



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**JOSÉ LUIS TERRERO CHACÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO
GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL
INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN A LA
INFANCIA**

ÍNDICE

I ANTECEDENTES	4
II CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL	4
III ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO	5
IV CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO	9
V ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO	18
1.- Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	18
1.a.- Deberes de los menores	19
1.b- Medidas y principios rectores de la acción administrativa	21
1.c- Actuaciones en situación de desprotección del menor	27
1.d- Guarda provisional	31
1.e- Situación de riesgo	31
1.f- Situación de desamparo	36
1.g- Guarda temporal de menores	39



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.h- Disposiciones comunes a la guarda y tutela	39
1.i- Acogimiento familiar.....	40
1.j Acogimiento residencial.....	47
1.k. Programas de preparación para la vida independiente	52
1.l. Sistema de información.....	53
1.m. Índice de tutela.....	54
1.n. Adopción de menores	54
2.- Modificación del Código Civil.	54
2.a. Modificación de normas de Derecho Internacional Privado	55
2.b. Modificación del artículo 19 CC.....	57
2.c. Acciones de filiación.....	59
2.d. De las relaciones paterno-filiales.....	63
2.e. Medidas de protección de los menores.....	63
2.f. Modificación del derecho de visitas	64
2.g. Modificaciones en la guarda y acogimiento de menores	69
2.h. Modificaciones de la adopción.....	78
2.i. Nombramiento de tutor a menores desamparados	87
2.j. La guarda de hecho.....	89
2.h. Consentimiento de los menores para contratar.....	89
3.- Modificación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.....	90
4.- Modificación de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.	94
4.a.- Apartado 2 del artículo 76 LEC.....	94
4.b. Apartado 1 del artículo 525 LEC	96
4.c. Artículo 779 LEC.....	97
4.d. Apartados 1, 2 y 5 artículo 780 LEC.....	97



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5.- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.	101
6.- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.	104
7.- Modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.	107
8.- Modificación de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.	109
9.- Modificación del Estatuto de los Trabajadores.....	110
10.- Modificación del Estatuto Básico del Empleado Público.	110
11.- Modificación de la Ley de Protección a las familias numerosas.	110
VI OTRAS DISPOSICIONES.....	111
1. Disposición adicional única.....	111
2.- Disposiciones transitorias.....	111
3.- Disposición derogatoria única	112
4.- Disposiciones finales	112



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA

I ANTECEDENTES

Con fecha de 8 de mayo de 2014 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el texto del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia (ALPI en adelante), remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). La Comisión Permanente en fecha 13 de mayo de 2014 designó Ponentes del presente informe los Vocales Excmos. Sres. D. Álvaro Cuesta Martínez y D. Juan Manuel Fernández Martínez.

II CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561.1 de la LOPJ, redacción dada por LO 4/3013, de 28 de junio, tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a las contenidas en los apartados 6º y 8º. Es decir, *"normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales"* (6ª) y *"leyes penales y normas sobre régimen penitenciario"* (8ª).

El CGPJ se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del ALPI que afecten a derechos y libertades fundamentales, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

Además de lo anterior, con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el CGPJ ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

III ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

El ALPI, que viene acompañado de la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN), consta de una Exposición de Motivos (EM), cinco artículos, ocho disposiciones finales, una adicional y tres transitorias.

En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

núm. 15, de 17 de enero de 1996, páginas 1225 a 1238; en adelante LOPJM).

En el artículo segundo, las modificaciones del Código Civil (BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; CC).

En el artículo tercero, las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007; LAI).

En el artículo cuarto, las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08/01/2000; LEC).

En el artículo quinto, las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881 (BOE núm. 36, de 5 de febrero de 1881, páginas 326 a 329; LEC 1881), vigente conforme lo dispuesto en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

La disposición adicional única, rubricada "*Referencias al acogimiento preadoptivo y al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de la Adopción Internacional*", viene a adecuar la terminología de las leyes y demás disposiciones, declarando que todas las referencias que en ellas se haga al acogimiento preadoptivo (que desaparece) deberán entenderse hechas a la delegación de la guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis NCC, redacción dada por el ALPI. Las que se realizaren al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento temporal previsto en el artículo 173 bis NCC, y cuando lo fueren a Entidades colaboradoras de adopción internacional se entenderán hechas a Organismos acreditados para la adopción internacional.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La disposición transitoria primera versa sobre la normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados.

La segunda, trata del cese de los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley proyectada.

La tercera, de la vigencia de la acreditación de los Organismos acreditados para intermediar en adopción internacional.

En la disposición final primera se recogen las modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882; LECrim).

En la disposición final segunda, las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998; LJCA).

En la disposición final tercera, las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, páginas 40126 a 40132; LAP).

En la disposición final cuarta, la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995, páginas 9654 a 9688; ET).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En la disposición final quinta se aglutinan las modificaciones que afectan a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007; LEBEP).

En la disposición final sexta, las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, páginas 40845 a 40852; Ley 40/2003).

Las dos últimas disposiciones finales se refieren, respectivamente, al título competencial y a la entrada en vigor.

La MAIN consta de tres Capítulos:

I.- Oportunidad de la propuesta, con tres apartados: el primero dedicado a la motivación de la propuesta; el segundo, a los objetivos de la propuesta; y el tercero, sobre las alternativas de la propuesta.

II.- Contenido y análisis jurídico, que, a su vez, consta de tres apartados:

1. Contenido. Explica las modificaciones de la LOPJM y CC, explicando las bases sobre las que la reforma opera, así como de las demás Leyes modificadas por el Anteproyecto.
2. Análisis jurídico. Aborda el análisis de la relación con las normas de rango superior o internacional; la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico y las medidas de implementación.
3. Tramitación. Se enumeran los trámites seguidos antes y después de presentarse el Anteproyecto objeto de informe.

III. Análisis de impactos. Dividido en análisis sobre la adecuación de la norma al orden de distribución de competencias, impacto económico general; efectos en la competencia de mercado; análisis de cargas



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administrativas; impacto presupuestario; impacto por razón de género; e impacto en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

IV CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

Con este ALPI y el Anteproyecto de la Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección a la Infancia (en adelante, ALOPI) se busca introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia para garantizar una protección uniforme y adecuada de los menores en todo el territorio nacional. Para ello, bajo el denominador común de la defensa del interés superior del menor, se incorporan importantes novedades en materia de protección de menores, procediéndose a la modificación de trece leyes, pues, como ya se advertía en el II Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2013-2016 (II PENIA), la protección de los menores ha de realizarse de manera transversal y multidisciplinar.

La consideración de la protección de los menores como una obligación prioritaria de los poderes públicos es reconocida en el artículo 39 de la Constitución Española (CE) y en diversos Tratados Internacionales, muy especialmente, la Convención de Derechos del Niño (CDN), de Naciones Unidas (UN), de 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904) y, en el ámbito europeo, la Resolución del Parlamento europeo A 3-0172/92, que aprobó la Carta Europea de los Derechos el Niño (DOCE nº C 241, de 21 de Septiembre de 1992).



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Como consecuencia del mandato constitucional y de esta tendencia internacional, presentándose como una realidad esencial el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad, en nuestro país, en la década de los 80, se llevó a cabo un proceso de renovación del ordenamiento jurídico en materia de menores que culminó con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reformó las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil, si bien, yendo más allá, vino a establecer *“un marco jurídico de protección que vinculase a los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”* (Exposición de Motivos LOPJM).

Con posterioridad, ha continuado el desarrollo normativo, tanto internacional como nacional. Dentro del primero, es relevante en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, páginas 20648 a 20659). En los impulsados por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, ratificado el 28 de mayo de 2010 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010, página 99837 a 99868). En el ámbito del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010 (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011, páginas 77734 a 77743); el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010 (BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, páginas 94858 a 94879); y finalmente, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, contiene importantes disposiciones aplicables (DOUE L228, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29)

Desde el ámbito estatal, pueden destacarse: la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, modificada por LO 6/2006 (BOE núm. 11, de 13/01/2000); la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del CC en materia de nacionalidad (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002, páginas 35638 a 35640); LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del CC, sobre sustracción de menores (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2002, páginas 42999 a 43000); Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 23 de diciembre de 2003, páginas 43187 a 43195); LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, páginas 42166 a 42197); RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 209, de 30 de agosto de 2004, páginas 30127 a 30149); Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la LEC en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005, página 24458 a 24461); Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz (BOE núm. 287, de 1 de diciembre de 2005, páginas 39418 a 39419); LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006, páginas 17158 a 17207); Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, páginas 44142 a 44156); Ley 54/2007, de 28 de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

diciembre, de Adopción Internacional (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, páginas 53676 a 53686); LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007, páginas 12611 a 12645); LO 5/2010, de modificación del Código Penal, que transpuso la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010, páginas 54811 a 54883); Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010). Igualmente ha tenido lugar un notable desarrollo normativo en el ámbito autonómico.

Pese a esta abundante legislación, existen determinadas carencias y situaciones en relación con los menores que exigen una mejora de los instrumentos de protección jurídica, tal como se ha puesto de manifiesto en las Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño a España de 2010 (CRC/C/ESP/CO/3.4), como por la Comisión especial de estudio de la problemática de adopción internacional y otros temas afines del Senado, de 15 de noviembre de 2010 (BO Cortes Generales, Senado, número 545 de 17 de noviembre; en adelante, Informe del Senado) y los informes del Defensor del Pueblo sobre '*Centros de protección de menores con trastornos de conductas y en situación de dificultad social*' del año 2009 -reiterando la necesidad de su regulación en los informes de los años 2011 y 2013-. En todos ellos se recomienda una serie de modificaciones legislativas para introducir los cambios jurídicos-procesales y sustantivos que se estiman necesarios para una mejor y más adecuada protección de los menores y que son abordados en los Anteproyectos de la Ley de Protección de la Infancia y Ley Orgánica de acompañamiento, objeto de informe, elaborados en el contexto del Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2013-2016 (denominado PENIA II, aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de abril de 2013).

Para recoger todas estas recomendaciones, los Anteproyectos de la Ley de Protección de la Infancia y el de la Ley Orgánica que lo acompaña buscan resolver legislativamente estas situaciones. Señala la EM de la primera que constituye su *"objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia 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"*. Para ello pretende erigirse en una norma integral y transversal de las políticas de la infancia y de la juventud, procediendo a la modificación de las principales leyes que regulan las instituciones jurídico-procesales y sustantivas para la protección del menor: la Ley de Adopción Internacional y la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881), la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, y la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

Los ejes de la reforma, tanto ordinaria como orgánica, son la adaptación de los principios de actuación administrativa a las nuevas necesidades que presenta la infancia y juventud en España, tales como la situación de los menores extranjeros, o la violencia contra los menores y la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

regulación de determinados derechos y deberes de los menores. Además, se realiza una revisión de las instituciones del sistema de protección de la infancia, procediendo de manera conjunta a la modificación de la LOPJM y del CC. La reforma se opera sobre las siguientes líneas básicas:

- i) el desarrollo y refuerzo del derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, así como su derecho a ser oído y escuchado. El interés del menor es considerado como “derecho sustantivo, principio interpretativo y norma de procedimiento” en el conjunto del ordenamiento jurídico, cumpliendo así con las numerosas recomendaciones del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
- ii) una regulación estatal de las situaciones de riesgo y desamparo, que por primera vez se definen;
- iii) se priman las soluciones estables frente a las temporales, las familiares frente a las residenciales, las consensuadas frente a las impuestas y las nacionales frente a las internacionales, al acogimiento familiar frente al residencial –que no podrá acordarse para menores de tres años salvo supuestos muy excepcionales-
- iv) se administrativiza el acogimiento, que no necesitará de intervención judicial, sin perjuicio del control jurisdiccional de la resolución administrativa si es impugnada por persona legitimada;
- v) se regula el ingreso de menores en centros de menores con trastornos de conducta y las actuaciones e intervenciones que en ellos se pueden realizar.
- vi) se regula por primera vez el estatuto del acogedor familiar;
- vii) en relación con la adopción, se redefinen las condiciones de idoneidad para adoptar; se regula nuevamente el asentimiento de los padres biológicos y se regula *ex novo* la adopción abierta, en la que el menor adoptado podrá mantener algún tipo de contacto con



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

miembros de su familia biológica. Será preceptiva la elaboración de un Plan Individual de atención una vez entre el menor en el sistema de protección de las administraciones que se revisará cada tres, seis o doce meses en función de la edad. También contempla garantizar el derecho del adoptado a conocer sus orígenes, a dotarle de exhaustiva protección en situaciones de violencia de género o ante casos de abusos sexuales, a dinamizar y mejorar los procedimientos judiciales y a reforzar la prevención de los abusos.

