez, la nueva redacción del art. 172 CC atribuyó a la Entidad Pública la resolución de los menores desamparados, sin autorización de la autoridad judicial.

Partiendo del aumento competencia por parte de las Entidades públicas, la doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en la actualidad.

Creemos que las Instituciones Públicas autonómicas y locales, por su posible aproximación a los menores en situación de desamparo, son, en principio, quienes mejor conocen la realidad de las circunstancias de los menores.

Pero los errores administrativos, en muchas ocasiones debidos a una falta de evaluación concreta de la situación de desamparo, pueden perjudicar tanto los intereses de los progenitores como el interés general del menor. Además, la falta de concreción del órgano competente administrativo que determine la situación del menor hace que la vía administrativa previa esté falta de garantías procesales para un posterior procedimiento contencioso administrativo. Por ello, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo no resultan adecuados para conocer los asuntos relacionados con los menores en situación de desamparo.

Es más, nos encontramos ante una situación que se puede dilatar en el tiempo, perjudicando con ello el interés del menor, ya que el órgano competente administrativo puede resolver incluso por silencio administrativo, de modo que resultaría costoso para los interesados. Incluso llegado al procedimiento judicial Contencioso administrativo, este proceso sería más espaciado en el tiempo a la hora de resolver que el procedimiento judicial civil, perjudicando de igual manera el interés superior del menor.

A esto le sumamos los posibles cambios que se pueden producir en la esfera del menor con posterioridad al proceso judicial, permitiendo al órgano Judicial Contencioso Administrativo modificar las resoluciones que sobre su situación personal se hubieran adoptado en vía administrativa. Esto es así porque el interés del menor como concepto jurídico indeterminado se sobrepone al efecto de cosa juzgada material.

Por todo ello, las resoluciones de los menores en situación de desamparo deben de corresponder a los juzgados de Primera Instancia, principalmente por ser un procedimiento mucho más garantista para los intereses de los progenitores y por su rapidez e inmediatez en sus resoluciones en aras del interés del menor.

**SEXTA.** *Los Tribunales de Menores los órganos judiciales para asumir las competencias de los procesos civiles y penales de los menores*

Los Tribunales Tutelares de Menores resolvían los conflictos en relación a la protección del menor atribuida a las Entidades Públicas y aquellos asuntos en que los menores delinquían. Ambas competencias eran asumidas por un mismo juez. Es cierto que estos tribunales no ofrecían una garantía jurídica, al no disponer de procedimientos específicos adaptados a las situaciones de los menores, ni de normas de procedimiento como las actuales, lo que provocaba inseguridad jurídica.

La falta de estos instrumentos procesales fue suplida por la doctrina jurisprudencial (STC, 14 de febrero de 1991). Esta doctrina estableció un cauce procesal para que se equiparase a los procesos de los adultos.

En cuanto a la falta de normativa que articulase el proceso, el legislador después de la Ley de adopción de 1987 y la posterior aprobación de la Ley Jurídica de Protección de Menores de 1996, al amparo de la Ley Orgánica Poder Judicial de 1985, estableció que el órgano judicial competente para resolver los conflictos de menores sería el Juzgado de Primera Instancia.

La decisión del legislador según la cual el órgano judicial que resolverá las situaciones de los menores en el orden civil deban ser los Juzgados de Primera Instancia, no es debatible en aquellas situaciones de menores que, siendo miembros del núcleo familiar, deban acudir a un procedimiento civil de adultos, como los divorcios o las separaciones, entre otros. Sin embargo, creemos que es incongruente que si supone el abandonado del seno familiar, como es el caso de la emancipación (art. 314 LECiv) y en circunstancias donde el infante o adolescente reivindica sus Derechos como en el ejemplo de los hijos adoptados o acogidos, deban acudir a este órgano judicial de mayores.

Del mismo modo que el adulto que delinque es enjuiciado por un órgano penal, los conflictos con la Administración Pública se dilucidan en un procedimiento contencioso, los problemas laborales por un órgano del orden social, y los conflictos de empresa por los juzgados de lo mercantil, las cuestiones y conflictos de los menores sean los Juzgados de Menores los competentes para asumirlos.

**SEPTIMA.** *La reforma en el juicio verbal, conforme se establece en la reforma de la LECiv de 2015*

Una de las novedades más destacadas entre las introducidas por la reforma de la LECiv de 2015, ha sido la pormenorizada modificación de la regulación del juicio verbal que estructura, de manera definitiva, el desequilibrio que existía entre las dos partes del proceso. Al introducir la contestación escrita a la demanda se equilibran las posiciones de las partes, evitando desigualdades e indefensión, además, facilita acudir a las partes con medios de prueba específicos, abre la posibilidad de incorporar un trámite de conclusiones a los litigantes, establece un régimen de recursos más garantista, y admite la posibilidad de resolver el pleito sin la obligación de celebrar la vista.

La reforma de 2015 ha venido a introducir importantes mejoras en la regulación del juicio verbal, aunque no tanto en lo relativo al trámite de conclusiones. El art. 447 LECiv, en su nueva redacción, concede a los litigantes un turno de palabra para que formulen las conclusiones que crean oportunas.

Conforme establece el punto primero del citado precepto, “*practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones*”. De este modo, los representantes legales, y en lógica defensa, podrán solicitar al órgano judicial, tras la prueba, la intención de formular las conclusiones que estimen oportunas, pudiendo elevar las mismas a definitivas a conveniencia de los intereses de su defendido, esgrimiendo el oportuno informe.

La utilización del término “*podrá*”, en mi opinión, deja claramente al arbitrio del Juez de Primera Instancia la concesión del trámite de las conclusiones, sin facilitar ningún parámetro normativo que permita a las partes conocer si se admitirá, o les ayudará para defender su admisión frente al órgano jurisdiccional. Es de suponer que, desde el punto de vista puramente teórico, debería atender a elementos tales como la importancia de los intereses en juego, la complejidad del proceso o de la propia prueba practicada, pero, en la práctica, la realidad será que los Juzgados que se mostraban reacios a admitir el trámite seguirán denegándolo, pero ahora con pleno soporte legal.

**OCTAVA.** *La prueba pericial como medio que pone en duda la imparcialidad del órgano judicial en el procedimiento de protección de menores*

La intervención, tanto de los psicólogos como de los trabajadores sociales, dentro del procedimiento judicial será generalmente útil para que, como peritos, ilustren sobre si ha existido una situación de desamparo en el núcleo familiar. Este tipo de actuaciones por parte de los trabajadores y trabajadoras de las Administraciones Públicas plantea varias cuestiones relevantes, entre otras: ¿hasta qué punto es concluyente el informe pericial de los órganos sociales?; ¿son totalmente objetivos o por el contrario se encuentran ya viciados?; ¿los jueces de Primera Instancia están vinculados en la práctica a esto tipo de informes?

Ante este tipo de cuestiones, no resulta excesivo afirmar que demasiadas veces los Jueces de Primera Instancia en la práctica delegan en estos profesionales la decisión sobre la adopción de situación de los menores. Esta circunstancia provoca que, en muchas ocasiones, se realicen críticas a este tipo de informes, al discutirse si tienen una clara base científica o si, por el contrario, están en cierto modo viciados al estar adscritos a los juzgados, y si estos profesionales gozan de la debida imparcialidad en beneficio del interés superior del menor.

A este respecto, hay que señalar, entre otras cosas, que los Colegios Profesionales de Psicólogos no ejercen ningún tipo de control sobre las actuaciones de los expertos. Esto podría provocar en algunos supuestos indefensión a los padres biológicos, con el consiguiente coste, pues deberán oponerse siempre al escrito pericial en cierto modo viciado por la falta de control entre el gabinete psicosocial y el Juzgado de Primera Instancia, lo que podría provocar errores judiciales en algunos casos.

**NOVENA.** *Los órganos jurisdiccionales deben partir de que el interés del menor se antepone al afecto por recuperar los padres biológicos a sus hijos e hijas*

Existe cierta tendencia en la jurisprudencia a considerar que siempre debe partirse de las circunstancias que rodean la esfera del menor y que se analizará toda la problemática que ha llevado al infante a encontrarse en situación de desamparo, aunque los matices del abandono sean análogos e iguales. El juez tiene que analizar los hechos en que se produjo el incumplimiento de los deberes y obligaciones de los progenitores con sus hijos e hijas, esto es, el momento en que la Administración Pública confirmó la situación de riesgo o desamparo, y no otras circunstancias de sociabilidad que posteriormente se han podido dar en el seno familiar, y que puedan alterar el curso de la situación de desamparo.

Ante esto, una primera doctrina jurisprudencial sostiene que la tutela administrativa por incumplimiento de los deberes y obligaciones por parte de los padres biológicos debe garantizar la protección del menor por encima del interés de los progenitores. Sin embargo, una segunda doctrina jurisprudencial ha establecido que, solucionados los problemas que dieron lugar a la situación de abandono del menor y salvadas las circunstancias que lo motivaron, el menor tiene que ser reinsertado en el núcleo familiar que lo educó, siempre y cuando esto sea favorable a los intereses de los menores, dejando sin efecto la tutela de la Institución Pública y cumpliendo la responsabilidad moral, social y educacional por parte de los progenitores.

La STS de 31 de julio de 2009 apreció la jurisprudencia sobre el interés del menor, y estableció un nexo de unión entre las distintas posiciones jurisprudenciales. Concluyó así que debería restablecerse la convivencia con los progenitores si las relaciones paterno-filiares hubieran progresado de modo favorable a la reincorporación de los menores al núcleo familiar. Para ello sería necesario establecer una serie de formalidades, principalmente las siguientes: que la situación de riesgo de desamparo en el núcleo familiar hubiera desaparecido y no comporte riesgos relevantes de tipo psíquico; el tiempo transcurrido en la familia de acogida; si su integración en ella y en el entorno es satisfactorio; 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 paternas del menor con la familia biológica.

En mi opinión, la STS de 31 de julio de 2009 permite, siempre que se cumplan las formalidades exigidas, que cohabiten en el mismo plano jurisprudencial los intereses de los padres biológicos con los intereses de los menores. Sin embargo, creo que debería establecerse una distinción jerarquizada, de modo que las circunstancias de los menores deben de primar sobre la integración familiar de los padres biológicos, que deben situarse como subsidiarios

a los intereses de los menores. El órgano judicial debe examinar los hechos que se dieron en el momento en que la Administración Pública estimó que el menor se encontraba en desamparo y no otros. Las nuevas situaciones que aluden los padres biológicos provienen de unos hechos que se habían dado con anterioridad y que al igual que ahora han mejorado, podrían volver a empeorar. Sentenciar desde las nuevas condiciones es una hipótesis peligrosa, que puede llevar aparejada una desprotección jurídica si los menores volviesen a estar nuevamente en una situación de desamparo en el núcleo familiar. Asimismo, debemos tener presente que los intereses de los menores se deben de establecer como principios rectores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

El único problema que nos podemos encontrar es la definición de “*ese interés legítimo*” tan invocado por parte de los jueces en los textos normativos, para no volver a incidir de nuevo en el interés de los padres biológicos por esa falta de determinación al caso concreto, la (STS 31 julio de 2009), resolvió el problema exponiendo que: “*Al ser de un concepto jurídico indeterminado corresponde al juez en la aplicación de la ley, llenar de contenido efectivo tal concepto, al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, utilizando nuestro tribunales la técnica jurídica casuística.*”



## BIBLIOGRAFÍA

- ABASCAL MONEDERO P., VALPUESTA CONTRERAS D y otros. *Guía de intervención administrativa y judicial con menores de protección* ed. Dykinson S.L. Sevilla. 2014, pg. 102.
- ABOGACIA DEL ESTADO., *Tutela de menores extranjeros en situación de desamparo*, dictamen de 5 de junio de 2011, (JUR 2011,385).
- ADOPCION ORG. *La adopción nacional*  
[http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&id=60:adopcion-nacional&catid=25:conceptos-clave&Itemid=91](http://adopcion.org/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=60:adopcion-nacional&catid=25:conceptos-clave&Itemid=91)
- AJA, E., *Los derechos de los inmigrantes en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 209, pgs. 494, 498.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N., “Introducción al estudio de la prueba” *revista de derecho y ciencias sociales*, ed., Universidad de la Concepción de Chile, abril-junio núm.128, Chile 1964, pg. 259.
- ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y FORNER DELAYGUA, J. J., (AAVV). *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño* edit. Marcial Pons Barcelona, 2010, pg. 13.
- ALFONSO X EL SABIO, A., *El fuero Real, las leyes de los adelantados mayores, las nuevas y el ordenamiento de las Tafuterias; y por apéndice las leyes del estilo*, S.E. imprenta Real Madrid, 1836, pg. 82.
- ALFONSO X EL SABIO, A., *Las siete partidas*, [http:// www.librodot.com](http://www.librodot.com) pg. 91.
- ALFONSO XIII., La crisis de la restauración 1902-1931, SCA, *La dictadura de Primo de Rivera*, <http://www.historiasiglo20.org/HE/12b-1.htm>.
- ALISTE SANTOS, T. J., *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, ed., Atelier, Barcelona 2011, pg. 215.
- ALLUEVA AZNAR, L., “Situación de riesgo y desamparo en la protección de menores”. *Revista para el análisis del derecho*, ed. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2011, pg. 14.
- ALTED VIGIL, A., *Las consecuencias de la Guerra Civil española en los niños de la Republica: de la dispersión al exilio* ed. UNED, 1996, <http://revistas.uned.es/index.php/ETFV/article/viewFile/5663/5392>, pg. 208.
- AMICH ELÍAS, C., Normativa jurídico-penal sobre la infancia y juventud delincuente en la dictadura franquista, *cuadernos de historia del derecho norteamericana*, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2016, pgs. 89, 93.
- ANDRES JOVEN, J. M., “Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos”, (dir.) Ortuño Muñoz, *cuadernos de derecho judicial* num.1, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, pgs 227-228.
- ARANGÜENA FANEGO, C., *La oralidad y sus consecuencias en las diligencias de exploración del menor en los procesos matrimoniales*” <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp1ara.pdf>, pg. 6.

- ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J., *Estudios sobre la adopción derecho comparado y Ley española de 4 de julio de 1970*, ed. Reus S.A., Madrid, 1968, pgs. 73, 74.
- ARADAS GARCÍA, A., *El juicio verbal en el ordenamiento civil*, <http://www.cuestionesprocesales.es/el-juicio-verbal-en-el-derecho-civil/>
- ASÍN CABRERA, M<sup>a</sup>. A., *La Protección y Adopción de Menores Extranjeros en la C.A.C.*, ed. Tenidea S.L., Universidad de la Laguna, Canarias, 1999, pg.53.
- AVILEZ, J., *La acción concepto* <http://www.monografias.com/trabajos12/accpret/accpret.shtml>
- BAELO ÁLVAREZ, M., *los orígenes de la adopción desde una perspectiva sociojurídica*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014, pgs. , 252, 284, 299, 311.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS M. *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, ed. Tecnos S.A. Madrid, 1997, pg.118.
- BANACLOCHE PALAO, G., “Algunas reflexiones, en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio” ed. *Diario de la Ley* núm. 8137, 30 de julio de 2013, pg. 6.
- BARBERO SANTOS, M., “Delincuencia Juvenil Tratamiento,” *anuario de derecho penal*, t. 25, núm. 3, ed. Universidad de Valladolid, 1972, pg. 650.
- BARONA VILAR, J. L., “Salvad al niño”. *Compilación de Estudios sobre la protección a la infancia en la Europa Mediterránea a comienzos del Siglo XX, El Consejo Superior de Protección a la infancia y Represión de la mendicidad (1904-1908). Su ideología social y sanitaria*, ed. Universidad de Historia de Valencia 2004. (coord.: Perdiguero Gil), pg. 136.
- BARTOLINI, R., *Juvenile criminal justice in Italy* <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/827> pgs.7-8.
- BARTOLOMÉ MARTÍNEZ, B., “La crianza y educación de los expósitos en España entre la ilustración y el romanticismo (1790-1835)”, ed. *revista interuniversitaria*, núm.10, Universidad Complutense Madrid, 1991, pgs. 42, 43.
- BAYO DELGADO, J., y ORTUÑO MUÑOS, P., “Integrismo en las adopciones internacionales,” ed. *revista jueces para la democracia* núm. 27, Madrid, 1996, pg. 36.
- “Los tribunales para niños en Bélgica y Francia” [http://repositorio.educacion.gov.ar/dspace/bitstream/handle/123456789/97753/Monitor\\_10363.pdf?sequence=1](http://repositorio.educacion.gov.ar/dspace/bitstream/handle/123456789/97753/Monitor_10363.pdf?sequence=1) 37
- BELLIDO PENADES, R., *el recurso extraordinario por infracción procesal*, ed. La Ley, Madrid, 2013, (con ARMENGOT, BONET, CUCARELLA, JUAN, MARTÍN Y MASCARELL).
- BELLIDO PENADES, R., *el recurso de casación civil*, ed. La Ley, Madrid, 2014, (con MASCARELL, JUAN, CUCARELLA, MARTÍN Y ARMENGOT), pgs. 427-430.
- BENITO ALONSO, B., “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores tutela del ministerio de la ley y guarda,” *Diario la Ley* núm.1148, sección doctrina 1997, Ref.D-360, t.6 2. Desamparo versus abandono, 2001.
- BENAVENTE MORENA, P., *Riesgo desamparo y acogimiento de menores. Actuaciones de la Administración e intereses en juego*, edi. Universidad Autónoma Madrid, 2011, pg. 36.

- BLANCO ESCANDON, C., *Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/pdf>, pgs. 88, 98.
- BOCH MARTÍN, J., *El niño española en el Siglo XX*, ed. Graficas González, Madrid, 1947, pg.62.
- BONET NAVARRO, J., “liticonsorcio activo innecesario. Una reflexión para el debate”, ed. *revista en Justicia* num.2, pgs. 531-554.
- BONET NAVARRO, J., *ventajas y ventajistas en el proceso*, <http://www.bonetblog.com/2017/05/ventajas-y-ventajistas-en-el-proceso.html>
- BONET NAVARRO, J., “La introducción del material fáctico en el proceso civil. Delimitación y forma de las alegaciones”, en *Derecho Procesal Contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, (coor.: TAVOLARI), ed. Thomson Reuters Puntotex, Santiago de Chile, 2010, pgs. 198-235.
- BONET NAVARRO, J., “*algunos problemas concretos sobre algunos problemas generales de la prueba en el proceso civil*”, ed. *Diario la Ley*, 6 de octubre de 2009, pg. 9.
- BRADLEY K., LOGAN A., y otros. *Juventud y la delincuencia: Reflexiones del Centenario sobre los niños. la ley de la infancia 1908 en su contexto histórico*.[http://kar.kent.ac.uk/29381/1/Editorial Children Act 1908 final.pdf](http://kar.kent.ac.uk/29381/1/Editorial%20Children%20Act%201908%20final.pdf).
- CABALLERO LOBATO, R. E., *los futuros procesos matrimoniales, en presente y futuro*, dir. Pico i Junoy, J., ed. Bosch editor, Barcelona 1998, pg. 447.
- CABAÑAS POVEDA, C., “Proceso especial sobre impugnaciones de resoluciones administrativas en materia de protección de menores.”, “*revista jurídica de la Comunidad de Madrid*”.[http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168496175&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491112&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome\\_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168496175&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491112&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPPage%2Fhome_RJU&seccion=1109168469706&siteName=RevistaJuridica), pg. 1.
- CABEDO MALLOL, V., “Marco constitucional de la protección de menores” ed. *Diario La Ley*, Madrid 2008, pg. 50.
- CABEDO MALLOL., V., *La situación de los menores inmigrantes no acompañados: su protección e integración*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CABEDO MALLOL, V., *Los menores extranjeros no acompañados*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pgs. 26, 33, 69.
- CABEDO MALLOL, V., Y CLOQUELL LOZANO, A., *Los menores extranjeros no acompañados en los sistemas de protección a la infancia de las Comunidades Autónomas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pg. 224.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo, ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962, pg. 297.
- CALZADILLA MEDINA, M. A., *las reformas del Código Civil español y la Institución de la adopción*, ed. Universidad de Derecho de la Laguna, Tenerife, 2003, pg. 30.
- CAMARA RUIZ, J., “Las diligencias finales” ed. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm.6, 2002, pg. 219.

- CAMPOS MARÍN, R. “Salvad al niño: Estudios sobre la protección a la infancia en la Europa Mediterránea a comienzos del Siglo XX” *revista española de historia*, ed. Universidad de Historia de Valencia, 2004, pg. 136.
- CANCIO FERNANDEZ RAUL, C., “Los actos de comunicación judicial y la intervención del Secretario Judicial en nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *revista de Derecho Procesal*, num.1-3, ed. Edersa, Madrid 2001, pg. 57.
- CARLOS IV. “*Cuidado de los Rectores de las casas de expósitos en la educación de estos, para que sean vasallos útiles*”. Novísima Recopilación de las leyes de España. t. III Lib. VI y VII. Ley III D. Carlos III Real Orden 2 junio 1788 imprenta Sancha España 1805.
- CARNELUTTI, F., *Instituciones del proceso civil italiano*, t. I, vol. I, ed. Ediciones Jurídicas Europa América, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1959, pgs 175-176.
- CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t II, ed. Uteha Argentina, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1944, pgs. 286-290, 231.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, 2ª ed., ed. Depalma, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo Buenos aires 1982, pg. 38, 44.
- CARRASCO PERERA A. “Padres sin hijos y ciudadanos que lo pagan” “*publicación: Actualización Jurídica Aranzadi*” núm. 807, (Tribuna) (BIB 2010 3783) ed. Aranzadi, Pamplona, 2010. Sobre la sentencia del STSJ Barcelona, Secc.4ª 30 de abril de 2010.
- CASADO. PÉREZ, D., “La infancia abandonada y adopción” *revista de desarrollo social* num.3, ed. Fundación Foessa, 1971, pg. 30.
- CASTAIGNÉDE, J., “La responsabilidad penal del menor en el Derecho Francés: La preocupante evolución del concepto,” *revista Eguzkilore*, núm.23, San Sebastián, 2009, pgs, 21, 129, 142, 279, 280, 654.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Guarda y custodia de los hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho*, ed. La Ley actualidad, Madrid 2007, pg. 53.
- CASTILLO LARRAÑAGA, J., Y DE PINA VARA, R., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, México D.F. 1982, pg. 124.
- CASTILLO MARTINEZ. DEL CARMEN C. *La privación de la patria potestad (criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales)*” ed. Editorial práctica del Derecho S.L. Valencia, 2000.
- CASTRO-PRIETO FERRANDIZ L., *Tratado de Derecho Procesal Civil: proceso declarativo, proceso de ejecución*, vol.1, ed. Aranzadi 1982, pg. 237.
- CENARRO LAGUNAS, A., “Historia y memoria del Auxilio social de Falange” *revista de cultura y pensamiento europeo* núm.11, ed., Fundación Academia Europa de Yuste, 2010, pgs 71-73.
- CHACÓN FUERTES.F, GARCÍA GUMIEL J. F., y otros, *Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores*, ed. Colegio oficial de psicólogos de Madrid, 2009, pg. 23.
- CHIOVENDA, G., *Principios del Derecho Procesal Civil*, t. II, lib. II ed. Reus S.A, Madrid 1925, pgs. 6, 178-182.

- CID FÉRNANDEZ, X. M., *Historia de los derechos de la infancia*, <http://www.apega.org/attachments/article/277/historiaderechosdeinfanciast.pdf>
- COLAS TUREGANO. A. *Derecho penal de menores* <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30999.pdf>.
- COLIN M. Y ESCRIBANO MORA, F., trad. “La justicia de menores en Francia”, ed. *revista jueces para la democracia* núm. 3, Francia, 1988, pg. 35.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, imprime H. Studer, Ginebra, 1965, SCA, ed. Universidad de Valencia, 1978, pg. 36.
- CONSEJERIA DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE. *Tribunal Tutelar de Menores de Asturias*, SCA, <http://www.archivosdeasturias.info/feaa/action/detalle?buttons%5B1%5D=loadDetailFondo&idTipo=1128>.
- COUTURE, E. J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., ed. Depalma, Buenos Aires 1958, pg. 80.
- CRUZ FERNÁNDEZ, M., “Breve reseña histórica de la regulación legal de la adopción en España,” *Revista de la sociedad española de psicoanálisis*, núm.8 julio, ed. Sociedad española de psicoanálisis, Madrid, 2014.
- CUCARELLA GALIANA L. A. *El trámite de conclusiones en el juicio ordinario* <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/cp6cuc.pdf> pg. 1.
- CUEVAS MUÑOZ M., *Nombramiento de tutor*, <http://www.mercedescuevas.com/pdf/NOMBRAMIENTO-DE-TUTOR-Noviembre2013.pdf> pg. 2.
- DÁVILA BALSERA, P., y NAYA GARMENDIA, L. Mª. “La evolución de los Derechos de la infancia: Una visión internacional”, *revista Encuentros sobre la educación* vol.12 núm.7, ed. Universidad Complutense Madrid, 2011, pg. 73.
- DÁVILA BALSERA, P., y NAYA GARMENDIA, L. Mª. “El discurso proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales,” *Revista educación infantil* núm.10, ed. Universidad de Huelva, 2008, pgs. 17, 20.
- DE LA RUA BRUNO, F., *Escuelas procesales* <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/43-45/escuelas-procesales.pdf>, pgs. 143, 149.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *Lecciones de derecho procesal*, ed. Romargraf, Barcelona 1982-1983, pg. 125.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., (AAVV), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas Ediciones S.L., Madrid 2001, pg. 736.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, ed., Civitas Ediciones S.L., Madrid 2005, pg. 246.
- DE PINA MILLAN R. *Notas sobre la reconvencción* <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art17.pdf> , pg. 906-907.
- DE AQUINO GARCIA Y GARCIA, .T., *Comentarios a la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores*, ed. Universidad de Valencia, Madrid, 1943, pg. 51.