- viii) En los procesos de adopción internacional se pretende dotar de mayor seguridad jurídica, clarificándose el ámbito competencial para sus trámites. Corresponderá a la Administración general del Estado la decisión de autorizar las adopciones y la función de acreditar a las entidades colaboradoras, previo informe de las Comunidades Autónomas.
- ix) Se agilizan y simplifican los procedimientos judiciales, que quedan limitados a los de oposición de las resoluciones administrativas en materia de protección de un menor y el de adopción, al no precisar la constitución del acogimiento, en ningún caso, intervención judicial.

La reforma merece una valoración global positiva, por cuanto que resulta justificada, conveniente e idónea para mejorar la situación de los menores, la promoción de sus derechos y su participación en medidas y procedimientos que les afecten, su gestión de manera igual sea cual sea el lugar de su residencia -sin perjuicio de salvaguardar las competencias autonómicas- y la regulación de situaciones graves como la del ingreso de menores en centros de menores con trastornos de conducta y las actuaciones e intervenciones que en ellos se pueden realizar, que tantas quejas y reprobaciones desde diversas instituciones ha suscitado. Sin



perjuicio, claro está, de las matizaciones u objeciones que puedan merecer aspectos concretos de la nueva regulación.

Ha de insistirse en la necesidad de asegurar el debido respeto a las legislaciones autonómicas y en, particular, la legislación de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho civil, foral o especial propio, en aquellas materias propias de su ámbito competencial, así como el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, lo que debería recogerse de modo inequívoco en la disposición final séptima, referida al título competencial.

Antes de entrar en el análisis del texto, es necesario hacer cuatro consideraciones. La primera, referida al título de la ley proyectada -*"Ley de Protección a la infancia"*- que, a nuestro juicio, no resulta exacto ni fiel a su contenido. Por un lado, porque el objeto de protección no es solo la infancia – que conforme a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua es el periodo la vida humana desde que se nace hasta la pubertad-, sino todos los menores de dieciocho años salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad (artículo 1 LOPJM y1 CDN), por lo que sería más preciso hablar de la protección de la infancia y de la adolescencia. Es verdad que en el artículo 1 CDN son considerados "niños" todos los menores de dieciocho años que no hayan alcanzado la mayoría de edad, pero, esta Convención, consciente de la imprecisión terminológica de la palabra "niño", ofrece en ese artículo 1 la definición legal de este sustantivo, a los efectos de la CDN. Sin embargo, el Anteproyecto no realiza ninguna indicación sobre este particular, asociando en el artículo 1 de la LOPJM –que no se modifica- la definición del artículo 1 CDN al "menor", que comprende al niño y al adolescente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Por otra parte, la Ley proyectada no tiene una sustantividad propia y autónoma, sino que bajo la rúbrica de "*Ley de protección de Infancia*" reúne la modificación de diversas leyes, en relación con los menores, por lo que sería más respetuoso con este contenido que el título de la norma hiciera referencia a la reforma de la legislación relativa a los menores.

La segunda observación es la conveniencia de llevar al articulado, a través de la correspondiente Disposición adicional, la advertencia que se hace en apartado II de la EM del ALPI: "*Se utilizará en los textos legales la expresión "Entidad Pública" referida a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente*". Esta indicación es lo suficientemente relevante e importante como para incluirse en el cuerpo normativo y no solo en la Exposición de Motivos, más cuando la norma proyectada se limita a reformar diversa legislación de menores.

En tercer lugar, parece más adecuado que se incluyera en la Ley de Protección de la Infancia, y no en la Ley Orgánica que la acompaña (artículo 1 ALOPI), la reforma del artículo 2 de la LOPJM ("*Principios generales*"), al tratarse de un precepto con carácter de Ley ordinaria, que no orgánica (Disposición final vigésimo tercera de la LOPJM).

En cuarto lugar, partiendo del reconocimiento de que hay una mejora en el tratamiento que se da a los menores con discapacidad, no obstante, va a señalarse en el cuerpo del informe algunos aspectos que se considera deben ser incluidos en el ALPI o regularse mejor, a fin de garantizar que todas las disposiciones de la CDN sean aplicables a todos los menores, incluidos los niños con discapacidad, con mención explícita a los niños con discapacidad cuando proceda (parágrafo 17 Observación 9 citada). Todo ello, de conformidad con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006,



las Observaciones nº 9, nº 12, nº 13 y nº 14 del Comité de la ONU de Derechos de Niño (que se refieren, respectivamente, a los derechos de los niños con discapacidad, al derecho a ser oído, al derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia y derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial), así como las Observaciones Finales que el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con discapacidad hizo a España el 19 de octubre de 2011 y las del Comité de Derechos del Niño de 3 de noviembre de 2010.

V ANÁLISIS DEL TEXTO ARTICULADO

Con carácter previo, ha de indicarse que, para facilitar la comprensión de este informe, las citas a los artículos actualmente en vigor se llevan a cabo con la identificación numérica del precepto y la referencia a la correspondiente ley, mientras que en las referencias a los artículos en la versión del Anteproyecto, se añadirá la letra N (de nuevo) a la correspondiente norma (por ejemplo, tratándose de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, será NLOPJM; o en el caso del Código Civil, NCC).

1.- Modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 1 del ALPI modifica la LOPJM, reforma que deberá complementarse con la modificación de esa misma LOPJM por el ALOPI, que será objeto de informe separado. Como se indica en la EM, estas modificaciones del ALPI objeto de informe a la LOPJM *“se refieren, básicamente, a la adaptación de los principios de la actuación administrativa*



a las nuevas necesidades que presenta la infancia en España, tales como la situación de los menores extranjeros, o la violencia contra los menores y la regularización de determinados derechos y deberes. Por otra parte, se realiza una profunda revisión de las instituciones del sistema de protección de la infancia”.

1.a.- Deberes de los menores

El apartado uno del artículo 1 del APLI modifica la **rúbrica del Título I de la LOPJM** para incluir, además de los derechos de los menores, sus deberes. El apartado dos añade un nuevo Capítulo III al Título I sobre “*Deberes del menor*”, pasando el actual Capítulo III a ser el Capítulo IV.

Este nuevo Capítulo III se integra por cuatro artículos:

- **Artículo 9 bis NLOPJM**, rubricado “*Deberes de los menores*”, en el que se declara la existencia de deberes, obligaciones y responsabilidades de los menores inherentes o consecuentes a la titularidad y el ejercicio de sus derechos reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social. Además se establece la obligación de los poderes públicos de promover las acciones dirigidas al cumplimiento de los deberes en condiciones de igualdad.
- **Artículo 9 tres NLOPJM**, que versa sobre los “*Deberes relativos al ámbito familiar*”, proclama la obligación de participación en la vida familiar respetando a los miembros de su núcleo familiar y personas a él allegadas y de corresponsabilizarse en el cuidado y las tareas del hogar.
- **Artículo 9 quater NLOPJM**, de los “*Deberes relativos al ámbito escolar*”, declara los deberes de los menores de respetar las normas de convivencia de los centros educativos, de estudiar durante el periodo obligatorio y tener una actitud positiva de aprendizaje, así como de



respetar a los profesores y otros empleados y los alumnos del centro escolar.

- **Artículo 9 quinquies NLOPJM**, sobre "*Deberes relativos al ámbito social*", establece la obligación de los menores de respetar por igual a todas las personas con la que se relacionan; hacer un buen uso de las instalaciones y equipamientos en los que desarrollan su actividad, ya sean públicos y privados; y conservar el medio ambiente

La regulación de deberes de los menores no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico pues diversas normas recogen deberes de los menores. Así, entre otros, en el artículo 155 CC se establece el deber de obediencia de los hijos a sus padres mientras permanezcan bajo su patria potestad, el deber de respeto siempre y el deber de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella. El artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, redacción dada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y el 24 LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, redacción dada por la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, establecen los deberes básicos de los alumnos, entre los que se encuentran el de estudiar y esforzarse para conseguir el máximo desarrollo según sus capacidades, participar en las actividades formativas y, especialmente, en las escolares y complementarias; seguir las directrices del profesorado; la obligatoriedad de cumplimiento de las normas de convivencia y de conducta en los centros escolares; respeto al profesorado y a las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo; y conservar y hacer un buen uso de las instalaciones del centro y materiales didácticos.



Ahora bien, la introducción de una declaración de deberes del menores en la LOPJM, norma básica de su régimen jurídico, viene a visibilizar la condición de ciudadano del menor y, por tanto, sujeto de derechos y de deberes, tal como se destaca en la Exposición de Motivos. Por ello, esta iniciativa legislativa ha de acogerse positivamente, si bien teniendo siempre presente que esta proclamación expresa de deberes no debería desenfocar la finalidad de protección de la LOPJM.

Ello sin perjuicio de recomendar la revisión de los preceptos, evitando emplear términos excesivamente indeterminados –como la referencia a *“personas que se relacionan de forma estable con el grupo familiar”* o la colaboración en la conservación del medio ambiente dentro de un desarrollo sostenible – que podrían permitir interpretaciones y consecuencias desorbitadas, no solo para los menores sino también para los padres, tutores o personas que tengan la guarda del menor, por la vía de la responsabilidad extracontractual del artículo 1903 CC. Además sería aconsejable utilizar un carácter abierto e ilustrativo en la formulación de los deberes y no cerrado, dejando claro que esta relación de deberes se hace sin perjuicio de la más específica regulación de cada uno de ellos en las leyes especiales.

1.b- Medidas y principios rectores de la acción administrativa

Los apartados 3 y 4 del artículo 1 del ALPI modifican, respectivamente, los artículos 10 (*“Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos”*) y 11 (*“Principios rectores de la acción administrativa”*) de la LOPJM.

En **el artículo 10 NLOPJM**, además de incluirse en el **apartado 2.c** -a nuestro juicio, de manera acertada- la referencia a las instituciones



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

autonómicas equivalentes al Defensor del Pueblo, se da una nueva redacción a los apartados 3 y 4, referidos a los menores extranjeros que se encuentran en España. En el **apartado tres** se reconoce el derecho a la educación y – esta es la novedad- a la asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas a todos los menores extranjeros que se encuentran en España, con independencia de su situación administrativa, adecuándose este precepto a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; LOEx) y a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003, páginas 20567 a 20588)

Asimismo, se da una nueva redacción al **apartado 4**, que regula el deber de la Administración de facilitar la documentación acreditativa de situación a los menores extranjeros que se encuentren en España tutelado por una Entidad Pública, acomodándolo al Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEx, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011). La redacción actual ampara la posibilidad de que la obligación de documentar opere *ipso iure* en el caso de menores extranjeros tutelados legalmente –si bien remite *in fine* a los “*términos que reglamentariamente se determinen*”-, lo que se considera responde más adecuadamente a la protección de los menores. La Ley proyectada, en sintonía con el artículo 196 del Real Decreto 557/2011, viene a establecer que esta obligación de documentar solo surgirá para la Administración una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor.

Si bien este cambio pudiera resultar justificado en aras de una concordancia de las diversas leyes, debe lamentarse que se traslade a una norma de protección del menor. El artículo 196 del Reglamento de la LOEx



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

está inspirado en principios de política de extranjería, por lo que considera que primero ha de ser la repatriación y después, la documentación. Sin embargo, entendemos que en la LOPJM ha de primarse la protección del menor, no existiendo impedimento para que no se tramite su permiso de residencia de manera inmediata, sin necesidad de acreditar otra circunstancia que su tutela por una Entidad Pública, pues la autorización de la residencia del menor no constituye obstáculo para su reagrupación con su familia de origen (en este sentido se pronuncia la Comunidad de Madrid en las propuestas realizadas al ALPI).