- DE LA ROCHA GARCÍA, E. *Los menores de edad en el derecho español*, ed. Comares S.L., Granada 2000, pg. 34.
- DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J., “Los futuros juzgados de menores,” *anuario de la Facultad de Derecho* núm.4, ed. Universidad de Extremadura, 1986, pgs, 12, 233.
- DE LOS SANTOS MARTÍN OSTOS, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, ed. Lex- Nova ,Valladolid 2000, pg. 2191.
- DE YBARRA DE LA REVILLA .G, M<sup>a</sup>, *El primer Tribunal de Menores en España* ed. Reus, Madrid, 1925, pgs. 12, 274.
- DEFENSOR DEL PUEBLO., *¿Menores o adultos? Procedimiento para determinar la edad*, ed. Proyectos Editoriales S.A., Madrid, 2011, pg. 35.
- DELGADO VIZCAINO, L. M<sup>a</sup>. *Tendencias actuales de la capacidad del menor y su derecho a ser escuchado* <http://www.monografias.com/trabajos97/tendencias-actuales-capacidad-del-menor-y-su-derecho-ser-escuchado/tendencias-actuales-capacidad-del-menor-y-su-derecho-ser-escuchado.shtml>.
- DEL VALLE, J. F., BRAVO ARTEAGA, A., (AAVV). *El acogimiento familiar en España: Implantación y retos actuales*, ed. Universidad de Oviedo, 2009, <http://www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1654.pdf> , pg. 34.
- DEVIS ECHANDIA, H., *Nociones general de derecho procesal civil*, ed. Aguilar, Bogotá 1961, pgs. 86, 99, 159, 353, 360.
- DEVIS ECHANDÍA, H., *Teoría general de la prueba jurídica*, t.1, ed., Víctor de Zavalía, Buenos aires 1970, pgs. 15, 115, 551.
- D´ONOFRIO, P., *Lecciones de Derecho Procesal*, trad. José Becerra Bautista, ed. Jus, México 1945, pgs. 70-71.
- Diario La Nueva España fecha. 26.07.2015.”El Registro de Delincuentes sexuales estará listo en febrero 2016” <http://www.lne.es/espana/2015/07/25/registro-delincuentes-sexuales-estara-listo/1791319.html>
- Diario ABC fecha 08.10.2015. “Un borrador del CGPJ alerta de que un registro de delincuentes sexuales puede ser inconstitucional” <http://www.abc.es/espana/20151008/abci-cgpj-informe-sexuales-201510081932.html>
- DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DE NOTARIOS. (RJ 1995,1456) Resolución de 10 de enero de 1995.
- DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DE NOTARIOS. (JUR 2010,301757). Resolución de 6 de mayo de 2009.
- DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DE NOTARIOS. (JUR 2012,103867). Resolución de 26 de abril de 2011.
- DÍEZ-PÍCAZO, L., *Sistema de Derecho Civil I 10<sup>a</sup>*, ed. Tecnos, 2001, pg. 407.
- ECHEVERRI DÁVILA, B., “La protección de la infancia: La educación sanitaria de las madres en la posguerra española”, *revista de historia del pensamiento y de los movimientos sociales* núm. 9, ed. Universidad Complutense, Madrid, 2003, pg. 291.
- EGEA BRUNO, P. M., *los huérfanos de la revolución y la guerra. Una institución franquista en la Cartagena posbélica*, ed. UNED, Cartagena, pgs.116, 117.

- ELÍAS MENDEZ C. *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional* ed. Tirant lo Blanch Universidad de Valencia 2002, pg. 82.
- EL SABIO A. *El fuero Real, las leyes de los adelantados mayores, las nuevas y el ordenamiento de las Tafuterias; y por apéndice las leyes del estilo* S.E. imprenta Real Madrid, 1836.
- ENCICLOPEA BRITÁNICA, SCA, S.E., <http://global.britannica.com/topic/Court-of-Chancery>.
- ESPUNY TOMÁS, M. J., “Mendicidad infantil: Ley sobre mendicidad y vagancia de los menores de diez y seis años de 23 de julio de 1903”, *revista IUSlabor* núm.4, ed. Universidad Autónoma de Barcelona, 2005, pg. 2.
- ESTEBAN MONASTERIO, I. *Tratamiento de la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia en el juicio ordinario del Proceso Civil; comentario al Auto del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2011*. <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA31101.pdf>, pg. 6.
- FELIU REY, M. I., *Comentarios a la Ley de adopción*, ed. Tecnos S.A., Madrid, 1989, pgs. 137-139.
- FÁBREGA RUIZ C. F. “La actuación de psicólogos y trabajadores sociales en los procedimientos judiciales” ed. *Diario de la Ley* núm. 6247, Sección Doctrina e ideas preliminares, Madrid 2006.
- FERNÁNDEZ BLANCO, F., *Las XXI Primeras Asambleas Generales de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores*, ed. Abulense, imprime Talleres, deposito Universidad de Valencia, 2010, pg. 45.
- FERNÁNDEZ DEL VALLE J. *El acogimiento familiar en España. Una evolución de resultados* ed. Bouncopy Diseño y Comunicación S.L. Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ MÁRTINEZ, J. M., *Jurisdicción Voluntaria*, Diccionario Jurídico, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pg. 488.
- FERNÁNDEZ SORIA. J. M., “La asistencia a la infancia en la guerra civil. Las colonias escolares”, *revista interuniversitaria* núm.6, ed. Universidad de Salamanca, 1987, pgs. 89, 90.
- FERNÁNDEZ VADILLO, R. M., “Procedimiento de oposición a resoluciones administrativas en protección de menores,” en “*revista la toga*”, núm. 159, Colegio de abogados de Sevilla, 2006, pgs. 12-13, 14, 15.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Aspectos constitucionales de la protección integral de la infancia”, *revista de los investigadores del instituto de investigación de la infancia* núm.12, ed. Universidad de Veracruzana, México, 2005, pg. 7.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO., “Los extranjeros sus garantías, régimen jurídico y tratamiento de los menores inmigrantes no acompañados”, consulta núm.1, de 10 noviembre de 2009, (JUR 2009,450747).
- FLORS MATIÉS, J., “*el objeto del proceso está constituido por la oposición al contenido de lo resuelto por la Entidad Pública*”. [https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema36\\_nuevo.pdf](https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema36_nuevo.pdf)
- FLORS MATIÉS, J., *el juicio verbal*. [https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema31\\_todo.pdf](https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema31_todo.pdf), pg.11.

- FLORES VARELA, C., *Sobre la sede y el archivo de la Junta Provincial de Beneficencia de Toledo Anales toledanos vol. XXXVII Toledo.1999*, <http://eprints.ucm.es/8381/1/BENEFIC.pdf> pg. 233.
- GALINDO GARFÍAS, I., *El Derecho del menor a la Tutela*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/434/28.pdf> pg. 290.
- GARCÍA DE LA BORBOLLA, E., *Las partes en el proceso civil o penal*, <http://www.monografias.com/trabajos13/introd/introd.shtml#PARTES>.
- GARCÍA VILLALUENGA, L., “El acogimiento familiar como recurso en la protección de menores”, *cuaderno de trabajo social* núm.5, ed. Universidad Complutense Madrid, 1992, pgs. 91, 92.
- GERVILLA CASTILLO, A., *Familia y Sociedad: Menores en Situación de Riesgo*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2000, pgs. 30, 31.
- GIL CABALLERO M<sup>a</sup> J. *La emancipación* [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DLFE-117374.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-117374.pdf) pg. 1.
- GIL MÁRTINEZ, A., *La reforma de la adopción Ley 21/1987*, ed. Dykinson S.L. Madrid, 1988, pg. 10.
- GIMÉNEZ SALINAS-COLOMER, E., *Legislación de menores en el Siglo XXI: Análisis del Derecho Comparado*, S.E., imprime Lerko Print Madrid, 1999, pg. 105.
- GIMÉNEZ. SALINAS-COLOMER, E., *La justicia de menores en el S.XX una gran incógnita*, cit., [http://www.iin.oea.org/La\\_justicia\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf)
- GOBIERNO Y CONSEJERIA DE LA REGION DE MURCIA, [https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6052&IDTIPO=100&RASTRO=c560\\$m6046](https://www.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=6052&IDTIPO=100&RASTRO=c560$m6046)
- GOBIERNOS DE ESPAÑA (1930-1931), SCA, *Reinado de Alfonso XIII*, <http://www.historiaelectoral.com/e1900g.html>
- GOLDSCHMIDT, J., *Derecho, Derecho Penal y Proceso II Derecho Procesal Civil*, trad., de la 2ª ed., alemán por Prieto-Castro, L., ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2010, pg. 157.
- GÓMEZ BRAVO, G., “El desarrollo penitenciario en el primer franquismo (1935-1945)”, *revista de historia contemporánea* núm. 6, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2006, pgs. 12, 13.
- GOMEZ MESA, A., *Los Tribunales Tutelares de Menores en España*, ed. Reus S.A., Madrid, 1934, pg. 21.
- GÓNZALEZ, E., y GÓNZALEZ, R., y (AAVV). *Intervención con familias y atención a menores en riesgo social* ed. Garceta Grupo Publicaciones S.L. Madrid. 2011, pg. 56.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M., “Los Tribunales para niños, creación y desarrollo”, *revista interuniversitaria* num.18, ed. Universidad de Oviedo, 1999, pg. 117.
- GONZÁLEZ LEÓN, C., *El abandono de menores en el código civil*, ed. Boch Editor, Madrid, 1995, pgs. 19, 41, 42, 251, 252.

- GONZALEZ PILLADO, E., *Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, [http://www.indret.com/pdf/232\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/232_es.pdf) pg. 2.
- GÓNZALEZ PILLADO, E., “Procedimiento de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores tras la reforma de la Ley 54/2007”, ed. Indret., “*revista para el análisis del Derecho*” núm.2, Facultad de Derecho Universidad de Vigo, 2008, pgs. 2, 26, 29, 31, 33.
- GONZALEZ PILLADO, E., GRANDE SEARA, P., *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, pgs. 216, 217, 218, 223.
- GÓNZALEZ POVEDA, P., “El artículo 752 LECiv”, ed.” *revista Sepin*”, artículo monográfico, marzo, 2010.
- GUALLART TORRES, J. Y GOICOECHEA, LOPEZ, T. *El Derecho Penal de los Menores. Los Tribunales para niños* S.E. imprime tipografía La Academia Zaragoza, 1925, pg. 59.
- GUIJARRO CONTRERAS, G. “Infancia abandonada y adopción”, *revista de desarrollo social* núm.3, ed. Fundación Foessa, Madrid, 1971, pg. 59.
- GUILLEN CABAÑERO, J., *Urb Roma. Vida y costumbres de los romanos .IV. Constitución y desarrollo de la sociedad*, ed. Sígueme, Salamanca, 2000, pgs. 123-126.
- GUZMAN FLUJA V. C., Y MANZANARES CASTILLEJO, R., *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito procesal civil*, ed., Ministerio de Trabajo e inmigración, Madrid, 2000, pgs. 23-57.
- HEREDIA URZÁIZ, I., *Control y exclusión social: La Ley de vagos y maleantes en el primer franquismo*, <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/28/93/08heredia.pdf>., pg. 109.
- HERRERA GASCÓN, H., *Tramitación de los expedientes de adopción de los acogidos a establecimientos de beneficencia*. Boletín núm.848, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1971, pgs 2, 3.
- HERNÁNDEZ DÍAZ, J. Y M<sup>a</sup>. VEGA GIL, L., (AAVV). “Protección a la infancia y educación en Castilla y León (1900-1903),” *revista de pedagogía* núm.10, ed. Universidad de Salamanca, 1998, pg. 246.
- HERNÁNDEZ HOLGADO, F., *La prisión de ventas: de la Republica al franquismo, 1931-1941*, ed. Marcial Pons Historia, Madrid, 2003, pg. 165.
- HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. *La situación Jurídica menor en el marco leyes de las Comunidades Autónomas*, ed. Dykinson. S.L., Madrid, 1998, pg. 51.
- HOYA COROMINA, J., (AAVV), *El recurso de apelación a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. II, ed., Lurgium, Barcelona, 2001, pg. 1935.
- HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *Procedimiento de impugnación de las resoluciones administrativas en materia de protección de menores*, [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Antonio%20J.%20Hu%C3%A9lamo%20Buend%C3%ADa.pdf?idFile=05ef76eb-c318-4451-b2db-048bdf07fc4f](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Antonio%20J.%20Hu%C3%A9lamo%20Buend%C3%ADa.pdf?idFile=05ef76eb-c318-4451-b2db-048bdf07fc4f), pg. 13.
- HUGO, V., *Le Travail des Enfants dans les mines de charbon periode de 1850-1900*, [http://histobully.canalblog.com/docs/Le\\_Travail\\_des\\_Enfants\\_dans\\_les\\_Mines\\_de\\_Charbon.pdf](http://histobully.canalblog.com/docs/Le_Travail_des_Enfants_dans_les_Mines_de_Charbon.pdf).