En todo caso, de mantenerse la redacción en los términos de la norma proyectada, consideramos que debería añadirse el plazo subsidiario de nueve meses previsto en el artículo 196 Reglamento de la LOEx (*Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero*). Este plazo resulta esencial al retrotraerse la eficacia de la autorización de residencia –que tiene una vigencia de un año- a la fecha de la resolución del Ministerio Fiscal por la que se determinó la puesta a disposición del menor del servicio de protección de menores.

Además, sería aconsejable que se indicara que se trata de un plazo de máximos y que se diera una solución legal al problema que hay sobre el *dies a quo* de este plazo, pues a pesar de existir un Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (MENA), regulado en el artículo 215 del Reglamento de la LOEx, la realidad es que cada una de las Comunidades Autónomas toma como día *a quo*, la fecha de ingreso en el ámbito de su protección.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La modificación del **artículo 11 de la NLOPJM** merece un juicio favorable. En la **letra i)** viene a establecer como principio rector de la acción administrativa en relación con los menores, *"la protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico, el maltrato psicológico, el descuido o trato negligente, la explotación, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género, la violencia en el ámbito familiar, educativo, sanitario o social, la trata de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso"*. Mientras que en la **letra j)** se introduce como principio rector de la actuación de los poderes públicos *"la inclusión y la accesibilidad de los menores con discapacidad"*. Además, se añaden dos nuevos **apartados, el 3 y 4**: el primero, relacionado con el principio rector de protección contra la violencia; el segundo, referido a la necesidad de programas y recursos para el apoyo de los menores acogidos, cuando alcancen la mayoría de edad.

Por lo que se refiere al principio de protección contra la violencia, con esta declaración se da cumplimiento a las recomendaciones del Informe del Secretario General de Naciones Unidas a la Asamblea General de fecha 29 de agosto de 2006, sobre *"La violencia contra los niños"*, relativas a la necesidad de que todos los países pongan fin a la violencia contra las y los menores, lo que implica prohibir toda forma de violencia contra la infancia, en todas sus modalidades. Además de resultar esencial para impulsar actuaciones eficaces, tanto de protección como de prevención y sensibilización, contra el maltrato infantil, cuya promoción, como principio rector de la acción administrativa, se proclama en el nuevo **apartado 3 del artículo 11 NLOPJM**, introducido por el ALPI.

Como consecuencia de este principio general, en el nuevo **apartado 5 del artículo 13 NLOPJM** se viene a vedar el acceso a profesiones que



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

estén en contacto con los menores (en el ámbito educativo, sanitario, servicios sociales...), de personas condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata y explotación de menores. Previsión que resulta conforme con el artículo 23 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo (DOUE núm. 335, de 17 de diciembre de 2011, páginas 1 a 14).

Por su parte, en el **apartado 4 del mismo artículo 13 NLOPJM**, de nuevo cuño, se establece la posibilidad de toda persona de poner en conocimiento un hecho que pudiera constituir un delito de menores; facultad que se transforma en obligación cuando se trate de autoridades públicas, funcionarios o profesionales que conozcan tales hechos en el ejercicio de su profesión, añadiendo que de no hacerlo, podrá incurrir en un delito de omisión del deber de promover la persecución de un delito del artículo 450.2 CP.

Esta obligación de denuncia, que la EM destaca como novedad, ya existe en la regulación actual, por lo que ni es nueva ni resultaba necesaria. En este sentido, se recoge el deber de denunciar en el artículo 262 de la LECrim, que sanciona el incumplimiento de la obligación con una multa disciplinaria, si los hechos no constituyeren delito o dieran lugar a una responsabilidad distinta con arreglo a las leyes. Además, los artículos 259 y 264 LECrim configuran, asimismo, como obligación –y no como facultad- la necesidad de denunciar los delitos para el resto de las personas. Por tanto, el nuevo apartado 4 del artículo 13 NLOPJM además de ser innecesario, resulta distorsionador, por cuanto que, por un lado, en relación a la denuncia de delitos por cualquier persona, lo que la LECrim regula como una obligación, este número 4 lo configura como una facultad; y por otro,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

viene a crear una confusión en el régimen de sanción del incumplimiento del deber de denuncia cuando de una autoridad, funcionario o profesional se trate, al suprimir la multa disciplinaria prevista en la LECrim.

Además, el artículo 450.2 CP no castiga la mera omisión de la denuncia, por lo que la remisión a él es desacertada. Si lo que se pretende es establecer un nuevo tipo penal, deberá ser modificado el CP, mediante Ley orgánica y no ordinaria.

Por ello, se recomienda la supresión de este apartado o, en su caso, la revisión de su redacción para acomodarla a los términos de la LECrim.

En estrecha relación con este principio de protección de los menores contra la violencia, en **el artículo 12.4 NLOPJM** se garantiza el apoyo necesario para que los menores que queden bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, puedan permanecer con la misma, así como su protección, atención especializada y recuperación. En este punto debe insistirse en la necesidad de reconocer como víctima directa a los hijos e hijas menores de edad en los supuestos de violencia de género y doméstica, considerándoles titulares de derechos propios, que han de ser respetados, teniendo en cuenta su interés superior en la adopción de las medidas y resoluciones judiciales, penales y civiles, que les afecten; lo que ya se reclamó en el informe realizado por este Órgano consultivo al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima.

En cuanto al otro nuevo principio rector de la actuación de los poderes público, el relativo a la inclusión y la accesibilidad de los menores con discapacidad, resulta acorde con el artículo 23 CDN y la Observación General nº 9 (2006) sobre los derechos de los niños con discapacidad, del



Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC/C/GC/9 de 27 de febrero de 2007)

Finalmente, en el **apartado 4 del artículo 11 NLOPJM** se introduce, como principio rector de la actuación administrativa, el de protección del menor acogido una vez haya alcanzado la mayoría de edad y quede fuera del sistema de protección. En desarrollo de este principio, en el **artículo 22 bis NLOPJM** se aborda la obligación de que las Entidades públicas ofrezcan programas de preparación para la vida independiente de estos jóvenes ex tutelados. Con ello se da cumplimiento a la recomendación número 70 del informe del Senado de 15 de noviembre de 2010.

1.c- Actuaciones en situación de desprotección del menor

El artículo 5 ALPI modifica los apartados 1 y 2 del artículo 12 LOPJM y añade los nuevos apartados 4, 5, 6 y 7. Por su parte, el ALOPI añade a este artículo 12, el apartado 3, que, entre otras cuestiones, regula el derecho del menor a ser oído.

Indica la MAIN que el espíritu de la presente reforma se recoge en el artículo **12.1 NLOPJM**, cuando señala que serán principios rectores en las actuaciones de protección, las medidas estables frente a las temporales, las familiares frente a las institucionales, las consensuadas frente a las impuestas y las nacionales frente a las internacionales. Estos principios, que son llamados a constituir el eje vertebrador del sistema de protección de menores, ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010 (Resolución A/RES/64/142) y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional. Su expresa incorporación a la LOPJM constituye una decisión tributaria de una



valoración positiva. Estos principios, por las razones que se recogen en las citadas Directrices de la Asamblea General de Naciones Unidas, deben regir las actuaciones en materia de protección de todas las Comunidades Autónomas. Al incluirse en el artículo 12 NLOPJM, de conformidad con la Disposición final 21 de esta Ley, constituirán legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social.

En el **apartado 2 del artículo 12 NLOPJM** se incorpora a los acogedores, entre las personas con responsabilidades para con los menores, como reflejo del reconocimiento en el ALPI de un estatuto de los acogedores, lo que había venido reclamándose desde diversas instancias.

El **apartado 4 del artículo 12 NLOPJM**, mencionado antes - remitiéndonos a lo dicho sobre él-, busca garantizar la efectividad del derecho de los menores a permanecer junto a la víctima de violencia de género o doméstica, que tenga su patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, así como su protección, atención especializada y recuperación, lo que constituye una novedad de incuestionable importancia, viniendo a reconocer la situación de vulnerabilidad de los menores que conviven con una víctima de violencia de género o doméstica, precisada de una especial protección,.

En el **apartado 5** se introduce una norma de solución del conflicto para el caso de que no esté determinada con seguridad la edad de una persona, respecto de la que existan razones para presumir que es menor de edad, disponiendo que , en tanto no se determine la edad, se le considerará menor a los efectos de la LOPJM.



Esta cuestión es especialmente polémica en el caso de los menores extranjeros no acompañados y que es abordada por el artículo 35 de la LOEx y artículo 190 del Real Decreto 557/2011. La solución que da el ALPI resulta correcta y está en la línea de la reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS) de 18 de julio de 2014, que ha analizado el problema de los inmigrantes cuya minoría de edad no pueda ser determinada con certeza a los efectos de quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados. La Sala, en dos casos de personas respectivamente procedentes de Guinea-Conakry y Ghana, ha decidido, para fijar doctrina jurisprudencial sobre el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería por existir discrepancias de interpretación entre las Audiencias Provinciales, 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 su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, dice el TS, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.

El **apartado 6 del artículo 12 NLOPJM** impone la obligación de la revisión periódica de cualquier medida de protección de menores, fijando unos plazos distintos para las medidas no permanentes (más breves) y para los acogimientos permanentes (más largos). Partiendo de lo acertado y necesario de esta previsión, el precepto merece tres comentarios.

En primer lugar, se echa en falta una mayor precisión sobre el procedimiento de revisión (si es de oficio o a instancia de parte, en su caso



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

personas legitimadas para instar la revisión, procedimiento a seguir), así como de las consecuencias del incumplimiento de esta obligación.

En segundo término, que el plazo de tres meses, que desde luego puede tener su justificación en la corta edad del menor de menos de 3 años, podría resultar muy breve para Comunidades Autónomas que tengan bajo su protección a un elevado número de menores.

En tercer lugar, el precepto presenta una aparente discordancia, en cuanto que se refiere inicialmente a las "*medidas de protección no permanentes*", para luego mencionar solo, en oposición a estas medidas, el "*acogimiento permanente*", con olvido de las otras medidas de protección permanentes que pueden adoptarse distintas al acogimiento.

Finalmente, el **apartado 7 del artículo 12 NLOPJM** establece una importante medida de control de la actuación –u omisión– de la Entidad pública en el caso de que el menor haya estado en acogimiento residencial o familiar temporal durante un periodo superior a dos años, obligándole a remitir informe explicativo de la situación al Ministerio Fiscal, a requerimiento de éste. En garantía de una mayor protección de los menores, parece aconsejable que se estableciera la obligación de informar al Ministerio Fiscal por parte de la Entidad pública, *ipso iure* y sin necesidad de requerimiento, una vez se cumpla el plazo de dos años en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal, como así se establece en el artículo 174.2 CC en relación con los nuevos ingresos de menores y la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos; sin perjuicio de la facultad del Ministerio Fiscal de solicitar información.



1.d- Guarda provisional

Se modifica el **artículo 14 NLOPJM**, sobre "*Atención inmediata*" incorporando la posibilidad de que la Entidad Pública protectora asuma la guarda provisional de un menor mientras lo identifica, investiga sus circunstancias y constata la situación real de desamparo siempre que no exceda del plazo máximo de tres meses. Esta guardia provisional es desarrollada posteriormente en el artículo 172.4 NCC.

La concreción de esta atención inmediata, en casos de urgencia, sin previa declaración de desamparo, colma el vacío legal que sobre estos supuestos existía en la legislación estatal.

Resulta de todo punto adecuado la fijación de un plazo (el más breve, que no se extenderá más de tres meses dice el artículo 172.4 NCC), pues evitará situaciones de cronificación de medidas que, si bien son adecuadas para una protección urgente, no son suficientes cuando la situación de prolonga en el tiempo. Por ello, es, asimismo, idónea la previsión de que, transcurridos los tres meses, se deberán adoptar medidas más estables: bien declarando el desamparo y consecuente asunción de la tutela, bien promoviendo la medida de protección procedente, debiendo el Ministerio Fiscal promover las acciones pertinentes si ello no se hubiera hecho.

1.e- Situación de riesgo

Se reforma el **artículo 17 NLOPJM** ("*Actuaciones en situaciones de riesgo*"), definiéndose la situación de riesgo, regulándose esta figura y su procedimiento. Con ello se viene a acoger la recomendación del informe del Senado que concluyó con la necesidad de "*definir con una mayor claridad para todo el Estado los conceptos de riesgo, de desamparo y patria potestad*".



La valoración, apreciación y declaración de riesgo, que, al igual que en el texto vigente, corresponden a la Entidad pública competente estatal o autonómica, se erige, en el ALPI, como un primer paso anterior a la declaración de desamparo. De tal forma que declarada la situación de riesgo y realizado el plan para su desaparición y las medidas necesarias para hacerla frente, si éstas son atendidas y la situación se modifica en beneficio del interés del menor, no será necesario declarar el desamparo. En caso contrario, se procederá a declarar el desamparo.

En el **apartado 1 del artículo 17NLOPJM** se define la situación de riesgo como aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares o sociales, el menor ve perjudicado su desarrollo personal, familiar y social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían la declaración de desamparo, sea precisa la intervención de la Administración pública.

Debería valorarse, asimismo, la conveniencia de incluir una lista abierta de supuestos de situación de riesgo como así hace el artículo 102.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 156, de 28 de junio de 2010, páginas 56372 a 56433), pues su enunciación podría aportar seguridad jurídica y minimizaría la posibilidad de resoluciones judiciales contradictorias.

En todo caso, esta definición de la situación de riesgo no modifica la conceptualización vigente.

La declaración de riesgo no requiere la asunción de la tutela por la Entidad pública por ministerio de la ley, pero exige la actuación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

administrativa para garantizar al menor los derechos que le asisten y disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en su situación personal y social y promover los factores de protección del menor y de su familiar (apartado 1 del artículo 17 NLOPJM).

A continuación, el nuevo precepto detalla el régimen aplicable y las actuaciones públicas en situaciones de riesgo, que corresponderán a la Administración pública competente y vendrán determinadas por la legislación estatal y autonómica aplicable, en coordinación con los centros y unidades escolares, sociales y sanitarias del respectivo ámbito territorial. Se impone así que la valoración de la situación de riesgo conlleve la elaboración y puesta en marcha de un proyecto de intervención social concreto, con las actuaciones y recursos necesarios para la eliminación del riesgo manteniendo al menor en su entorno familiar, correspondiendo a padres, tutores, guardadores o acogedores, según sus funciones, colaborar activamente, de acuerdo con su capacidad, en la ejecución de las medidas indicadas para eliminar la situación de riesgo. La omisión de esta colaboración podrá dar lugar a la declaración de desamparo, cuando la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor lo requiera.

Esta regulación, así como la recogida en el apartado siguiente del mismo artículo –relativa a la formalización de la declaración de situación de riesgo–, es tributaria también de la doctrina sentada por nuestros tribunales en la materia. Así, entre otras, la Sentencia de 31 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Recurso de casación e infracción procesal núm. 164/2009), sostiene que corresponde a la Administración la competencia para apreciar el interés superior del menor y constatar la existencia de una situación de riesgo y a la jurisdicción ordinaria la revisión de su legalidad y discrecionalidad, declarando si concurren en el caso concreto “factores de riesgo”, como la limitación física o psíquica de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

padres, la precariedad económica, la carencia de domicilio estable, la falta de apoyo familiar, los antecedentes de riesgo y la renuncia a las sugerencias de los servicios sociales, que hagan adecuada y proporcionada la medida administrativa.

En este sentido, los **apartados 4 y 6 de este artículo 17 NLOPJM** regulan la formalización de la declaración de la situación de riesgo. En caso de que haya colaboración de padres, tutores, guardadores o acogedores o de la familia, se establecerá un convenio, suscrito entre aquéllos y el órgano administrativo competente, donde se recogerá el proyecto de intervención, a cuya ejecución deberán colaborar activamente los padres, tutores, guardadores o acogedores, pudiendo dar lugar la omisión de la colaboración a la declaración de la situación de riesgo.

Consideramos que el menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, debería ser informado sobre este convenio de colaboración, como así se establece en el apartado 6 en relación con la resolución administrativa de declaración de riesgo o en el artículo 172.1 NCC con la resolución administrativa de desamparo. En consecuencia, se recomienda que así se recoja expresamente en este nuevo apartado 4 del artículo 17 N LOPJM.

En caso de que no haya colaboración de la familia, el apartado 6 de este artículo 17 NLOPJM dispone que se dictará una resolución administrativa –que debiera indicarse que ha de ser motivada-, por la Administración pública competente, en la que se declare la situación de riesgo del menor, con audiencia de los padres, tutores, guardadores o acogedores e información del menor. No se dice cuándo ha de hacerse esa audiencia, que ha de entenderse que ha de ser previa a la resolución administrativa, por lo que así debiera señalarse. Por otra parte, en



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

consonancia con el derecho del menor a ser oído y escuchado, desarrollado y potenciado en el Anteproyecto de Ley Orgánica de acompañamiento, debería preverse en este artículo 17 NLOPJM la audiencia del menor.

El artículo 17.6 NLOPJM no dice nada sobre la notificación de la resolución administrativa, que desde luego ha de ser notificada y ser susceptible de recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -tal como se establecía de forma expresa en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la legislación sobre Protección a la Infancia de 7 de julio de 2011 y así se aconseja que se indique en el artículo 17.6 LOPJM-, permitiendo someter, en su caso, a control jurisdiccional la actuación de la correspondiente Administración, en una materia tan sensible y delicada como es la de menores en situación de riesgo.

Por otra parte, sería aconsejable que se hiciera una especial mención a la situación de menores con discapacidad, en los que, como advierte el informe de CERMI a los ALPI y ALOPI, la pérdida de la familia biológica puede significar perder la posibilidad de crecer en un entorno familiar, enfatizando la necesidad de verificar el efectivo cumplimiento de lo previsto en el artículo 23, apartados 2, 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, antes de declarar la situación de riesgo.

En todo caso, es necesario señalar que la regulación contenida en el Anteproyecto sobre las actuaciones en materia de riesgo es más detallada que la vigente y aporta seguridad jurídica.

Una especial valoración positiva merece el **apartado 7 del artículo 17 NLOPJM** que, recogiendo las recomendaciones del informe del Senado, potencia la intercomunicación entre las distintas Administraciones públicas



de protección del menor, de manera que si la administración que esté desarrollando una intervención ante una situación de riesgo de un menor, tiene noticia de que éste va a ser trasladado al ámbito de otra entidad territorial, viene obligada a poner en conocimiento de la administración pública de destino –previa averiguación, en su caso, del mismo a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado- esta circunstancia, para que por esta última se valore la continuación de la intervención que viene realizándose.

Finalmente, el Anteproyecto potencia la figura y posición del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, al establecer que cuando la Administración pública estime que la situación de desprotección puede requerir la separación del menor de su ámbito familiar lo comunicará a la Entidad pública a fin de que valore la procedencia de la declaración de desamparo y al Ministerio Fiscal; comunicación que también procederá cuando se estime que no procede declarar el desamparo, correspondiendo en todo caso al Ministerio Fiscal la supervisión de la situación del menor (**artículo 17.6 NLOPJM**). Esta potenciación del Ministerio Fiscal se complementa con el reconocimiento expreso de su legitimación para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores que prevé el Anteproyecto mediante la incorporación de un párrafo segundo en el apartado 1 del art. 780 NLEC, al que se hará referencia más adelante.

1.f- Situación de desamparo

Se amplía el **artículo 18 NLOPJM**, rubricado “*Actuaciones en situación de desamparo*”. En el apartado 2 se trae la definición de la situación de desamparo contenida en el vigente artículo 172.1 párrafo segundo del CC vigente. Añade, a nuestro juicio acertadamente, que la



situación de pobreza de los padres, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo y que se considerará un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente. A continuación, se definen las posibles circunstancias que determinan la situación de desamparo de un menor, lo que, sin duda, constituye un factor de seguridad jurídica.

Consideramos necesario incluir, entre estas circunstancias, los perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal, como así se recoge en el artículo 105.2 c) de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Comunidad autónoma de Cataluña.

El **apartado 3 del artículo 18 NLOPJM** es una reproducción literal del actual apartado 2. Conforme a la disposición final vigésima primera la LOPJM, este apartado 2 es legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia social. Al no modificar el ALPI esta disposición final vigésima primera, para concordarla con la reforma del artículo 18 LOPJM –que sí hace–, resulta que la previsión del apartado 3 (que es la del apartado 2 actual) se aplicará sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial (apartado 3 de la disposición final 21), mientras que el nuevo apartado 2, que contiene la definición de desamparo del CC, será de aplicación supletoria. Por ello, se aconseja la modificación del apartado 1 de esta disposición final de la LOPJM en coherencia con la reforma del artículo 18.

En el **apartado 4** se aborda la regulación de la competencia de la Entidad Pública para la asunción de la medida protectora de aquellos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

menores que han sido protegidos en una Comunidad Autónoma y trasladan su residencia al territorio de otra Comunidad Autónoma; situación que no estaba regulada. Conforme al nuevo precepto, la regla general es que corresponde a ésta asumir la medida o adoptar otra en un plazo de tres meses. Como excepciones, se establecen dos supuestos: 1) que la familia de origen del menor permanezca en la Comunidad Autónoma y sea previsible la reintegración familiar a corto o medio plazo, en cuyo caso se mantendrá la medida adoptada; 2) cuando se trate de un traslado temporal del menor, a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o se establezca un acogimiento familiar con familia residente en ella, con el acuerdo de las Comunidades Autónomas.

El **apartado 5** regula, también por vez primera, la competencia de las Entidades públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero. Como destaca la MAIN, debido a la descentralización del sistema español de protección de menores, en ocasiones, ante supuestos en los que un menor español se encuentra fuera del territorio nacional en una situación de desprotección, ninguna Comunidad Autónoma se consideraba competente para adoptar las correspondientes medidas de protección. Situación a la que este nuevo apartado 5 da respuesta.

Finalmente el **apartado 6** para los supuestos en que las medidas de protección adoptadas en un Estado extranjero convenga que se cumplan en España, o las adoptadas por las autoridades españolas que se cumplan en el extranjero, se remite al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o al Reglamento (CE) número 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de



las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

1.g- Guarda temporal de menores

Se modifica el **artículo 19 NLOPJM** para acomodarlo al artículo 172 bis NCC, introducido por la norma proyectada, en el que se regula la guarda temporal del menor, a solicitud de los padres o tutores, cuando por circunstancias graves y transitorias, debidamente acreditadas, no puedan cuidarle. La novedad de esta guarda es el establecimiento de un plazo máximo de duración de dos años (que es el máximo de las medidas de protección temporales; artículo 172 y 172 bis NCC), salvo que, excepcionalmente, el interés del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar en un plazo breve de tiempo. Limitación temporal que se considera adecuada por cuanto que evitará la cronificación de medidas de protección temporales, que suponen el cese de la convivencia del menor con su familia nuclear y el encubrimiento de situaciones que, por su persistencia en el tiempo, han de ser consideradas como permanentes y que, por ello, pueden exigir medidas de protección más adecuadas, entre las que estará el retorno del menor con sus padres o tutores o la declaración en situación de desamparo (artículo 172 bis.1 NCC).

1.h- Disposiciones comunes a la guarda y tutela

Se incorpora un nuevo artículo, el **artículo 19 bis NLOPJM**, sobre "*Disposiciones comunes a la guarda y tutela*", las cuales merecen una valoración positiva en cuanto que, por un lado, aportan seguridad jurídica (al preverse la necesidad de un plan de protección en el que se establezcan los objetivos, la previsión y plazo de las medidas de intervención con la familia de origen, cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del



menor) y por otro, viene a fijar las condiciones de la reintegración familiar de conformidad con la STS 565/2009, de 31 de julio (ROJ: STS 5817/2009), reiterada, entre otras, en la STS 60/2012, de 17 de febrero (ROJ: STS 840/2012).

El **apartado 5** trata de los menores extranjeros no acompañados (MENAS), cuya regulación se contiene en los artículos 189 y siguientes del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, 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. El nuevo 19 bis.5 NLOPJM añade acertadamente, como criterio para acodar sobre la repatriación del menor, además del interés superior del menor (ya reconocido en el artículo 194 del Real Decreto 557/2011), que ello *"no coloque al menor o a su familia en una situación que ponga en riesgo su seguridad"*; circunstancia cuyo reconocimiento se había reclamado desde diversas instituciones.