- HUGUENIN, I., *Los Tribunales para niños en Bélgica y en Francia*, <http://repositorio.educación.gov.ar/dspace/bistream>.
- INES AMATO M. *Víctimas de la violencia* ed. La Rocca, Buenos Aires, 2006, pg. 198.
- INSTITUCIONES AUXILIARES DEL TRIBUNAL PARA NIÑOS DE VALENCIA *Colonia de San Vicente. Escuela de Reforma para menores necesitados de corrección y Tutela Social*, SCA, S.E. imprime Tipografía Moderna, Universidad de Valencia, 1925, pgs. 12, 25.
- JIMÉNEZ FORTEA F, J., “La evolución histórica del enjuiciamiento de los menores de edad en España”, *revista Boliviana del Derecho* num.18, ed. Fundaciones Iuris Tantun, Bolivia, 2014, pgs. 164, 171, 173.
- JORDÁN DE ASO Y DEL RÍO I Y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. *Fuero viejo de Castilla*, S.E. imprime D. Alejandro Gómez Fuentenebró, Madrid, 1847, pg. 57.
- KISCH, W., “Elementos de Derecho Procesal Civil”, trad. Leonardo Prieto Castro, ed. 1ª, ed. *revista de derecho privado*, Madrid 1932, pg. 101.
- La II República española (1931-1939), SCA, <http://www.historiasiglo20.org/HE/13.htm>
- La guerra civil española (1936-1939), SCA, <http://www.historiasiglo20.org/HE/14.htm>
- LARRANDART L, E., *Juventud e identidad. III Congreso internacional. La Doctrina de la situación irregular y la Convención internacional de los Derechos del niño*, t. II, ed. espacio editorial, Buenos Aires 2001, <http://coleccion.educ.ar/coleccion/CD10/contenidos/teorico/mod2/art4/index.html>.
- LASSO GAITE., *Crónica de la Codificación española 2 Procedimiento Civil*, imprime Imprenta Nacional del Boletín del Estado, Madrid, 1998, pg. 240.
- LÁZARO GÓNZALEZ I. *Los menores en el Derecho español* ed. Tecnos, Madrid, 2002, pg. 351.
- LIGERO LASA J, A., y MARTÍNEZ MUÑOZ, M., “Familia, infancia y derechos: Una mirada cualitativa desde la percepción adulta”, *revista trabajo social*, vol.3 ed. Universidad de Huelva, 2003, pg. 56.
- LLUCH, ABEL, X. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, ed. Boch S.A., Barcelona 2005, pg. 191.
- LÓPEZ ASENJO, M., “Breve historia hispánica dictadura de Franco,” *revista la España del S.XX* t.8, <https://brevehistoriahispanica.wordpress.com/category/temario-completo/>
- LÓPEZ GALLARDO J. R. “El proceso de adopción en la legislación española-II” [http://www.iuriscivilis.com/2009/10/el-proceso-de-adopcion-en-la\\_7649.html](http://www.iuriscivilis.com/2009/10/el-proceso-de-adopcion-en-la_7649.html)
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., “comentarios prácticos a la LEC. Arts.12 y 420”, ed., *Indret, revista para el análisis del derecho* pg. 11.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, F., *Necesidades de la infancia y protección infantil*, ed. Ministerio Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pgs. 64-125.
- LLEBARÍA SAMPER S. “Tutela automática, guarda y acogimiento de menores. (Estudio sistemático de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre) ed. José Mª Boch S.A. Barcelona, 1990, pg. 262.
- MARES ROGER, F., “Los actos de comunicación judicial en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, ed. *Diario de la Ley* num.5282, 4 de abril de 2001, pg. 5.

- MARÍA ALEJANDRE F. *El recurso de casación en la jurisdicción civil*  
[http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1391079486es.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1391079486es.pdf)  
, pg. 2.
- MARRE D y BESTARD J. *La adopción y el acogimiento presente y perspectivas*, ed. Graficas Rey S.L. Barcelona, 2004, pg. 20.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, J., *Protección de menores*, ed. Pirámide Madrid, 2009, pg. 77.
- MARTÍN LÓPEZ, M. T., *La responsabilidad penal de los menores*, ed. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2001.
- MARTÍN RODRÍGUEZ A. Breve apunte sobre el acogimiento familiar, revista anuario de la facultad de Derecho, núm.205, ed. Universidad Alcalá de Henares Madrid, 2005.
- MARTÍN DE AGAR Y VALVERDE J, T., *El matrimonio canónico en el Derecho civil español*, ed. Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), Pamplona, 1985, pg. 72.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE. C. *La adopción internacional*, ed. Universidad a Coruña, 1999, pgs. 90, 91.
- MARTÍNEZ DOMÍNGUEZ, L. M., *Fundación educativa de los hospitales y hospicios en España hasta la primera mitad del siglo XIX. La cuna de expósitos en las Palmas de Gran Canaria: de la respuesta socioeducativa a la lucha por la supervivencia*, Centro Universitario Villanueva, ed. Universidad Complutense Madrid, 2009, pg. 226.
- MARZAL RODRÍGUEZ. P., *Lecciones de Historia del Derecho*, S.E., imprime Artes Gráficas Soler S.L. Valencia, 2000, pg. 90.
- MASCARELL NAVARRO, M<sup>a</sup>. J., “Procedimiento a la resolución administrativa de desamparo: Límites a la legitimación y duración del proceso”, ed., *Revista General de Derecho Procesal* núm. 41, Facultad de Derecho Universidad de Valencia, pgs. 13, 35, 44.
- MATTIROLO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t I., ed. Reus S.A., Madrid 1930, pg. 3.
- MAYANS LOURIE, S., *Observaciones sobre Nueva Legislación Penal*,  
<http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4063/3959>.
- MAYOR DEL HOYO. M<sup>a</sup> V. *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, ed. Comares Granada, 1999, pgs. 85, 168-172.
- MECERREYES JIMÉNEZ L. J. *Practica pericial psicológica en los juzgados de familia*  
<http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=826>
- MÉNDEZ PÉREZ, J., *El acogimiento de menores*, ed. Bosch S.A., Barcelona, 1991, pgs. 65, 177.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo. XV*, S.E. Imprime Ecesa Universidad de Sevilla, 1976, pgs, 57, 58, 215.
- MEROI, A., *El Derecho Procesal y su inserción en la teoría general del derecho*,  
<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/684/532>, pg. 54.
- MICHELLI, G. A., *La carga de la prueba*, ed. Editorial Temis S.A., Colombia 2004, pg. 64.
- MIGUEL Y ROMERO, M., y MIGUEL Y ALONSO, C., *Derecho procesal práctico*, 11<sup>a</sup> ed., Cartoné, Barcelona 1967, pg. 52.
- MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. *Guía de aplicación adopción y acogimiento Ley 21/1987*, edit. Centro de Publicaciones Abascal, Universidad de Valencia, Madrid, 1991, pg. 5.

- MINISTERIO DEL INTERIOR., “ El Registro Central de Delincuentes sexuales”, ed., *Diario la nueva España*, Asturias, 26.07.2015, <http://www.lne.es/espana/2015/07/25/registro-delincuentes-sexuales-estara-listo/1791319.html>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA., *La obra de protección de menores*, ed. Departamento de Publicaciones y Documentación del Consejo Superior de Protección de Menores, Madrid, 1984, pg. 23.
- MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR., el libro blanco del Ministerio Fiscal, ed., Secretaria Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1986, pg. 166.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *El acogimiento familiar en España. Una evaluación de resultados* ed. Universidad de Oviedo, Madrid, 2008, pg. 20.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES. <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopcionNacional/etapasTramitacion.htm>
- MIRALLES CONTIJOCH, F., *Diario El País*, F. 31.05.2009, Madrid, 2009, ¿Cuál es tu síndrome?, [http://elpais.com/diario/2009/05/31/eps/1243751211\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2009/05/31/eps/1243751211_850215.html), pg. 9.
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., y otros., *Derecho Jurisdiccional II Procesal Civil*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pgs. 405, 406.
- MONTERO PEDRERA, A. M<sup>a</sup>. *Las escuelas de reforma en España y la reeducación de menores: una mirada retrospectiva en sus orígenes*, vol.2, ed. Universidad de Sevilla 2009, pgs. 123, 246.
- MONTERO PEDRERA, A. M<sup>a</sup>, “El Tribunal Tutelar de Sevilla, una alternativa para los menores delincuentes a principios del Siglo XX”, *revista interuniversitaria* núm.33, ed. Universidad de Salamanca, 2014, pg. 265.
- MONTERO VILLEGAS, A., *Protección a la infancia Tribunal para niños*, S.E. imprenta Madrid, 1913, pgs, IX-XIX.
- MONTON GARCIA, M., *Derechos y Garantías de los Menores en el ámbito civil, su protección procesal en la Ley Orgánica 1.996 de 15 de enero*, ed. Artes Gráficas y encuadernaciones, Sdad. Coop. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 2003, pgs.43, 44.
- MORENO FLÓRES, R. M<sup>a</sup>, *Acogimiento familiar* ed. Dykinson S.L. Madrid 2012, pgs. 94, 156, 164.
- MORENO FLÓRES R. M<sup>a</sup>, *Acto constitutivo de la adopción*, ed. Colex, Madrid, 1985, pg. 94.
- MORENO TORRES-SANCHEZ, J., *El desamparo de menores*, ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2005, pgs. 81, 82, 139.
- MORENO VELASCO V., “Las diligencias en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio”, ed. *Diario de la Ley*”, número.7256, 2009, pgs 12-16.
- MORENO ZUÑIGA, T., *Nueva regulación de las conclusiones en el juicio verbal*<http://www.teresamorenoabogada.es/index.php/es/blog/104-nueva-regulacion-de-las-conclusiones-en-el-juicio-verbal>.
- MURUA CARTÓN, H., y DÁVILA BALSERA, P., “La protección de la infancia en Bizkaia el largo camino hacia una educación inclusiva”, ed. *revista pro infancia*, (coors.: Berruezo Albéniz, Conejero López), 2009, pg. 160.

- NIETO MORALES, C., *Discurso de los menores bajo medida judicial*, ed. Dykinson, Madrid, 2015, pgs. 98, 99.
- OCÓN DOMINGO, J., “Un análisis comparativo de las medidas alternativas de protección de menores en Andalucía y España,” *cuadernos de Trabajo Social* vol. 17, núm.17, ed. Universidad Complutense de Madrid, 2004, pg. 75.
- OCÓN DOMINGO, J., “Normativa internacional de protección de la infancia,” *cuadernos de trabajo social* núm. 19, ed. Universidad Complutense Madrid, 2006, pgs.114, 115.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil 6ª ed.*, ed. Cizur Menor 2007, (con MASCARELL, CAMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), pg. 375.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil 8 ed.*, ed. Thomson Aranzadi 2008, (con MASCARELL, CAMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA Y MARTÍN), pg. 210.
- PALACIO LIS, I. Y CÁNDIDO, RUIZ, R., *Educación Comparada e historia de la educación para una historia de la educación en España*, S.E. imprime Martín impresores S.L., Valencia, 1996, pgs. 28, 61, 127, 129, 140, 274.
- PALACIO LIS I. Y RUIZ RODRIGO. C., *Asistencia social y educación. Documentos y textos comentados para una Historia de la educación social en España*, ed. Universidad de Valencia, Dpto. Educación Comparada e historia de la educación, Valencia 1996, pg. 114.
- PALACIO LIS I., Y RUIZ RODRIGO, C., *Redimir la inocencia. Historia, marginación infantil y educación protectora*, ed. Universidad de Valencia, imprime Martín Impresores S.L. Valencia, 2002, pg. 114.
- PALACIOS SÁNCHEZ, J., *Menores Marginados. Perspectiva histórica de su educación e integración social*, ed. editorial CCS, Madrid, 1997, pgs. 179, 180, 185.
- PANTOJA GARCÍA, F., *El fiscal como defensor del menor (la posición del menor ante la Ley a través de la defensa que del menor ejerce el Ministerio Fiscal*, <http://www.seypna.com/articulos/fiscal-defensor-menor/>
- PEDROSA ALQUÉZAR, I., “Apuntes sobre la evolución prevención de riesgos laborales”, *revista de relaciones laborales* núm.8, ed. Universidad Carlos III Madrid, 2000, pg. 138.
- PEREA VALLANO A. *Tramitación de los expedientes de adopción de los acogidos a tutela de una casa de expósitos y beneficencia* Boletín núm. 904 ed. Ministerio de Justicia Madrid.1972, pg. 5.
- PEREDA GAMEZ, F. j., *las cargas familiares, el régimen económico de las familias en crisis*, ed., La Ley, Madrid, 2007, pg. 615.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *La nueva adopción*, edit. Civitas S.A., Madrid, 1989, pgs. 21, 28, 32, 33.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., los procesos civiles ordinarios con especialidades procesales <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2103/AD-5-24.pdf;sequence=1> pgs. 1-16.
- PÉREZ DE CASTRO N. *El menor emancipado* ed. Tecnos S.A. Madrid. 1988, pg. 32.
- PÉREZ HÉRNANDEZ, M., “Toribio Sanz de Velasco (1756-1825)”, *revista de estudios* núms. 27-28, ed. Universidad de Salamanca, 1991, pg. 117.
- PÉREZ SEGURA, F., *La atención pública a los menores almerienses (1936-1970)*, ed. Universidad de Almería, 2010, pg. 409.