1.i- Acogimiento familiar

El ALPI viene a reformar en profundidad el acogimiento de menores, recogiendo las recomendaciones del calendado informe del Senado y el del Defensor del Pueblo. La nueva regulación se funda en la prioridad del acogimiento familiar frente al residencial, para todos los menores, especialmente los menores de 6 años. En particular, para los menores de 3 años no se acordará el acogimiento residencial salvo en supuestos muy excepcionales de imposibilidad debidamente acreditada de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Con carácter general, de



acogimiento residencial de menores de 6 años no tendrá una duración superior a tres meses (**artículo 21.3 NLOPJM**).

Este eje rector es trasunto del principio general de la prioridad de las soluciones familiares frente a las institucionales proclamado en el artículo 12.1 NLOPJM, en consonancia con el artículo 9 CDN y con la opinión general y dominante de que el acogimiento familiar es un beneficio personal, familiar y social para el menor que no puede o no debe vivir con su familia biológica, garantizar el derecho a la convivencia familiar y comunitaria, preservando los vínculos con las familias de origen, evitando la institucionalización y promoviendo la desinstitucionalización. Por ello, la línea seguida por la reforma es acertada.

El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena (**artículo 20.1 NLOPJM** y 173 bis NCC), reconociéndose con carácter novedoso el acogimiento especializado, que es el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral (artículo 20.1 NLOPJM).

Este acogimiento familiar especializado surge de la necesidad de encontrar familias acogedoras que acepten atender a niños y niñas con características especiales, como pueden ser: preadolescentes, grupos de hermanos, niños y niñas con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, trastornos del comportamiento y enfermedades crónicas. Por lo tanto, fundamentalmente, esta modalidad de acogimiento ofrece un cuidado familiar a niños, niñas o adolescentes que anteriormente tenían dificultades



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

para ser acogidos. Junto a la atención familiar se ofrecen todos aquellos tratamientos que responden a las necesidades de cada niño, niña o adolescente.

Las familias acogedoras que forman parte del programa de acogimiento familiar especializado son personas con unas características concretas de personalidad, con una experiencia y formación que les permita tolerar las problemáticas del niño, niña o adolescente ya sean emocionales, conductuales, médicas, físicas, etc.; y que les permita colaborar en la planificación de su tratamiento.

Mediante la experiencia de otros países, se han demostrado los resultados positivos del acogimiento familiar especializado, que constituye una realidad regulada en varias Comunidades Autónomas y en Derecho comparado (inglés, escocés o noruego por ejemplo), donde existe este tipo de acogimiento con carácter retribuido si se refiere a acogimientos de los considerados especiales, por las características del menor, sería un acogimiento profesionalizado, no en el sentido de que de ello se haga una profesión, sino en el que se necesita una formación específica adaptada a la problemática del menor. Por lo que su regulación, ahora a nivel estatal, resulta adecuada.

Actualmente, en el Derecho vigente, el acogimiento familiar podrá revestir las siguientes modalidades atendiendo su finalidad: 1) acogimiento familiar simple, que tendrá carácter transitorio; 2) el acogimiento familiar permanente; y 3) el acogimiento familiar preadoptivo (artículo 173 bis CC)

Con la reforma, las modalidades del acogimiento familiar serán:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- 1) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de 6 años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.
- 2) Acogimiento familiar temporal, que tendrá un carácter transitorio (equivalente al simple actual), con una duración máxima de 2 años.
- 3) Acogimiento familiar permanente (artículo 173 bis NCC), en el que se puede atribuir a los acogedores las funciones de la tutela.
- 4) Además, en el artículo 176 bis NCC se establece la posibilidad de delegación de la guarda de un menor en situación de desamparo en las personas que reúnan los requisitos para adoptar, han prestado consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y designadas para su adopción. Estos guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. La segregación de la guarda preadoptiva del acogimiento es plenamente acertada, por cuanto que el actual acogimiento preadoptivo es una fase del procedimiento de adopción, lo que así se reconoce y se trata con la nueva regulación.

En cuanto a la constitución del acogimiento, ya se señala en la EM que se simplifica, equiparándola al residencial, incluso aunque no exista previa conformidad de los padres o tutores, en aras de la agilidad y al interés de los menores.

De conformidad con el artículo 20.2 NLOPJM el acogimiento se formalizará por resolución de la Entidad pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento –cuya regulación se aborda en el párrafo segundo de este precepto- A la resolución –administrativa-de formalización del acogimiento familiar, se acompañará un documento anexo, que es el que se recoge en el artículo 173 CC vigente. Por su parte, en el artículo 173.2 NCC se establece que el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años.

No se prevé ni en la LOPJM ni en el CC la necesidad de la audiencia de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, tutores o guardadores del menor, si fueran conocidos. Tampoco se establece que hayan de ser informados de la constitución del acogimiento y que les sea notificada la resolución que se constituye, así como de la posibilidad de recurrirla. Derecho de audiencia que es reconocido en el artículo 9.2 del CDN, al disponer que en cualquier procedimiento relativo a la separación de un niño de sus padres *"se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer su opiniones"*.

Por tanto, si bien pudiera defenderse que en aras de una más eficaz y rápida protección del menor, la constitución del acogimiento familiar sea competencia, en todo caso, de la Administración, sin necesidad del consentimiento de los progenitores o tutores para la constitución del acogimiento, será necesario que se garantice, suficientemente, su derecho a ser oídos y, por tanto, que sus derechos e intereses sean tenidos en cuenta en la resolución administrativa que deberá, en todo caso, ser motivada, y razonar los extremos en que se justifica. Igualmente ha de garantizarse el derecho de los padres o de los tutores a impugnar la resolución en el plazo y en la forma prevista en el artículo 780 LEC, garantizándose así su derecho a la tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional de la resolución administrativa.

Por consiguiente, se recomienda la modificación de los artículos 20 NLOPJM y 173 NCC para incorporar a los mismos la necesidad de audiencia de los progenitores o tutores en el procedimiento administrativo de



acogimiento y de la notificación de la resolución de constitución del mismo. Asimismo es recomendable que se indique de forma clara y expresa la necesidad de que la resolución administrativa sea motivada, así como su recurribilidad en el pazo y conforme al procedimiento del art. 780 LEC.

El Anteproyecto introduce un nuevo **artículo 20 bis NLOPJM** que regula los derechos y deberes de los acogedores familiares. Desde todos los ámbitos se había puesto de manifiesto la necesidad de su regulación, debiendo celebrarse que su expresa previsión. Si bien, han de hacerse algunas observaciones.

La primera, relativa a la legitimación procesal de los acogedores. En el número 1.d) del artículo 20 NLOPJM se les reconoce el derecho a *“ser parte procesal en los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada”*, mientras que conforme al artículo 780 NLEC, en los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor solo tienen derecho a ser oídos, no reconociéndoles legitimación para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección ni para ser parte en el procedimiento de oposición. Entendemos que debería reconocerse a los acogedores una mayor legitimación procesal a los acogedores. Así, éstos son oídos en el procedimiento administrativo de declaración de la situación de riesgo (artículo 17.6 NLOPJM); están legitimados para solicitar a la Entidad pública su remoción como acogedor o el cese del acogimiento (173.3 y 4 NCC). Además, durante el acogimiento familiar, la Entidad Pública podrá establecer o modificar el régimen de visitas con la familia de origen (artículo 20.3.d.1º NLOPJM) o con familias alternativas o instituciones dedicadas a estas funciones (artículo 172 ter.3 NCC). Por su parte, durante el acogimiento, el Ministerio Fiscal puede promover ante la Entidad pública o el



Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias (artículo 174.2 NCC). Por tanto, al menos en todos estos casos es necesario reconocer a los acogedores legitimación para instar o ser parte en los procesos de oposición a las medidas de protección del menor acordadas por la Entidad pública en relación con el acogimiento del menor por ellos acogido.

La segunda cuestión es la relativa a la relación de los acogedores con el menor al cesar el acogimiento, que se reconoce como derecho de ambas partes (artículos 20 bis 1.º y 20 ter 1.º F NLOPJM). Este derecho está supeditado a que sea conveniente al interés del menor –lo que es inobjetable– y, si se considera derecho de los acogedores, que así lo consienta la Entidad pública, la familia de origen y el menor si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si es mayor de 12 años –artículo 20 bis 1.º m–. Si se considera derecho del menor, entonces se exige el consentimiento de la familia de acogida y la familia de origen –artículo 20 ter 1.º f–. De manera que se establece un distinto sistema de consentimientos según se considere derecho de los acogedores o derecho del menor, cuando en verdad se trata del mismo derecho con dos titulares, por lo que su régimen ha de ser único y el mismo, de manera que deberán coordinarse ambos preceptos.

En tercer lugar, aun cuando entre los derechos de los acogedores se contempla el derecho a recibir apoyo técnico especializado, en los procesos de acogimiento de un menor con discapacidad, sería necesario garantizar la orientación, acompañamiento y apoyo a las familias acogedoras, adaptados a la discapacidad del menor, recogiendo de modo expreso en la regulación.



Por último, el nuevo **artículo 20 ter NLOPJM** establece los derechos de los menores acogidos. Tal como recomendó el Defensor del Pueblo en su informe sobre *“Centros de Protección de Menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social”* y ha reiterado recientemente en el Estudio sobre *“La escucha y el interés superior del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia”* (Recomendación a la Secretaría de Estado de Justicia número 4), debería reconocerse expresamente, en todo caso, el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los menores en el marco de los procedimientos de acogimiento, así como en los de desamparo y los dirigidos a adoptar medidas de protección en ejercicio de la tutela y guarda administrativa. Asimismo resulta necesario incorporar el derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización del acogimiento y las demás que se dicten durante el acogimiento y la de cese del acogimiento.

En otro orden de cosas, la estructura del precepto debe ser también objeto de revisión al presentar un apartado o número 1, cuando resulta que es el único. Sin duda, debió existir un apartado 2, al que hace referencia la remisión que a este artículo 20 ter hace el artículo 21.6 NLOPJM. Sin embargo, no existe el apartado 2 en la versión final del Anteproyecto remitida para informe. Por lo que es obligado revisar ambos preceptos para eliminar estas deficiencias formales.

1.j Acogimiento residencial

. El **artículo 21 NLOPJM** regula el acogimiento residencial. La modificación de la rúbrica del precepto (que pasa a denominarse *“Acogimiento residencial”*) refleja el contenido del mismo de modo más claro y específico que la actual (*“De los servicios especializados”*), que es más imprecisa.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

El ALPI aborda, por primera vez, la regulación del acogimiento residencial, con carácter general, viniendo a establecer las directrices básicas del mismo.

Así, en el **apartado 1 del artículo 21 LOPJM** se fijan las líneas de actuación y características básicas de los servicios y centros de acogimiento residencial, que se erigen como mínimos a observar por todos los centros, lo que merece una valoración muy positiva. Todas estas directrices resultan adecuadas, ajustándose a los estándares de calidad en acogimiento residencial, EQUAR(http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/Estandares_de_calidad_en_acogimiento_residencial.pdf).

No obstante conviene hacer algunas recomendaciones:

- a. Como pauta de actuación de los servicios y centros de acogimiento, debería incluirse de modo expreso el respeto de los derechos de los derechos de los menores (estándar de calidad 9).
- b. En relación con el procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones, en el apartado g) , resultaría adecuada la inclusión de la previsión de que dicho procedimiento tenga que incluir la forma en que debe ser considerada y respondida la queja formulada por el menor (estándar de calidad 9.5.1). Además, debería contemplarse la articulación del procedimiento para el ejercicio de los derechos del artículo 10 apartado 2 NLOPJM, por parte del menor, estableciendo el cauce para comunicarse con la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo o las instituciones autonómicas equivalentes.



- c. Se aconseja la reformulación del apartado h) (*"Administrarán medicamentos a los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria"*) para indicar de modo claro que la administración de medicamentos a menores solo podrá tener lugar si resultan necesarios y viene indicada por un médico o profesional sanitario. Por otra parte, se considera necesario que se recoja la previsión de la existencia de un registro de todas las intervenciones sanitarias que vayan realizándose a cada menor (estándar de calidad 12.3).
- d. Finalmente, debería revisarse la redacción de la letra o característica j) (*"Potenciarán las salidas de los menores con familias alternativas en fines de semana y en períodos vacacionales"*), a fin de no excluir las salidas con la familia de origen, si fuera conveniente al interés del menor, pues el nuevo precepto parece olvidar los casos de guarda voluntaria.

El **apartado 2 del artículo NLOPJM** reproduce el actual 21.2 LOPJM, añadiendo la referencia a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado y a los estándares de calidad (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013, páginas 97953 a 979), que se considera debería suprimirse por presentar problemas de compatibilidad con el artículo 148.1.20 CE y las competencias de las Comunidades Autónomas para fijar los requisitos y condiciones que han de cumplir los centros de acogimiento que actúen en sus respectivos territorios.

El apartado 3 de este artículo, de nuevo cuño, en línea con el artículo 12.1 NLOPJM y del artículo 172 ter.1 NCC, proclama el carácter complementario o secundario del acogimiento residencial frente al familiar y su duración limitada (**número 3 del artículo 21 NLOPJM**). La preferencia



del acogimiento familiar frente al residencial constituye uno de los principios rectores de la reforma, lo ha de ser acogido favorablemente, por cuanto que, para la mayor parte de los niños y niñas, el entorno idóneo para tener cubiertas sus necesidades básicas es una familia, preferentemente su propia familia de origen. En este sentido tanto las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010, como el informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la Adopción Internacional y otros temas afines, recomendaron la consideración del acogimiento residencial como subsidiario respecto de otras medidas más adecuadas para los menores. En el informe del Senado, además, se indicó la necesidad de fijar unos plazos máximos para el acogimiento familiar y suprimir legalmente el acogimiento residencial para menores de seis años, de forma escalonada y en todo caso para los menores de tres años. Medidas que son acogidas por el ALPI, que si bien no elimina el acogimiento residencial para los menores de tres años, si enfatiza su excepcionalidad (*"salvo en supuestos muy excepcionales de imposibilidad debidamente acreditada ..."*) .

El **número 4 del artículo 21 NLOPJM** reproduce el vigente 21.3 LOPJM, proclamando la obligación de la Entidad Pública de realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios de acogimiento residencial semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Previsión que resulta lógica, por cuanto que la tutela o la guarda del menor sigue estando atribuida a la Entidad pública.

El **artículo 21.5 NLOPJM** refuerza las competencias del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, encomendándole la vigilancia de todos los servicios y centros de acogimiento residencial, así como de las decisiones de acogimiento residencial que se adopten. Precepto que se ha



de poner en relación con el artículo 174 CC –que atribuye al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores-, el cual es asimismo modificado por el ALPI, reconociendo al Ministerio Fiscal, para el cumplimiento de esta función de superior vigilancia, la facultad de solicitar informes por parte de los Servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes. Esta medida parece responder a la recomendación número 14 de la Comisión especial del Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines

Finalmente, el **apartado 6 del artículo 21 NLOPJM** reconoce a los menores sometidos a acogimiento residencial los mismos derechos y deberes establecidos en *“los apartados 1 y 2 del artículo 20 ter”* –es decir, del acogimiento familiar-, en lo que les sea aplicable. Como se ha advertido antes, se aprecia una disonancia formal entre este precepto y el artículo 20 ter al que se remite, que solo consta de un apartado, recomendándose, por ello, su subsanación.

Por lo demás, sería conveniente que se recogieran derechos de los menores propios del acogimiento residencial y que, en atención a la peculiaridad del mismo, no se contemplan en el acogimiento familiar, pero, sin embargo, resultan esenciales en el residencial, al modo de como se contemplan, entre otros y a título de ejemplo, en el Decreto 131/2008, de 8 de julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social, de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Boletín N. 2008150-8/8/2008). Nos referimos, fundamentalmente, al derecho a la privacidad en el uso de espacios; derecho a un trato digno y afectuoso; derecho a la confidencialidad; derecho a la evaluación de sus necesidades y aptitudes; derecho a la calidad del servicio y derecho a la participación en la



organización y funcionamiento del recurso de acogimiento residencial por medio de los cauces de participación existentes.

Ni en la LOPJM ni en el CC se regula el establecimiento, modificación y cese del acogimiento residencial, así como de los cambios de centro de protección, a diferencia de lo que sucede con el acogimiento familiar (artículos 20.2 NLOPJM y 173 NCC). Se considera necesario que se incorpore su expresa regulación, salvaguardando la necesaria audiencia del menor y de sus padres, tutores o guardadores; así como el derecho a una resolución motivada y a conocer su contenido – que necesariamente debería indicar si subsiste el derecho a las visitas con la familia biológica o si la medida de acogimiento se ha de complementar con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana o periodos vacacionales-; a su notificación y a su impugnación.

1.k. Programas de preparación para la vida independiente

El ALPI añade a la LOPJM el **artículo 22 bis** , que aborda los “*programas de preparación para la vida independiente*”. Ya se señaló anteriormente que el apartado 4 del artículo 11 NLOPJM, de nuevo cuño, incluye, como principio rector de la actuación administrativa, el de protección del menor acogido una vez haya alcanzado la mayoría de edad y quede fuera del sistema de protección. En desarrollo de este principio, en el artículo 22 bis NLOPJM se instaure la obligación de las Entidades públicas de ofrecer programas de preparación para la vida independiente de estos jóvenes ex tutelados, que podrán comenzar desde dos años antes del cese de la medida de protección y continuarán una vez cumplida la mayoría de edad, con el compromiso de participación activa y aprovechamiento de los mismos.



Ha de celebrarse esta previsión, que ya existe en las legislaciones autonómicas y que se sitúa en el marco de las medidas previstas en el II PENIA para la protección e inclusión social y da cumplimiento a la recomendación número 70 del informe del Senado de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, de 15 de noviembre de 2010. Se colma con ello una laguna legal ante una situación de posible desprotección y riesgo de jóvenes tutelados que cumplen los 18 años y deben abandonar los centros de protección menores y que, a pesar de adquirir la mayoría de edad legal, necesitan aún apoyo y acompañamiento hasta completar sus posibilidades de vida autónoma. Se trata, en definitiva, de procurar asegurarles unas mínimas garantías para su plena integración socio-laboral.

1.1. Sistema de información

Una de las principales dificultades y disfunciones que suscita el modelo español de gestión de protección al menor, es la complejidad del modelo de participación de todas las administraciones –estatal, autonómica y, en algunos casos, locales-, que plantea problema de homogeneidad en su aplicación práctica. Como se ha puesto de manifiesto desde distintas instancias (Observaciones finales a España del CDNU y en Informe del Senado), resulta necesario mejorar el sistema de coordinación efectiva y adecuada en la administración central y entre las comunidades autónomas para aplicar políticas destinadas a la promoción y protección del niño, que permita la homologación de procesos y estándares de calidad, así como el intercambio de datos, tal como recomendaba la citada Comisión del Senado. Estas recomendaciones son recogidas en el nuevo **artículo 22 ter NLOPJM**, añadido por el ALPI que prevé el establecimiento de un sistema de información compartido por las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado que permita el conocimiento uniforme de



la situación de protección a la infancia en España y de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción, no solo a efectos estadísticos, sino también –y más importante- a efectos de seguimiento de las medidas concretas de protección.

Sería conveniente que se previera también algún tipo de coordinación en relación con las Administraciones locales que intervienen en las medidas de protección de menores.

1.m. Índice de tutela

El apartado 18 del artículo 1 ALPI da una nueva redacción el **artículo 23 LOPJM** (*"Índice de tutelas"*), suprimiendo la referencia expresa a los artículos 174 CC(en el que se mencionan las tutelas administrativas) y al 234 CC (referido a las tutelas judiciales), sustituyéndola por una mención genérica al Código Civil.

1.n. Adopción de menores

El apartado 19 del artículo 1 ALPI modifica el **artículo 24 LOPJM**, introduciendo la referencia expresa a la adopción nacional o internacional, precisión técnica adecuada.

2.- Modificación del Código Civil.

El ALPI realiza numerosas modificaciones del Código Civil. Las principales están referidas al sistema de protección de menores, en estrecha relación con las modificaciones de la LOPJM. En este sentido se modifican la práctica totalidad de los artículos del Capítulo V del Título VII del Libro I CC (*"De la adopción y otras formas de protección de menores"*),



salvo el artículo 179 CC (exclusión del adoptante), añadiendo en la Sección 1ª de este Capítulo ("*De la guarda y acogimiento de menores*") dos nuevos artículos (172 bis y 172 ter) y en la Sección 2ª ("*De la adopción*"), uno (176 bis).

Junto a estas reformas, se modifican otros aspectos que, como se advierte en la EM, están relacionados con la materia de protección de menores y que son: en primer lugar, la modificación de las normas de Derecho internacional privado; en segundo lugar la modificación del artículo 19 CC (adquisición de nacionalidad); en tercer lugar, se modifican las normas sobre filiación; en cuarto lugar la introducción en el artículo 154 del CC del término "*responsabilidad parental*"; en quinto lugar, la reforma del artículo 158 del CC (medidas de protección de los menores) ; en sexto lugar, el derecho del menor a relacionarse con sus parientes, que se extiende expresamente a sus hermanos en el nuevo artículo 160; en séptimo lugar, la nueva regulación de la tutela ordinaria y guarda de hecho en los artículos 239, 239 bis y 303 CC; y, en octavo y último lugar, la nueva regulación de las reglas generales o comunes sobre capacidad de obrar de los menores.

2.a. Modificación de normas de Derecho Internacional Privado

La modificación de los **apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 CC**, normas de conflictos relativas a la ley aplicable a la filiación, a la protección de menores y mayores y a las obligaciones alimenticias, respectivamente, se justifica por la necesidad de adecuar los apartados 4 y 6 al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 y ratificado por España el 18 de noviembre de 2010 (BOE núm. 291, de 2 de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

diciembre de 2010, páginas 99837 a 99868) y la indicación, en el apartado 7, del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, aprobado por la Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 (DOUE núm. 331, de 16 de diciembre de 2009, páginas 17 a 23).

Tanto en el 9.4 NCC como en el 9.7 NCC se realiza una incorporación por referencia del Convenio y Protocolo que, respectivamente, citan, lo cual, si bien es correcto, da un resultado ciertamente incoherente con el resto del Título Preliminar CC y, en particular, con los artículos 10.5 y 10.9 CC, en los que no se contiene referencia alguna a Tratado o Convenio concreto, pese a que existen, por lo que la indicación del preciso instrumento internacional en un precepto y la omisión de su cita en otro pudiera hacer creer, erróneamente, que allí donde no se cita, no existe.

Por lo demás, la redacción de los apartados 4 y 6 del artículo 9 NCC se adecuaba al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de cuyo ámbito queda excluido el establecimiento y la impugnación de la filiación (artículo 4.a), circunscribiendo su objeto a los niños en los términos del artículo 1 CDN (es decir, menores), por lo que no contiene disposición alguna relativa a la protección de mayores de edad. De ahí la necesidad de añadir en el apartado 6 del artículo 9 CC un segundo párrafo referido a la protección de las personas mayores de edad, que recoge en sus dos primeros incisos el criterio general de competencia del artículo 5 del Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de los Adultos de 13 de enero de 2000, que no ha sido ratificado por España – y cuya ratificación ha sido reclamada desde diversas esferas, recomendándose por el CGPJ su ratificación-. En el inciso tercero se prevé el supuesto de medidas provisionales o urgentes de



protección, indicándose que en este caso será de aplicación la ley española. Sería conveniente que se precisaran los presupuestos de la competencia de la ley española, que, como dice el artículo 10 del Convenio de 13 de enero de 2000, debiera ser aplicable si se encuentra en territorio español el adulto o bienes que le pertenezcan.