- PICÓ JUNOY, J., *El juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, ed., J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona 2007, 99.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA., *Fuero juzgo en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos*, SCA. S.E. Madrid, 1815, pg. 75.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. RAE. <http://lema.rae.es/drae/>
- REBOLLEDO VARELA. A. L. “Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción: la exigencia de consentimientos y su modo de prestación en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, *revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm.23, ed. Consejería de Administraciones Públicas, Toledo, 1998, pg. 76.
- REQUENA ABADÍA, P., *Fracaso. El Tribunal Tutelar y el Reformatorio de Menores de Madrid*, ed. Argis, Madrid, 1932, pg. 69.
- REYES GALLUR, J. J., *Disposiciones generales de los procesos de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, [http://porticolegal.expansion.com/pa\\_articulo.php?ref=173](http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=173).
- RICO PÉREZ, F., *La protección de los menores*, ed. Editorial Montecorvo S.A, Madrid, 1980, pg. 23.
- RÍOS LOPEZ Y., *la función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos*, <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/funcion-directiva-juez.pdf> pg. 21.
- RIVERO FERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ed. Dykinson. S.L., Madrid, 2007, pg. 51.
- RIVES SENA, J. M., “El menor de edad, o el mayor de edad, en situación de desamparo,” ed. *Diario la Ley*. núm. 4307, sección doctrina 2010, ref., proceso sobre la capacidad de las personas, estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Madrid, 2009.
- ROCCO, U., *Tratado de Derecho Procesal civil*, t. II, ed. Temis, Buenos aires 1963, pgs. 103, 181, 274, 275.
- RODRÍGUEZ CANO, R. D., “¿Protección de menores “versus” protección de progenitores?” *revista. Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. III (Tribuna), (BIB 2000,235), ed. Aranzadi, S.A., Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “Los centros de internamiento en la nueva regulación de la responsabilidad penal de los menores,” ed. *revista jurídica* núm.9, Comunidad de Madrid, 2001, pg. 153.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. J., “La infancia: Una misión, un reto,” *revista española de educación comparada* núm.9, ed. UNED, 2003, pg. 50.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, A., *Los Menores en un Estado de Derecho*, ed. Dykinson S.L. Madrid, 2009, pgs. 19, 20, 22.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, J. P., *La justicia de menores en España análisis histórico jurídico*, ed. Universidad la Laguna Santa Cruz de Tenerife, 2001, pgs. 428, 439, 440.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, J. F., “Manuel Tolosa Latour (1875-1919) y Elisa Mendoza Tenorio (1856-1929): Precursores de la protección a la infancia en España,” *revista electrónica de historia* núm.5, ed. José Luis González Huerta, 2014, pgs. 359, 440.

- ROMERO SALADO. D.J. “Sobre el trámite de conclusiones en el Juicio Verbal tras la modificación del art.447.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.” <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/sobre-el-tramite-de-conclusiones-en-el-juicio-verbal-tras-la-modificacion-del-art-4471-de-la-ley-de-enjuiciamiento-civil>.
- ROSEMBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, ed. ARA editores E.I.R.L, Perú 2007, pg. 269
- SALINAS COLOMER-GIMÉNEZ, E., *La justicia de menores en el S.XX una gran incógnita*, [http://www.iin.oea.org/La\\_justicia\\_de\\_menores.pdf](http://www.iin.oea.org/La_justicia_de_menores.pdf)
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, ed. Laborun, Murcia, 2001, pg. 361.
- SÁNCHEZ ALCARAZ. P. “Defensa y representación de los menores tutelados en el procedimiento regulado en la LORPM. El defensor judicial. Otras cuestiones de interés.” [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/PONENCIA%20Sra.%20Alcaraz.pdf?idFile=849077de-952a-42e5-9e10-a5a36066e43a](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/PONENCIA%20Sra.%20Alcaraz.pdf?idFile=849077de-952a-42e5-9e10-a5a36066e43a), pg. 5
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, V., *La exploración psicológica en las casas de observación de los Tribunales Tutelares de Menores (1918-1943)* imprime Nanut S.L ed. Universidad de Córdoba 2001, pgs. 37, 134.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ V. Y GUIJARRO GRANADOS T. *Apuntes para una historia de las instituciones de menores en España* <http://www.revistaaen.es/index.php/aen/article/viewFile/15820/15679>, pgs. 127, 131, 132.
- SANCHIDRIÁN BLANCO, C. Y MARTÍN ZÚÑIGA, F., “Protección y reeducación de la infancia abandonada: la casa de la misericordia de Málaga (1832-1936)”, *revista de pedagogía* vol. 61 núm.4, ed. Universidad de Málaga, 2009, pg. 123.
- SANTOS SÁCRISTAN, M., *Los inicios de la protección a la infancia en España (1873-1918)* <http://www.um.es/ixcongresoaehe/pdfB3/Los%20inicios%20de%20la%20proteccion%20infancia.pdf> pgs. 5, 7, 9.
- SANTOS SACRISTÁN, M., “Una aproximación a la Ley de Mendicidad de 1903” *revista de la Inquisición (Intolerancia y Recursos Humanos)*.núm.16, ed. Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2012, pg. 230.
- SANTOS URBANEJA F. “La guarda de hecho” [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwioktXG1xoKHSrgBnMQFggqMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.faisem.es%2Findex.php%2Fes%2Fprogramas%2Fpromocio-n-y-apoyo-a-entidades-tutelares%2Fitem%2Fdownload%2F232\\_fc1018724e2a2118a38b36253187ea30&usq=AFQjCNHtC6JFZC6uAXyRG9rMZVvb4JNN8Q](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0ahUKEwioktXG1xoKHSrgBnMQFggqMAI&url=http%3A%2F%2Fwww.faisem.es%2Findex.php%2Fes%2Fprogramas%2Fpromocio-n-y-apoyo-a-entidades-tutelares%2Fitem%2Fdownload%2F232_fc1018724e2a2118a38b36253187ea30&usq=AFQjCNHtC6JFZC6uAXyRG9rMZVvb4JNN8Q)
- SANZ HOYA, J., *La construcción de la dictadura franquista en Cantabria*, ed. PubliCan, (Torrelavega), Cantabria, 2008, pg. 145.
- SERRANO GARCIA, J. A., *La aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los derechos civiles españoles y la filiación ilegítima*. [related:www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero=RJ\\_03\\_II\\_3.pdf&codigoAcceso=PdfRevistaJuridica](related:www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero=RJ_03_II_3.pdf&codigoAcceso=PdfRevistaJuridica) la aplicación retroactiva de las recientes leyes de reforma de los derechos civiles.

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., *Abandono y desamparo de menores en el Derecho Civil español* ed. Fundación Universitaria Española Madrid, 2004, pgs. 102, 105.
- SEVILLA BUJALANCE, J. L., *El menor abandonado y su protección jurídica*, ed. Universidad de Córdoba, 2002, pg. 222.
- SOTO MARCO, A., *La mujer bajo el franquismo* <http://mayores.uji.es/proyectos/proyectos/lamujerbajofranquismo.pdf>, pg. 57.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., SABINA CERVERA, S., y otros “Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto del Derecho Penitenciario,” *revista de estudios penitenciarios* núm.255, ed. Ministerio del Interior. Madrid, 2011, pg. 13.
- TEJEDOR MUÑOZ L., POUS DE LA FLOR M<sup>a</sup>. y otros. *Legislación estatal y autonómica sobre la protección jurídica del menor volumen II Andalucía y Aragón* edit. Digital UNED. 2010, pg. 579.
- TOMÁS ROCA, T. C., *Historia de la obra de los Tribunales Tutelares de menores en España* S.E. imprime J. Domenech, Madrid, 1968, pg. 15.
- TORIBIOS FUENTES, F., Y VELLOSO MATA, M<sup>a</sup>. J., *Manual práctico del Proceso Civil*, ed. Lex Nova, Valladolid 2010, pg. 318.
- TORIBIOS FUENTES F. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. ed. Lex Nova Valladolid. 201, pg. 609.
- TORRES-SÁNCHEZ. MORENO, J., *El desamparo de menores*, ed. Thomson Aranzadi, S.A. Navarra, 2005, pgs. .21, 200.
- TORTELLO, M., *Adopción teología moral*, [http://www.mercaba.org/DicTM/TM\\_adopcion.htm](http://www.mercaba.org/DicTM/TM_adopcion.htm).
- TROPÉ, H., *La formación de los niños huérfanos en Valencia (Siglos XV al XVII)*, S.E. imprime Guada impresores, Valencia, 2007, pgs.61, 62.
- TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES y su provincia. *Menoría de su actuación de los años 1928-1930*, S.E. imprenta colonia de San Vicente Burjasot Valencia, 1931, pg. 26.
- TRIBUNAL TUTELAR DE MENORES DE VALENCIA., *Diez meses de actuación del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia y su provincia. (Agosto 1936.Mayo 1937)*, SCA, S.E. Imprime la escuela de reformas (Burjasot) Valencia, deposito Universidad de Valencia, 2004, pg. 67.
- UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID., *Novísima Recopilación de las Leyes de España libro VII Título XXXVII RC 11 de diciembre 1796*, SCA, ed. Facultad de Geografía Historia, Madrid, 1805, pg. 414.
- UNED. *La adopción internacional*. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho de la Empresa. Derecho internacional privado. Madrid. <http://www2.uned.es/015275/InternPriv/Tema%20XXI-La%20adopcion%20internacional.pdf> , pgs. 12, 13.
- UREÑA MARTINEZ, M., *Malos tratos a menores en el ámbito familiar*, ed. Aranzadi S.A., Granada, 2008, pg. 41.
- VALMAÑA CABANES, A., *La importancia del trámite de conclusiones y la convivencia de su práctica en el juicio verbal*, [http://www.indret.com/pdf/1156\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1156_es.pdf), pg. 16.

- VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico. Ley 21/1987 de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil en materia de adopción*, ed. Comares, Granada, 1995, pgs, 2, XXIV, 216, 217.
- VICENTE SALAZAR, R., “Antecedentes nacional e internacional sobre la percepción y los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes,” *revista Electrónica Educare* vol.12, núm.1, ed. Universidad Nacional de Costa Rica, 2008, pg. 61.
- VIDAL PEREZ, M<sup>a</sup>. F., *El litisconsorcio en el proceso civil*, ed. La Ley, Madrid 2007, pgs. 32, 264, 265, 306.
- VINYES RIBAS, R., *Estructura del sistema de capturas, deportaciones y pérdidas infantiles establecido por la dictadura del general Francisco Franco, 1938-1949*. <http://www.fibgar.org/upload/publicaciones/9/es/estructura-del-sistema-de-capturas---deportaciones-y-perdidas-infantiles---establecido-por-la-dictadura-del-general---francisco-franco--1938-1949.pdf>. pg. 4.
- VILLAMAZARES VIVES, F., *Manual del Delegado del Tribunal Tutelar de Menores*, ed. Escuela de Reformas, Burjasot, 1934, pgs. 30, 62-63.
- VYSHINSKI, A., *Teoría de la prueba en el Derecho Soviético*, ed., Nuevo Derecho, Buenos Aires 1951, pg. 252.
- ZAMORA SEGOVIA M. L. *Sistema de protección de menores desamparo. Reinserción del menor a su familia de origen*. <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3394&tipo=documento>, pgs. 6, 14.
- ZARANDIETA MIRABENT, E., *La delincuencia de los menores y los Tribunales para niños*, ed. imprenta clásica española, Madrid, 1916, pg. 125.