Mención especial merece el apartado primero del artículo 9.4 NCC, que alude de modo expreso a la determinación de la filiación por naturaleza, aspecto que se entendía incluido en el ámbito del actual artículo 9.4 CC aunque conforme a la literalidad del precepto sólo quedaría incluido el carácter y el contenido de la filiación. Además, la reforma procede a determinar legalmente el momento temporal para apreciar la remisión, que será el momento del establecimiento de la filiación. Con ello, se subsana la omisión de la regulación actual, lo que merece una valoración positiva por cuanto que aporta seguridad jurídica.

2.b. Modificación del artículo 19 CC

El ALPI introduce un nuevo **apartado 3 en el artículo 19 CC** por el que se dispone que *"Si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad, ésta será reconocida en España"*.

En la normativa internacional de derechos humanos- en la que la adopción se concibe como una circunstancia que puede provocar la apatridia, no como un criterio de acceso a la nacionalidad del estado receptor-, se circunscribe a garantizar que el adoptado, con independencia de su edad, ostente una nacionalidad, de la que tiene derecho a cambiar, siendo irrelevante que ésta sea la del país de origen o a la del de acogida.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En los Convenios provenientes del Consejo de Europa o de la Conferencia de la Haya se mantiene una postura similar, donde, ante las profundas diferencias de las legislaciones de los Estados, ha prevalecido el criterio de que reconocer al Estado la competencia en la determinación de quiénes son sus nacionales, subrayándose el objetivo de la lucha contra la apatridia.

El interés superior del niño, que debe guiar no solo el proceso de adopción sino sus efectos y consecuencias, requiere por un lado, la conservación de la que nacionalidad que se adquirió por nacimiento, pues ésta es necesaria para la protección del derecho del menor a preservar sus orígenes y su identidad cultural, y por otro, la adquisición de la nacionalidad del país de acogida, imprescindible para lograr la efectividad del derecho a la integración jurídica y social en dicho Estado del menor adoptado. Por lo que la situación de la doble nacionalidad durante la minoría de edad sería reflejo de la especial protección que estos derechos merecen.

De conformidad con los principios del artículo 32 CE y 108 CC, el actual artículo 19.1 CC atribuye, desde la constitución de la adopción, la nacionalidad española de origen al extranjero menor de edad adoptado válidamente por un español. Si el adoptado es mayor de 18 años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción.

Ahora bien, en el caso del artículo 19.1 CC, la expresión de "*nacionalidad de origen*" pierde su significado tradicional, pues la nacionalidad española la adquieren personas que previsiblemente tenían o tiene otra nacionalidad. En su caso, dependiendo de la legislación del país de origen, el menor adoptado ostentará las dos nacionalidades, produciéndose supuestos patológicos de doble nacionalidad durante la



minoría de edad. Es a esta situación a la que parece darse respuesta con el nuevo apartado 3 del artículo 19 CC, si bien, en aras de evitar posibles dudas en la interpretación sistemática del nuevo apartado en relación con los otros dos apartados del artículo, sería aconsejable que se indicara con claridad que estamos ante un supuesto de doble nacionalidad y que, en consecuencia, tal reconocimiento de la nacionalidad del Estado de origen lo es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19.1 CC –es decir, atribución de la nacionalidad española de origen de adopción-.

2.c. Acciones de filiación

Se modifican los artículos los 133, 137, 137, 138 y 140 CC. La reforma trae causa en la declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 CC, que regula la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, por sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 273/2005, de 27 de octubre (Suplemento del BOE núm. 285, de 29 de noviembre) y 52/2006, de 16 de febrero (Suplemento BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2006) y la declaración de inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 CC, que establece un plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad, por STC 138/2005, de 26 de mayo (Suplemento del BOE núm. 148, de 22 de junio) y STC 156/2005, de 9 de junio (Suplemento del BOE núm. 162, de 8 de julio).

1.- El **artículo 133 CC** concedía legitimación para la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, sólo al hijo durante toda la vida y, bajo determinada condiciones, también a sus herederos, pero no al progenitor, cuyo eventual interés en la declaración de la paternidad no matrimonial es ignorado por el legislador, cercenando de raíz la posibilidad de acceder a la jurisdicción (FJ 7 de la STC



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

273/2005), considerando el Tribunal Constitucional que en la ponderación de valores constitucionales, el artículo 133 anulaba por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (artículo 24 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas; concluyendo con la declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del precepto cuestionado, lo que *“exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”*.

El ALPI acogiendo este pronunciamiento añade al **artículo 133 CC un nuevo apartado 2** en el que reconoce legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, cuando falta la posesión de estado, a los progenitores *“en el plazo de un año contado desde que tuvieron conocimiento de las pruebas en que haya de basarse la reclamación”*. Esta nueva regulación que resulta acorde con el pronunciamiento del TC, al tiempo que con el establecimiento de un plazo de caducidad protege adecuadamente la finalidad de dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, que, junto al descubrimiento de la verdad biológica, inspira la regulación de las acciones de filiación, como así insinuaba la propia STC 273/2005 (FJ 7); declarándose en la STC 138/2005 que *“Ninguna objeción cabe a que el*



legislador haya señalado un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción. Hemos dicho que el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, como tal presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales, de manera que su tutela no resulte imposible por insuficiencia del plazo concedido al efecto (SSTC 77/2002, de 8 de abril, FJ 3; 126/2004, de 19 de julio, FJ 3; y 44/2005, de 28 de febrero, FJ 3)".

2.- En relación con el **artículo 136 CC**, que regula la acción de impugnación de paternidad matrimonial, las SSTC 138/2005 y 156/2005 declararon inconstitucional su párrafo primero, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto que comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. El TC no declaró la nulidad de la regla legal del artículo 136 CC, que concede al marido la acción de impugnación de la paternidad legal, acción que, a juicio del TC, no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. Lo que considera contrario a la Constitución es lo que el precepto no prevea, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal pese a conocer el hecho del nacimiento desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo. Por ello, concluye que "La *inconstitucionalidad [del artículo 136 CC] apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial*



prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

.

En cumplimiento de este mandato, se añade un nuevo párrafo 2 al artículo 136 NCC en el que se prevé el supuesto silenciado en el actual artículo 136 CC y que motivó la declaración de inconstitucionalidad, estableciendo que el plazo de ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad cuando el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su paternidad biológica, comenzará correr desde que aquél tuviera tal conocimiento. Esta formulación satisface el derecho a la tutela judicial efectiva del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación.

2.- Coherentemente con el nuevo apartado 2 del artículo 136 CC, se modifica asimismo el **artículo 137 CC** para permitir al hijo el ejercicio de las acciones de impugnación de la paternidad en el plazo de un año desde que conociera la falta de paternidad biológica de quien aparece como su progenitor. La ampliación de este supuesto de legitimación del hijo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial resulta de todo punto adecuada.

3.- Se modifica asimismo **el artículo 138 CC** para equiparar el tratamiento de los reconocimientos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial y los reconocimientos que determinen conforme a la ley una filiación no matrimonial; reforma que es conforme con el artículo 39 CE y 108 CC.

4.- Por último, la modificación del **artículo 140 CC** resulta fútil y carece de transcendencia al limitarse a sustituir en el párrafo tercero la



expresión *“haber llegado a la plena capacidad”* por *“alcanzado la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos”*.

2.d. De las relaciones paterno-filiales

Se modifica **el artículo 154 CC**, primero de la regulación de la patria potestad, para incorporar el término de *“responsabilidad parental”*, imperante en la normativa de la Unión Europea y en particular, en el Reglamento nº 220/2013 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003, páginas 1 a 29).

2.e. Medidas de protección de los menores

De mayor calado es la reforma del **artículo 158 CC**, que regula las medidas urgentes de protección de menores.

Por una parte se modifica la legitimación para promover estas medidas. Junto al menor, Ministerio Fiscal, padres, tutores o cualquier pariente y a la posibilidad de adopción de oficio, se reconoce también, en el apartado 1, a la Entidad pública en relación con los menores que estén bajo su guarda o tutela, lo que resulta lógico. Por el contrario, en el apartado 2 del artículo 158 CC, de nuevo cuño, se introduce una limitación de legitimación, excluyendo a los padres, tutores y demás parientes cuando se trata de menores que están bajo la tutela de la Entidad Pública, reconociéndose en esos casos legitimación solo al menor, al Ministerio Fiscal y a la Entidad pública, además de poderse acordar de oficio. Esta restricción o negación de legitimación no se explica ni en la EM ni en la MAIN que acompaña al Anteproyecto y no resulta justificada. Tampoco resulta



necesaria para lograr una mejor protección de los menores, por lo que se recomienda su supresión.

Por otra parte, se amplían las medidas de protección que pueden ser adoptadas, incluyendo la medida de prohibición que los padres, tutores, otros parientes o terceras personas se aproximen al menor (número 4) o comuniquen con él (número 5). Medidas que resultan incuestionablemente útiles y adecuadas para la protección de los menores y cuya legal previsión había sido reclamada desde diversas instancias, por cuanto que en la actualidad se cuestiona la posibilidad de su adopción fuera de los supuestos contemplados en los artículos 544 bis y ter LECrim (que exigen la existencia de una causa penal abierta), al tratarse de medidas limitativas de derechos fundamentales, por lo que su limitación exigiría su expresa previsión en la ley, como así se hace con el ALPI. Especial mención ha de hacerse a la mención del principio de proporcionalidad, en cuanto previsión adecuada e indicativa del carácter excepcional de la medida.

En otro orden de cosas, se aprecian dos omisiones cuya subsanación se recomienda. En primer lugar, no existe ninguna referencia en el precepto al interés superior del menor, que desde luego, ha de ser el principio rector para resolver sobre la adopción o no de medidas urgentes de protección. En segundo lugar, no se prevé la expresa audiencia de menor objeto de la medida, que tenga suficiente madurez y en todo caso, si fuere mayor de 12 años, siendo la misma ineludible conforme al derecho del menor a ser escuchado del artículo 12.2 CDN.

2.f. Modificación del derecho de visitas

Los apartados 10 y 11 del artículo 2 ALPI modifican, respectivamente, los artículos 160 y 161 CC, relativos al derecho de visitas.



El artículo 160 CC amplía el derecho del menor a comunicarse con sus parientes incluyendo expresamente a sus hermanos, previsión que se considera adecuada, pues aunque con la regulación actual los hermanos están incluidos en el término de “parientes”, la expresa mención de los hermanos viene a afirmar la importancia para el desarrollo del menor de las relaciones fraternales, quedando así visualizada.

En otro orden de cosas, sería recomendable la sustitución del término “hijo” por el de “menor” en el apartado 2 de este artículo 161 CC.

La reforma más importante en esta materia –y una de las más relevantes del ALPI- es la atribución a la Entidad pública de la competencia para regular, limitar y suspender el derecho de los padres, hermanos, abuelos y demás parientes de visitar y relacionarse con un menor en tutela o guarda administrativa. Se trata de una cuestión controvertida que no ha tenido una respuesta uniforme en las legislaciones autonómicas, tal como destacaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección. Así algunas regulaciones autonómicas adoptan una posición tendente a la administrativización de la decisión (art. 116 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de Cataluña, artículo 39 Decreto 42/2000 de 9 de junio de familia, infancia y adolescencia de Galicia, DGO núm. 45, de 6 de marzo de 2000), otras optan por la judicialización de la misma (art. 13.3 Decreto 42/2002 de 12 de febrero de la Junta de Andalucía, BOJA núm. 47, de 7 de marzo de 2008, páginas 29 a 34) y otro grupo, no define claramente su posición (artículo 19 Ley 8/1997 de 18 de diciembre de Competencias en materia de Tutelas, Acogimiento y Adopción de Baleares, BOE núm. 23, de 27 de enero de 1998, páginas 2681 a 268; artículo 86 Ley 14/2002 de 25 de



julio de Promoción, Atención y Protección a la Infancia de Castilla y León, BOE núm. 197, de 17 agosto 2002, página 30657 a 30695).