## *DISPOSICIONES CITADICAS CRONOLOGICAMENTE*

**1822**

---

8 junio 1822. Código Penal (G. núms 283, de 27 septiembre y 362 de 12 diciembre).

**1834**

---

Ordenanza General de los Presidios del Reino 1834 (G. núm. 57, de 18 abril).

**1849**

---

Ley de Beneficencia 1849 (G. núm. 5398, de 24 junio).

**1870**

---

Código Penal 1870 (G. supl. núm. 243, de 17 junio).

**1878**

---

Ley reguladora del trabajo infantil y juvenil 1878 (G. núm. 209, de 28 julio).

**1881**

---

Real Decreto 3/1881, de 3 febrero. Ley de Enjuiciamiento Civil (G. núm.36, de 5 febrero).

**1889**

---

Real Decreto 24 julio 1889, Código Civil (G. núm. 0, de 25 julio).

**1900**

---

Ley de menores 1900 (G. núm. 73, de 14 marzo).

**1903**

---

Ley sobre la vagancia y mendicidad de los menores de dieciséis años 1903 (G. núm. 214, de 2 agosto).

**1904**

---

Parte Oficial. Presidencia del Consejo de Ministros 1904. Ministro de la Gobernación (G. núm. 230, 17 de agosto).

**1905**

---

Real Orden Circular 1905 (G. núm. 178, de 22 junio).

Ley de protección de la infancia 1905 (G. núm. 230, de 17 agosto 1904).

**1908**

---

Real Decreto. Reglamento de la Protección de la Infancia. 1908. (G. núm.26, de 25 enero).

Real Decreto. Por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Protección de la Infancia 1904 (G. núm. 26, de 26 enero 1908).

Real Decreto. 24 de febrero 1908 (G. núm. 56, de 25 febrero).

**1910**

---

Reglamento sobre Puericultura y Primera infancia. 1910. (G. núm. 107, de 17 abril).

**1918**

---

Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños 1918 (G. núm. 331, de 27 noviembre).

Ley de Bases de 2 de agosto. 1918. Sobre organizaciones y atribuciones de los Tribunales para niños (G. núm. 99, de 5 abril 1922).

**1919**

---

Reglamento provisional para la aplicación de la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños 1919 (G. núm. 158, de 13 julio).

**1920**

---

Real Orden Ministerio de Gracia y Justicia 1920 (G. núm. 119, de 28 abril).

**1922**

---

Reglamento para la aplicación de la Ley sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños 1922 (G. núm. 99, de 9 abril).

**1923**

---

Real Orden. 1923 (G. núm.145, de 25 mayo).

**1924**

---

Declaración de Ginebra. Sociedad de Naciones Unidas el 24 Septiembre de 1924.  
<http://ojd.org.do/Normativas/Penal%20NNA/Instrumentos%20internacionales/Declaracion%20de%20Ginebra%201924.pdf>**1925**

**1925**

-----  
Decreto Ley.15 julio 1925. Sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños (G. núm. 37, de 6 febrero).

Decreto Ley. Sobre proyecto de reforma 25.noviembre 1918 sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para niños 1925 (G. núm. 197, de 16 julio).

Reglamento provisional para ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares para niños de 25 noviembre de 1918 reformada por el R.D. de 15 julio 1925 (G. núm. 251, de 8 septiembre).

**1928**

-----  
8 septiembre 1928. Código Penal (G. núm. 257, de 13 septiembre).

**1929**

-----  
Real Decreto Ley 3 de febrero 1929 sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para Niños (G. núm. 37, de 6 febrero).

**1930**

-----  
Real Decreto.16 mayo 1930 (G. núm. 140, de 20 mayo).

Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores 1930 (G. núm. 140, de 30 mayo).

**1931**

-----  
Decreto de 15 de abril de 1931 (G. núm. 106, de.16 abril).

**1932**

-----  
Ley de Bases 8 septiembre 1932, para la reforma del código penal de 1870 (G. núm. 363, de 28 diciembre).

27 octubre 1932. Código Penal (G. núm. 310, de 5 noviembre).

Decreto 2 diciembre 1932 (G. núm. 344, de 9 diciembre).

**1933**

-----  
Ley de Estados peligros y medidas de seguridad 1933 (G. núm. 217, de 5 agosto).

**1936**

-----  
Orden de 30 de diciembre 1936 de beneficencia agotamiento de niños huérfanos y abandonados y juntas locales de colocación (BOE. núm. 74, de 2 enero).

**1937**

-----  
Orden de 3 de enero 1937. Reorganización de los establecimientos benéfico-sociales existentes (BOE. núm. 75, de 3 de enero).

Orden de 1 de abril 1937. Establecimientos de beneficencia (BOE. núm. 168, de 6 de abril).

Decreto de la Presidencia de Ministros, 4 de enero 1937 (G.R. núm.133, de 13 mayo).

Orden 19 octubre 1937 (G.R. núm. 294, de 21 octubre).

### **1939**

---

Orden 2 marzo 1939 (BOE. núm. 72, de 13 marzo).

Orden 27 abril 1939. Instruyendo a Nuestra Señora de la Merced como Patrona del Cuerpo de Prisiones, del Patrona del Cuerpo de Prisiones (BOE. núm. 122, de 2 mayo).

### **1940**

---

Decreto 5 de abril 1940 (BOE. núm. 110, de 19 abril).

Orden 30 de marzo 1940. Normas sobre la permanencia en las Prisiones de los hijos de las reclusas (BOE. núm. 97, de 6 abril).

Decreto 21 de junio 1940 (BOE. núm. 181, de 21 junio).

Decreto. 23 noviembre 1940. Sobre protección del Estado a los huérfanos de la revolución Nacional y de la guerra (BOE. núm. 336, de 3 de abril).

Ley 13 de diciembre 1940, sobre Tribunales Tutelares de Menores (BOE. núm. 358, de 23 diciembre).

### **1941**

---

Ley 17 de octubre 1941, por las que dictan normas que faciliten la adopción de los acogidos en Casas de Expósitos y otros establecimientos de beneficencia (BOE. núm. 229, de. 26 octubre).

Ley 4 de diciembre 1941, por lo que se regulan las inscripciones en el Registro Civil de los niños repatriados y abandonados (BOE. núm. 350, de 16 diciembre).

### **1944**

---

19 julio 1944. Código Penal (BOE. núm. 204, de 22 julio).

### **1948**

---

Decreto 11 de junio 1948, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Titulares de Menores (BOE. núm. 201, de 19 julio).

Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 diciembre de 1948.  
<http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CIPewr34gL8CFerjwgod2AoA9A>

### **1957**

---

Ley Registro Civil de 8 junio 1957 (BOE. núm. 151, de 10 junio).

**1958**

-----  
Ley de adopción de 24 de abril 1958. Reforma del Código Civil 1958 (BOE. núm. 99, de 25 abril [RCL 1958, 760]).

**1959**

-----  
Declaración de los Derechos del Niño 1959.  
<http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>

**1961**

-----  
Convenio de La Haya sobre protección de menores. 5 de octubre 1961 (BOE. núm. 229, de 25 septiembre 1978).

**1969**

-----  
Decreto 3457/1969, de 19 diciembre (BOE. núm. 28, de 2 febrero 1970).

**1970**

-----  
Ley 7/1970, de modificación del capítulo V del Título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción (BOE. núm. 161, de 7 julio).

**1976**

-----  
Decreto 414/1976, de 26 febrero (BOE. núm. 60, de 10 marzo).

**1978**

-----  
27 de diciembre 1978. Constitución Española de 1978. (BOE. núm.331, de 29 diciembre [RCL. 1978, 226]).

**1979**

-----  
Ley Orgánica 3/1979, del Estatuto de Autonomía del País Vasco (BOE. núm. 306, de 22 diciembre).

**1981**

-----  
Ley Orgánica 1/1981, del Estatuto de Autonomía Gallego (BOE. núm. 101, de 28 abril).

Ley 11/1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio 1981 (BOE. núm. 119, de 19 mayo).

Ley Orgánica 7/1981, del Estatuto de Autonomía de Asturias (BOE. núm. 9, de 11 enero).

Ley Orgánica 8/1981, del Estatuto de Autonomía de Cantabria (BOE. núm. 9, de 11 enero).

**1982**

---

Ley Orgánica 3/1982, del Estatuto de Autonomía de la Rioja (BOE. núm. 146 de 19 junio).

Ley Orgánica 4/1982, del Estatuto de Autonomía de Murcia (BOE. núm. 146 de 19 junio).

Ley Orgánica 5/1982, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE. núm. 164 de 10 julio).

Ley Orgánica 10/1982, del Estatuto de autonomía de Canarias (BOE. núm. 195 de 10 agosto).

Ley Orgánica 9/1982, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE. núm. 195, de 16 agosto).

Ley Orgánica 13/1982, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (BOE. núm. 195, de 16 agosto).

**1983**

---

Ley Orgánica 3/1983, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE. núm. 51, de 1 marzo).

**1985**

---

Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE. núm. 80, de 2 abril).

Ley Orgánica 6/1985, del poder judicial (BOE. núm. 157, de 1 julio).

Ley Orgánica De Educación 1985 (BOE. núm. 159, de julio).

**1987**

---

Ley 21/1987, por la que se modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE. núm. 275, de 17 noviembre).

Congreso de los Diputados. III legislación. Serie A. (BOCG. núm. 22-I, de febrero 1987).

Congreso de los Diputados. III legislación. Serie A. Proyectos de Ley (BOCG. núm. 22-4, de marzo 1987).

**1989**

---

Convenio de Nueva York 1989.  
[https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Marco\\_Normativo/Conv%20Derechos%20Ni%C3%B1o.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Marco_Normativo/Conv%20Derechos%20Ni%C3%B1o.pdf)

**1990**

---

Ley Orgánica General Sistema Educación (BOE. núm. 238, de octubre 1990).

Convención de los Derechos del niño. Ratificada por España el 30 de noviembre 1990. Adoptada y abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor. 2 de septiembre 1990. (BOE núm. 313, de 31 diciembre).

**1992**

-----  
Ley Orgánica 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (BOE. núm. 46, de 22 febrero).

**1993**

-----  
Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. La Haya el 29 de mayo 1993. (BOE núm. 182, de 1 agosto 1995).

**1994**

-----  
Ley 4/1994, de Protección y Atención a Menores de Extremadura. (BOE núm. 309, de 27 diciembre).

**1995**

-----  
Ley 1/1995, de protección de Menores de Asturias (BOPA. núm. 32, de 9 febrero. [LPAS 1995,24]).

Ley 6/1995, de garantía de derechos de la infancia y la adolescencia de Madrid (BOCM. núm. 83, de 7 abril. [LCM 1995,115])

Ley Orgánica 1/1995, del Estatuto de Autonomía de Ceuta (BOE. núm. 64, de 14 marzo).

Ley 3/1995, de 21 marzo de la infancia de la Región de Murcia (BOE. núm. 131, de 2 junio).

Ley Orgánica 2/1995, del Estatuto de Autonomía de Melilla (BOE. núm. 64, de 14 marzo).

Ley Orgánica 6/1995, del Poder Judicial (BOE. núm. 157, de julio 1995).

Ley Orgánica 10/1995, por lo que se aprueba el Código Penal (BOE. núm. 281, de 24 noviembre).

**1996**

-----  
Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE. núm. 15, de 17 enero).

Real Decreto 155/1996, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 (BOE. núm. 47, de 23 febrero).

Real Decreto 416/1996, por las que se crea las Comisiones de atención a la infancia en las ciudades de Ceuta y Melilla (BOE. núm. 56, de 5 marzo).

**1997**

-----  
Ley 1/1997, de menores de Canarias (BOE. núm. 63, de 14 marzo [LCAN 1997,41]).

Ley 3/1997, de la familia y la infancia adolescencia de Galicia, de 2011 (DOG. núm. 118, de 20 junio).

**1998**

-----  
Ley Orgánica 1/1998, de los Derechos y atención al menor de Andalucía (BOE. núm. 150, de 24 junio).

Decreto 198/1998, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión de Tutela del Menor (BOCM. de 21 diciembre).

**1999**

---

Ley Orgánica 1/1999, del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (BOE. núm. 7, de 8 enero).

Ley 18/1999, reguladora de los Consejos de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid (BOE. núm. 195, de 29 abril).

Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE. núm. 298, de 13 diciembre).

**2000**

---

Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BOE. núm. 7, de 8 enero)

Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE. núm. 11, de 13 enero).

**2001**

---

Decreto 93/2001, del Gobierno Valenciano por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana (DOGV. núm. 4008, de 22 mayo).

Ley 12/2001, de la infancia y adolescencia en Aragón (BOA. núm. 86, de 20 julio).

**2002**

---

Ley 14/2002, de Promoción, Atención a la Infancia en Castilla León (BOE. núm. 197, de 17 agosto).

Real Decreto .42/2002, régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa (BOJA. núm. 20, de 16 febrero).

**2003**

---

Directiva. 2003/9/CE, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOUE. 6 de febrero).

Directiva. 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar. (DOUE. 3 de octubre).

Decreto .406/2003, por el que se modifica el D 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia Gallega (DOG. núm. 222, de 14 noviembre).

**2004**

---

Real Decreto.2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE. núm 6, de 7 enero 2005).

**2005**

-----  
Ley 3/2005, de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia del País Vasco (BOPV. núm. 59, de 18 febrero [LPV 2005,133]).

Ley Foral de Navarra 15/2005, Promoción Atención y Protección a la infancia (BOE. núm.1, de enero).

**2006**

-----  
Ley 1/2006, de Protección de Menores de la Rioja 2006 (BOE. núm. 70, de 23 marzo. [LLR 2006,85]).

Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE. núm. 172, de 20 Julio).

Ley 17/2006, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears (BOE. núm. 297, de 13 diciembre).

**2007**

-----  
Ley Orgánica 1/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de las illes Balears (BOE. núm. 52, de 1 marzo).

Ley Orgánica 2/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE. núm. 68, de 20 marzo).

Ley Orgánica 5/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE. núm. 97, de 23 abril).

Ley Orgánica 14/2007, del Estatuto de Autonomía de Castilla-León (BOE. núm. 288, de 30 noviembre).

Ley 54/2007, de adopción internacional (BOE. núm. 312, de 28 diciembre).

**2008**

-----  
Ley 12/2008, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana (BOE. núm. 200, de 19 agosto).

Decreto 190/2008, Reglamento de protección de menores en riesgo de Aragón. (BO. Aragón núm.174, de 23 octubre. [LARG 2008,375]).

Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores en Estrasburgo el 27 de noviembre 2008 (BOE. núm. 167, 17 de julio 2011).

Ley 13/2008, de servicios sociales de Galicia (BOG. núm. 245, de diciembre).

Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco (BOE núm. 242, de 7 octubre 2011).

**2009**

-----  
Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la oficina judicial (BOE. núm. 266, de 4 noviembre).

**2010**

---

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE. C83/389, de 30 marzo).

Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña (BOE. núm. 156, de 28 junio).

Ley 8/2010, Ley de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria (BO. núm. 34-extraordinario, de 28 diciembre [LCTB 2010,308]).

**2011**

---

Ley Orgánica 1/2011, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE. núm. 25, de 29 enero).

Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE. núm. 103, de 30 abril).

Ley 20/2011, del Registro Civil (BOE. núm. 175, de 22 julio).

Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal (BOE. núm. 245, de 11 octubre).

Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales de los menores y la pornografía infantil. (DOUE. L.335 de 17 diciembre).

**2012**

---

Real Decreto-ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE. núm. 56, de 6 marzo).

**2013**

---

Ley 3/2013, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León (BOE. núm. 144, de 17 junio).

**2014**

---

Ley 5/2014, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha (BOE. núm. 42, de 18 febrero 2015).

**2015**

---

Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE. núm. 158, de 3 julio).

Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE. núm. 174, de 22 julio).

Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE. núm. 175, de 23 julio).

Ley Orgánica 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE. núm. 180, de 29 julio).

Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE. núm. 236, de 2 octubre).

Ley 42/2015, de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BOE. núm 239, de 6 octubre).



## **I. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEHD Secc. A130, 24 de marzo de 1988 (TEDH 10465,83), (Olsson contra Suecia).

STEHD Secc. A156, 22 de junio de 1989 (TEDH 11373,85), (Eriksson contra Suecia).

STEHD Secc. 3ª, 24 de mayo de 2011 (TEDH 2011,50). (Saleck Bardi contra el Reino de España).

STEHD Secc. 3ª, 18 de junio de 2013 (TEDH 28775,12). (R.M.S. contra el Reino de España).

## **II. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

### **1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

#### **A). AUTOS**

ATC Sala 1ª, 13 de febrero de 2009 (RTC 2009,47) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez).

ATC Sala 2ª, 8 de julio de 2013 (RTC 2013,151) (Ponente: Excma. Sra. Dña. Adela Asua Batarrita).

#### **B). SENTENCIAS**

STC Pleno, 28 de septiembre de 1982 (RTC 1982, 121) (Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

STC Pleno, 14 de febrero de 1991 (BDA RTC 1991,36) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente).

STC Sala 1ª, 18 de octubre de 1993 (BDA RCM 1993,298) (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón).

STC Pleno, 18 de noviembre de 1993 (BDA RTC 1993,341) (Ponente: Excmo. Sr. D. Julio Diego González Campo).

STC Sala 2ª, 27 de septiembre de 1999 (RTC 1999,165) (Ponente: Excmo. Sr. D. Julio Diego González Campos).

STC Sala 2ª, 18 de diciembre de 2000 (BDA RTC 2008,58) (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende).

STC Sala 2ª, 20 de mayo de 2002 (RTC 2002,124) (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás V. Vives Antón).

STC Sala 1ª, 30 de septiembre de 2002 (RTC 2002,168) (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera).

STC Sala 2ª, 25 de noviembre de 2002 (BDA RTC 2002,221) (Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez).

STC Sala 2ª, 19 de abril de 2004 (RTC 2004,71 Sentencia) (Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón).

STC Sala 1ª, de 2 junio de 2005 (RTC 2005,152) (Ponente: Exma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonte).

STC Sala 2ª, 31 de enero de 2008 (RTC 2008,14) (Ponente: Exmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez).

STC Sala 2ª, 28 de abril de 2008 (BDA RTC 2008,58) (Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez).

STC Sala 1ª, 22 de diciembre de 2008 (RTC 2008,184) (Ponente: Excma. Sra. Doña. María Emilia Casas Baamonte).

STC Sala 1ª, 13 de febrero de 2009 (RTC 2009,47) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez).

STC Sala 2ª, 22 de abril de 2013 (RTC 2013,90) (Ponente: Exmo. Sr. D. Ramón Rodríguez Arribas).

STC Sala 2ª, 8 de julio de 2013 (RTC 2013,151) (Ponente: Exmo. Sra. Dña. Adela Asua Batarrita).

STC Sala 1ª, 9 de septiembre de 2013 (RTC 2013,172) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel).

STC Sala 2ª, 1 de febrero de 2016 (RTC 2016, 16) (Ponente: Exmo Sr. D. Adela Asua Batarrita).

STC Pleno, 16 de noviembre de 2016 (RTC 2016,192) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Pérez de los Cobos).

## **2. TRIBUNAL SUPREMO**

### **A). AUTOS**

ATS Secc. 1ª, 21 de abril de 2009 (Cendoj ROJ 2009,5356) (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández).

ATS Secc. 1ª, 9 de septiembre de 2014 (Cendoj ROJ 2014,6887) (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan).

ATS Secc. 1ª, 13 de mayo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3719) (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).

ATS Secc. 1ª, 3 de febrero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,619) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto).

ATS Secc. 1ª, 25 de enero de 2017 (Cendoj ROJ 2017,2019) (Ponente: Exmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).

### **B). SENTENCIAS**

STS Secc. 1ª, 22 de diciembre de 1993 (Cendoj ROJ 1993,9084) (Ponente: Exmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres).

STS Secc. 1ª, 18 de junio de 1994 (Cendoj ROJ 1994,4743) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

STS Secc. 1ª, 6 de mayo de 1997 (Cendoj ROJ 1997,3154) (Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros).

STS Secc. 4ª, 14 de marzo de 2001 (Cendoj ROJ 2001,2034) (Ponente: Exmo. Sr. D. José María Álvarez-Cienfuegos Suarez).

- STS Secc. 1ª, 4 de octubre de 2001 (Cendoj ROJ 2001,2565,) (Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta).
- STS Secc. 1ª, 28 de febrero de 2002 (Cendoj ROJ 2002,1429,) (Ponente: Exmo. Sr. D. Jesús Eugenio Corbal Fernández).
- STS Secc. 1ª, 23 de septiembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,6056,) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Almagro Nosete).
- STS Secc. 1ª, 22 de octubre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,6940) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).
- STS Secc. 1ª, 23 de diciembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,125) (Ponente: Exmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández).
- STS Secc. 1ª, de 16 de julio de 2004 (Cendoj ROJ 2004,5284,) (Ponente: Exmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan).
- STS, Secc. 1ª, 30 de enero de 2006 (Cendoj ROJ 2006,121) (Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).
- STS Secc. 1ª, 27 de febrero de 2007 (JUR 2007,80193) (Ponente: Exmo. Sr. D. Román García Varela).
- STS Secc. 1ª, 3 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3155) (Ponente: Exmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).
- STS Secc. 1ª, 31 de julio de 2007 (JUR 2007,292009) (Ponente: Exmo. Sr. Clemente Auger Liñán).
- STS Secc. 1ª, 28 de octubre de 2008 (RJ 2008,5798) (Ponente: Exmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).
- STS Secc. 1ª, 12 de noviembre 2008 (Cendoj ROJ 2008,5820) (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O´Callaghan Muñoz).
- STS Secc. 1ª, 14 de julio de 2009 (RJ 2009,4470) (Ponente: Excmo. Sr. Xavier O´ Callaghan Muñoz).
- STS Secc. 1ª, 24 de abril de 2010 (Cendoj ROJ 2010,2906) (Ponente: Exmo Sr. D. Julián Artemio Sánchez Melgar).
- STS Secc. 1ª, 21 de febrero de 2011 (Cendoj ROJ 2011,2362), (Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.).
- STS Secc. 1ª, 11 de noviembre de 2011 (Cendoj ROJ 2011,9282) (Ponente: Exmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).
- STS Secc. 1ª, 17 de febrero de 2012 (Cendoj ROJ 2012,840) (Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).
- STS Secc. 1ª, 25 de abril de 2012, (Cendoj ROJ 2012,3079) (Ponente: Exma. Sra. Dña. Rosa María Viroles Piñol).
- STS Secc. 1ª, 27 de junio de 2012 (Cendoj ROJ 2012,4473) (Ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías).
- STS Secc. 1ª, 9 de julio de 2013 (Cendoj ROJ 2013,3829) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández).

STS Secc. 1ª, 15 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2014,4159) (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).

STS Secc. 1ª, 29 de marzo de 2016 (Cendoj ROJ 2016,1289) (Ponente: Exmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).

STS Secc. 1ª, 19 de abril de 2016 (Cendoj ROJ 2016,2236) (Ponente: Exma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga).

STS Secc. 1ª, 22 de junio de 2016 (Cendoj ROJ 2016,6651) (Ponente: Exmo. Sr. Francisco Marín Castan).

STS Secc. 1ª, 25 de noviembre de 2016 (Cendoj ROJ 2016,5164) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).

STS Secc. 1ª, 15 de febrero 2017 (Cendoj ROJ 2017,850) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Marín Castan).

STS Secc. 1ª, 17 de mayo 2017 (Cendoj ROJ 2017,4563) (Ponente: Exmo. Sr. D. Francisco Marín Castan).

### **3. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

STSJ Sevilla, Secc. 3ª, 7 de noviembre de 2007 (RJCA 2008,195) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Sánchez Ugena).

STSJ Málaga, Secc. 1ª, 16 de octubre de 2008 (JUR 2009, 51555) (Ponente Ilma. Sra. Dña. María Teresa Gómez Pastor).

STSJ Sevilla, Secc. 3ª, 30 de abril de 2009 (Cendoj ROJ 2009,2507) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Gabaldon Codesido).

STSJ Barcelona, Secc. 4ª, 30 de abril de 2010 (Cendoj ROJ 2010,4839) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Abelleira Rodríguez).

STSJ Zaragoza, Secc. 1ª, 5 de abril de 2011 (RJ 2011,4624) (Ponente: Ilmo. Sr D. Ignacio Martínez Lasierra).

STSJ A Coruña, Secc. 1ª, 27 de octubre de 2011 (Cendoj ROJ 2011,8808) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Cadenas Sobreira).

STSJ Zaragoza, Secc. 1ª, 23 de diciembre de 2011 (Cendoj ROJ 2011,2176,) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch).

STSJ Barcelona, Secc. 1ª, 12 de marzo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3079) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Eugenia Alegret Burgues).

STSJ Barcelona, Secc. 1ª, 4 de mayo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,5191) (Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Eugenia Alegret Burgues).

STSJ Zaragoza, Secc. 1ª, 14 de mayo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,593) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch).

STSJ A Coruña, Secc. 1ª, 26 de noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,9086) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez).

STSJ Castellón de la Plana, Secc. 2ª, 28 de enero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,37) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Eloísa Gómez Santana).

## **4. AUDIENCIAS PROVINCIALES**

### **A). AUTOS**

AAP Bilbao, Secc. 4ª, 3 de enero de 2002 (Cendoj ROJ 2002,212) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio García Martínez).

AAP Burgos, Secc. 2ª, 11 de abril de 2003 (Cendoj ROJ 2003,215) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez De Aldecoa Lorente).

AAP Barcelona, Secc. 18ª, 30 de abril de 2003 (Cendoj ROJ 2003,637) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enric Anglada Ford).

AAP Gerona, Secc. 2ª, 14 de diciembre de 2005 (Cendoj ROJ 2005,698) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Masfarre Coll).

AAP Barcelona, Secc. 12ª, 25 de mayo de 2007 (Cendoj ROJ 2007,2263) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Pérez Tormo).

### **B). SENTENCIAS**

SAP Valencia, Secc. 3ª, 16 de julio de 1998 (AC 1998,6724) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Regina Marrades Gómez).

SAP Sevilla, Secc. 6ª, 20 de enero 1999 (AC 1999, 3893) (Ponente Ilmo. Sr. D Julio García Casas).

SAP Sevilla, Secc. 6ª, 13 de febrero de 2000 (AC 2000,56) (Ponente. Ilmo. Sr D. Marcos Antonio Blanco Leira).

SAP Sevilla, Secc. 6ª, 12 de junio de 2000 (JUR 2000,283139) (Ponente. Ilmo. Sr D. Marcos Antonio Blanco Leira).

SAP Huelva, Secc. 2ª, 28 de noviembre de 2000 (JUR 2001,77720) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago García García).

SAP Almería, Secc. 2ª, 4 de octubre de 2001 (JUR 2002,14324) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Contreras Aparicio).

SAP Barcelona, Secc. 18ª, 6 de junio de 2002 (Cendoj ROJ 2002,6065) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Málaga Diéguez).

SAP Barcelona, Secc. 18ª, 21 de noviembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,1177) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Bachs Estany).

SAP Girona, Secc. 2ª, 28 de noviembre de 2002 (Cendoj ROJ 2002,2306) (Ponente: Ilmo. Sr. D Jaime Masfarre Coll).

SAP Burgos, Secc. 2ª, 11 de abril de 2003 (Cendoj ROJ 2003,215) (Ramón Ibáñez De Aldecoa Lorente).

SAP Lleida, Secc. 1ª, 18 de diciembre de 2003 (JUR 2004,30274) (Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Segura Sancho).

SAP Zaragoza, Secc. 5ª, 15 de julio de 2004 (AC 2004,990) (Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver).

SAP Cáceres, Secc. 1ª, 28 de diciembre 2004 (JUR 2005,28250) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco bote Saavedra).

- SAP Valladolid, Secc. 3ª, 1 de febrero de 2005 (Cendoj ROJ 2005,103) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Jaime Sanz Cid).
- SAP Islas Baleares, Secc. 3ª, 11 de marzo de 2005 (AC 2005, 351) (Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez).
- SAP Valencia, Secc. 10ª, 20 de abril de 2005 (AC 2005,505) (Ponente Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España).
- SAP Valencia, Secc. 10ª, 6 de junio de 2005 (JUR 2005,199877) (Ponente Ilmo. Sr. D. José Bonet Navarro).
- SAP Ávila, Secc. 1ª, 10 de junio de 2005 (AC 2005,2233) (Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Callejo Sánchez).
- SAP Jaén, Secc. 2ª, 23 de noviembre de 2005 (JUR 2006,143222), (Ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Morales Ortega).
- SAP Gerona, Secc. 2ª, 14 de diciembre de 2005 (Cendoj ROJ 2005,698) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Masfarre Coll).
- SAP A Coruña, Secc. 5ª, 26 de enero de 2006 (JUR 2007,135166) (Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo).
- SAP Madrid, Secc. 22ª, 14 de marzo de 2006 (Cendoj ROJ 2006,2804) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo hijas Fernández).
- SAP Valencia, Secc. 1ª, 18 de abril de 2006 (JUR 2006,254118) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Huerta Garitano).
- SAP, A Coruña, Secc. 1ª, 10 de mayo de 2006 (Cendoj ROJ 954,2006) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas).
- SAP Castellón de la Plana, Secc. 2ª, 4 de octubre de 2006 (Cendoj ROJ 2006,899) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina).
- SAP Vizcaya, Secc. 4ª, 26 de enero de 2007 (JUR 2007,121645) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Valdés-Solís Cechina).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 25 de enero de 2007 (JUR 2007,192687) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors).
- SAP Barcelona, Secc. 12ª, 25 de mayo de 2007 (Cendoj ROF 2007, 2263) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Pérez Tormo).
- SAP Castellón, Secc. 2ª, 12 de julio de 2007 (JUR 2007,317780) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Cristina Domenech Garret).
- SAP Granada, Secc. 5ª, 19 de octubre de 2007 (Cendoj ROJ 2007,2000) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Maldonado Martínez).
- SAP Almería, Secc. 3ª, 9 de abril de 2008 (JUR 2008,216450) (Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Martínez Abad).
- SAP Valencia, Secc. 10ª, 19 de mayo de 2008 (JUR 2008,224131) (Ponente Ilma. Sra. Dña. María Pilar Manzana Laguarda).
- SAP Islas Baleares, Secc. 4ª, 13 de junio de 2008 (JUR 2008,338389) (Ponente. Ilmo. Sr D. Miguel Álvaro Artola Fernández).

- SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 29 de julio de 2008 (Cendoj ROJ 2008,2557) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Acin Garos).
- SAP Granada, Secc. 5ª 17 de octubre de 2008 (Cendoj ROP 2008,1785) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaro Lazcano).
- SAP Barcelona, Secc. 4ª, 21 de octubre de 2009 (Cendoj ROJ 2009,11838) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Mireia Ríos Enrich).
- SAP Cartagena, Secc. 5ª 19 de diciembre de 2008 (Cendoj ROJ 2008,2179) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Nicolás Manzanares).
- SAP Islas Baleares, Secc. 4ª, 13 de junio de 2008 (JUR 2008,338389) (Ponente. Ilmo. Sr D Miguel Álvaro Artola Fernández).
- SAP Valencia, Secc. 10ª, 9 de julio de 2009 (JUR 2010,72771) (Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de Motta García-España).
- SAP Almería, Secc. 2ª, 8 de septiembre de 2009 (AC 2010 1662), (Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Contreras Aparicio).
- SAP Murcia, Secc. 4ª, 23 de diciembre de 2009 (JUR 2010,67889) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader).
- SAP Cádiz, Secc. 5ª, 20 de abril de 2010 (Cendoj ROJ 2010,356) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sanabria Parejo).
- SAP Granada, Secc. 5ª, 2 de julio de 2010 (Cendoj ROJ 2010,573) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dohrmann).
- SAP. Elche, Secc. 9ª, 13 de julio de 2010 (Cendoj ROJ 2010,2739) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Calvet Botella).
- SAP Lleida, Secc. 2ª, 19 de octubre de 2010 (EDJ 2010, 238121) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Albert Guilanya Foix).
- SAP Tarragona, Secc. 1ª, 8 de abril de 2011 (JUR 2011,260727) (Ponente Ilma. Sra. Doña. María Joana Valldepérez Machi).
- SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, 4 de mayo de 2011 (JUR 2011,281480) (Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 2 de junio de 2011 (JUR 2011,291982) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Ana María García Esquius).
- SAP Murcia, Secc. 4ª, 20 de junio de 2011 (JUR 2011,278756) (Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán).
- SAP Zamora, Secc. 1ª, 29 de julio 2011 (Cendoj ROJ 2011,371) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Braulla Santos-Fruncia).
- SAP Pamplona, Secc. 1ª, 14 junio de 2011 (Cendoj ROJ 2011,671) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fermín Javier Zurubí Oteiza).
- SAP Albacete, Secc. 1ª, 14 de julio de 2011 (JUR 2001,250979) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer).
- SAP. Barcelona, Secc. 18ª, 18 de julio de 2011 (JUR 2011,317326) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Ana Mª García Esquius).

- SAP Valencia, Secc. 10ª, 16 de enero de 2012 (JUR 2012,76066) (Ponente Ilma. Sra. .Dña. María pilar Manzana Laguarda).
- SAP Murcia, Secc. 4ª, 26 de enero de 2012, (JUR 2012,63347) (Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader).
- SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 7 de marzo de 2012 (JUR 2012,107970) (Ponente Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós).
- SAP Cádiz, Secc. 5ª, 27 de abril de 2012 (JUR 2012,205325) (Ponente Ilma. Sra. Dña. Rosa María Fernández Núñez).
- SAP Zaragoza, Secc. 2ª, 2 de mayo de 2012 (JUR 2012,180356) (Ponente Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 5 de octubre de 2012 (JUR 2012,115438) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Ana María Hortensia García Esquiús).
- SAP Oviedo, Secc. 6ª, 26 de noviembre de 2012 (Cendoj ROJ 2012,3449) (Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Elena Rodríguez-Vigil Rubio).
- SAP Alicante, Secc. 1ª, 28 de noviembre de 2012 (Cendoj ROJ 2012,3835) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gil Martínez).
- SAP Murcia, Secc. 4ª, 21 de marzo de 2013 (Cendoj ROJ 2013,687) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 18 de diciembre 2013 (Cendoj: ROJ 2013,148040) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Viñas Maestre).
- SAP Huelva, Secc. 1ª, 16 de diciembre de 2013 (Cendoj ROJ 2013,1251) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago García García).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 18 de diciembre de 2014 (Cendoj ROJ 2014,13857) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Viñas Maestre).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 10 de marzo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2834) (Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez).
- SAP. Málaga, Secc. 6ª, 11 de marzo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2130) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Inmaculada Suarez-Barcena Florencio).
- SAP Málaga, Secc. 6ª, 8 de abril 2015 (Cendoj ROJ 2015,2326) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María de la Soledad Jurado Rodríguez).
- SAP Madrid, Secc. 22ª, 24 de abril de 2015 (Cendoj ROJ 2015,4540) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Rosario Hernández Hernández).
- SAP Córdoba, Secc. 1ª, 11 de mayo de 2015 (Cendoj ROJ 2015,521) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).
- SAP Madrid, Secc. 1ª, 3 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,3155) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).
- SAP Barcelona, Secc. 13ª, 9 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,8162) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María dels Angels Gomis Masque).
- SAP Valencia, Secc. 4ª, 21 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2523) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Olga Casas Herraiz).

- SAP Salamanca, Secc. 1ª, 22 de julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,369) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Martín Pérez).
- SAP Jaén, Secc. 1ª, 30 julio de 2015 (Cendoj ROJ 2015,787) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Elena Arias-Salgado Robsy).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 14 de septiembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,8942) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José Pérez Tormo).
- SAP. Toledo, Secc. 1ª, 23 de septiembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1776) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Urbano Suarez Sánchez).
- SAP Córdoba, Secc. 1ª, 9 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,891) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Caballero García).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 13 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,10812) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Myriam Sambola Cabrer).
- SAP Granada, Secc. 5ª, 16 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1566) (Ponente: Ilmo. Antonio Mascaró Lazcano).
- SAP Vitoria, Secc. 1ª, 21 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,656) (Ponente: Ilmo. Sra. Dña. María Mercedes Guerrero Romeo).
- SAP Granada, Secc. 5ª, 23 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1550) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez).
- SAP Santiago de Compostela, Secc. 6ª, 29 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2913) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Martelo Pérez).
- SAP. Santa Cruz de Tenerife, Secc. 1ª, 30 de octubre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,2433) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Gaspar Pardo de Andrade).
- SAP Burgos, Secc. 2ª, 13 noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,797) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Muñoz Fernández).
- SAP Granada, Secc. 5ª, 13 noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1670) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez).
- SAP Granada, Secc. 5ª, 27 de noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1691) (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel García Sánchez).
- SAP Huelva, Secc. 1ª, 30 de noviembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,837) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Martín Mazuelos).
- SAP Tarragona, Secc. 1ª, 4 diciembre de 2015 (Cendoj ROJ 2015,1391) (Ponente: Ilmo. Sr. D. María del Pilar Aguilar Vallino).
- SAP Barcelona, Secc. 18ª, 19 enero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,396) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. Margarita Blasa Noblejas Negrillo).
- SAP Madrid, Secc. 24ª, 21 enero 2016 (Cendoj ROJ 2016,1358) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María José de la Vega LLanes).
- SAP Oviedo, Secc. 6ª, 1 de febrero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,74) (Ponente: Ilma. Sr. Dña. María Elena Rodríguez-Vigil Rubio).
- SAP a Coruña, Secc. 3ª, 18 de febrero de 2016 (Cendoj ROJ 2016,166) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Ruiz Tovar).

SAP Madrid, Secc. 25ª, 31 de mayo de 2016 (Cendoj ROJ 2016,7342) (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Luis Sobrino Blanco).

SAP Salamanca, Secc. 1ª, 17 de enero de 2017 (Cendoj ROJ 2017,15) (Ponente: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Borjabad García).