También han sido diversas y contradictorias las respuestas judiciales; divergencias que zanjó la STS Civil, Sección, 663/2013, de 4 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5185/2013) que declaró que es competencia judicial la decisión sobre el mantenimiento o suspensión del régimen de visitas de un menor. Si bien tal pronunciamiento se funda en el tenor del vigente artículo 161 CC –que se modifica por el Anteproyecto–, es importante destacar que, consciente de la diversidad de la regulación autonómica en esta materia, la sentencia, en su fundamento jurídico segundo, expresa: *“Y si bien este artículo 161 tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores - STS 11 de febrero 2011 -, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los artículos 3, 9 y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaure como principio fundamental el interés superior del niño y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”*. En el mismo sentido se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 6/2014, de 10 de julio de 2014 (BOE núm. 196, de 13 de agosto de 2014, páginas 65100 a 65103), si bien ha de señalarse que la misma advierte (FJ



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1) que con esa resolución *“No se trata de resolver con carácter general, ...,sobre la competencia administrativa o judicial acerca de la decisión de mantenimiento o suspensión del régimen de visitas de los padres biológicos con un menor en los casos de acogimiento, sino de hacerlo a la luz de las particulares circunstancias del conflicto en cuestión”*.

Esta perspectiva es la que ha de tenerse en cuenta para el análisis de la modificación de la competencia para la suspensión y limitación del derecho de visitas realizada por la Ley proyectada. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que el derecho de visitas forma parte del derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas de 1950. El propio Tribunal ha advertido del riesgo elevado de que una interrupción prolongada de contacto entre padres e hijos o de que unos encuentros demasiado espaciados en el tiempo comprometan cualquier posibilidad seria de ayudar a los interesados a superar las dificultades surgidas en la vida familiar. El Tribunal recuerda que *«los vínculos entre los miembros de una familia y las posibilidades de lograr la reagrupación se ven debilitados por la fuerza de las cosas si se ponen obstáculos que impiden los encuentros fáciles y regulares»* (STEDH de 9 de mayo de 2003, asunto Covezzi y Morselli contra Italia, Aps. 118 y 126 (TEDH 2003\24) y STEDH de 13 de julio de 2000, asunto Scozzari y Giunta contra Italia, Aps. 177 y ss. (TEDH 2000\391). Además, el propio Tribunal de Estrasburgo ha declarado que aunque las autoridades gozan de cierto margen para valorar la necesidad de poner a los menores bajo su guarda legal *«hay que mantener un estricto control respecto a cualquier limitación posterior, como las limitaciones de las autoridades a los derechos de visita de los padres»*. Y añade que *«lo mínimo que se puede esperar de las autoridades es que se examine de nuevo la situación de vez en cuando para ver si ha habido mejoras en la situación de la familia. Las posibilidades de reunificación*



familiar disminuirán progresivamente y al final no existirán si no se permite encontrarse a los padres biológicos y a sus hijos, o solamente en tan pocas ocasiones que no es probable que se produzcan entre ellos los vínculos naturales>> (STEDH de 14 de enero de 2003, asunto K.A. contra Finlandia, Ap. 139 (JUR 2003\50027).

Por tanto, siendo incuestionable la consideración del derecho del menor a la comunicación con sus progenitores y familiares como básico y esencial, que ha de preservarse aun cuando se haya adoptado medidas de protección del menor, salvo que ello no conviniere al interés del menor, consideramos que la decisión sobre la suspensión o supresión del derecho de visitas ha de ser de la exclusiva competencia de la autoridad judicial, tras la ponderación de los intereses en conflicto y atendiendo el superior interés del menor.

La Entidad Pública podrá regular las visitas y la relación del menor con su familia biológica para garantizar el éxito de la medida de protección del mismo, buscando siempre su superior interés. En este sentido, al regular el acogimiento familiar, la ley dispone que en el documento de constitución del acogimiento familiar se fijará el régimen de visitas por parte de la familia de origen que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del mismo (artículo 20.3.d.1º NLOPJM y 173.2.3º.a vigente artículo 173 CC). Pero, para la supresión o suspensión de las visitas, en cuanto que supone la privación de un derecho básico, consideramos que solo podrá acordarse con la debida autorización judicial.

Por ello, se propone la modificación de los artículos 160 y 161 NCC en este sentido, estableciendo que la suspensión o supresión del derecho del menor a relacionarse con sus padres, tutores, hermanos, abuelos y demás parientes biológicos solo podrá suspenderse o limitarse por resolución



judicial, si resultare conveniente para su interés superior y previa audiencia del mismo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años; correspondiendo a la Entidad pública la regulación de ese derecho de visitas cuando el menor se encuentre en situación de tutela o guarda administrativa, sin que, obviamente, tal regulación pueda suponer una suspensión de facto del derecho.

Sin perjuicio de prever la posibilidad de que, en casos de acreditada urgencia y solo si así lo exige el interés superior del menor, la Entidad pública pueda suspender el derecho del menor a relacionarse con sus padres, tutores y demás parientes biológicos, debiendo dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal y a la autoridad judicial para la ratificación o revocación de aquella resolución administrativa.

En todo caso, en el artículo 161 CC habría de indicarse la necesidad de la audiencia del menor y de los familiares afectados previa a la decisión administrativa de regulación de las visitas y audiencia del menor, así como de su notificación al afectado y al Ministerio Fiscal y su recurribilidad conforme a lo previsto en el artículo 780 LEC. Igualmente, debería excluirse la posibilidad de suspensión de las visitas en los supuestos de guarda voluntaria, en los que los padres mantienen la patria potestad.

2.g. Modificaciones en la guarda y acogimiento de menores

El ALPI da una nueva redacción a los artículos 172, 173 y 174 CC, añadiendo dos nuevos artículos, el 172 bis y 172 ter, estableciendo tanto una reestructuración del texto vigente, como incorporando nuevos contenidos. Nos limitaremos a comentar las novedades de la reforma, que, en muchas ocasiones, han de ser complementadas con las modificaciones de la LOPJM sobre guarda y tutela de los menores, que ya han sido analizadas.



1. **Artículo 172 NCC**

Mantiene los apartados 1, 7 y 8 del actual 172 NCC, que pasan a ser, respectivamente, los apartados 1,2 y 3 del nuevo artículo 172 NCC.

En el **apartado 1** se añade, además, un último párrafo con el siguiente contenido: *“La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y éste último también la remoción de la tutela”*. Esta previsión recoge la recomendación número 23 del informe del Senado. Merece una valoración positiva, pues permitirá la agilización en la adopción de medidas definitivas, si ya desde un primer momento consta la concurrencia de una causa irreversible que suponga la imposibilidad de retornar con la familia biológica, aconsejando medidas más definitivas, evitando así la cronificación de la situación de desamparo.

En el **apartado 2** (al que se lleva el actual apartado 7) se incorporan dos novedades. La primera, subsana el silencio de la actual regulación en relación con la legitimación para oponerse a las resoluciones de la Entidad pública que se adopten para la protección de los menores, una vez transcurrido el plazo de dos años, que desde luego han de entenderse –y así se hacía– que son recurribles y que el legitimado es el Ministerio Fiscal, quien tiene atribuida *ex lege* la superior vigilancia de la tutela (artículo 174 CC). En este sentido se pronunciaba la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2008, sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre. Criterio que se recoge con la reforma en el artículo 172.2 NCC.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La segunda novedad es la posibilidad de que, en caso de que exista un pronóstico de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen, la Entidad pública podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de origen. Esta contingencia, que se sitúa en la línea de la recomendación del informe del Senado número 23, es asimismo adecuada, por las razones antes expuestas. La misma queda supeditada a dos requisitos: que se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal; y que no esté pendiente de resolverse la oposición contra la resolución administrativa que acordó la declaración de desamparo, prevención esta última que resulta adecuada en aras a evitar situaciones perjudiciales para el menor caso de que prospere la oposición, e incluso irreversibles como sucedió en el caso Saleck Bardi contra España (STEDH (Sección 3ª), de 24 mayo 2011; JUR 2011\174772) en el que España resultó condenada por vulneración del derecho de la menor al respeto de su vida familiar garantizado por el artículo 8 de la Convención. Asimismo resulta una cautela adecuada al derecho a la tutela judicial efectiva del progenitor recurrente, a fin de evitar que la ineficacia de una resolución judicial estimatoria de su oposición.

El **apartado 4** regula la guarda provisional de un menor mientras no se poseen datos para su identificación, que completa con el **artículo 14 NLOPJM**, antes analizado, remitiéndonos a lo ya expuesto con ocasión de este último precepto. Sería aconsejable que la regulación de esta institución se hiciera en una única norma, sea el CC sea la LOPJM.

El **apartado 5** y último del artículo 172 NCC disciplina *ex novo* el cese de la tutela automática de los menores declarados en situación de desamparo.

El primer motivo es la desaparición de las causas que motivaron su asunción, resulta lógica y obligada, si bien el verbo empleado por el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

precepto “observe” (“cuando observe la desaparición de las causas que motivaron su asunción”) no es adecuado, siendo más acertado el de “constate”, lo que deberá hacerse a través de los informes correspondientes.

Ninguna observación cabe hacer sobre las demás causas de cese, salvo la prevista en la letra c: “*Que hayan transcurrido 6 meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido, a pesar de haberse realizado las oportunas investigaciones y haberse puesto en conocimiento del Fiscal y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad*”. Tal supuesto merece un total rechazo, pues precisamente esta situación de fuga del menor constituye una indiscutible situación de riesgo y desamparo del menor fugado, por lo que resulta contradictorio que tal situación justifique el cese de la tutela automática. Por el contrario, la misma debe de subsistir, viniendo obligada la Entidad pública, como tutora, a denunciar los hechos para que se proceda a la localización del menor fugado, comunicándoselo a sus padres o tutores que siguen ostentando la patria potestad o la tutela ordinaria, aunque la tengan suspendida, así como al Ministerio Fiscal. Y una vez habido, deberá revisar la medida de protección del menor, cuya eficacia queda en entredicho por su fuga. Por tanto, se recomienda la supresión de esta causa de cese de la tutela legal.

Ha de lamentarse que se suprima el apartado 6 del artículo 172 CC actual, que declara la recurribilidad de las resoluciones que aprecien el desamparo ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa. Se considera esencial que se garantice posibilidad de impugnar la resoluciones de desamparo así como de todas la demás por las que se adopten medidas de protección del menor declarado en desamparo o modifiquen las acordadas; lo que conlleva una triple exigencia: que la



resolución administrativa sea motivada, con expresión de las circunstancias y factores de riesgo que se entienden concurrentes, la concreta valoración de interés del menor y los criterios de decisión, para permitir su adecuado control jurisdiccional; que la resolución sea efectivamente notificada al menor, a los progenitores o tutores y al Ministerio Fiscal; y que se establezca su recurribilidad. Circunstancias que entendemos deberían estar expresamente previstas en el artículo 172 CC, aconsejándose, en consecuencia, su inclusión.

2. Artículo 172 bis NCC

El nuevo **artículo 172 bis NCC** regula la guarda voluntaria. Esta institución se contempla actualmente en el apartado 2 del artículo 172 CC, que pasa a ser el apartado 1 del artículo 172 bis CC, si bien se añade una prevención sobre su duración, que no podrá sobrepasar el tiempo máximo del cuidado temporal del menor (es decir, dos años prorrogables; artículo 19 NLOPJM). Transcurrido el mismo o en su caso la prórroga, el menor deberá regresar con sus padres o tutores o ser declarado en situación legal de desamparo, si no concurren las circunstancias adecuadas para ese regreso con la familia biológica. La razón de esta limitación ha de buscarse en la necesidad de evitar situaciones crónicas de alejamiento de la familia, en perjuicio del menor.

Especial mención merece la acertada previsión de garantizar la continuidad de los apoyos especializados que los menores vinieren recibiendo o la adopción de otros más adecuados, en particulares respecto de los menores con discapacidad.



3.- **Artículo 172 ter NCC**

El **artículo 172 ter NCC** es el primero de los relativos al acogimiento. Recoge en sus apartados 1 y 2 los apartados 3 y 4 del vigente artículo 172 CC, si bien, reafirma uno de los principios rectores de la reforma cual es el de prioridad del acogimiento familiar frente al residencial, indicando que el acogimiento residencial tendrá lugar cuando no sea posible o conveniente para el interés del menor el acogimiento familiar. Como ya se ha expuesto al analizar las reformas de la LOPJM, consideramos acertada para el interés del menor la dirección seguida por la reforma, pues no solo se adecúa al artículo 9 CDN, sino que, además, acoge las recomendaciones del informe del Senado y de la generalidad de los especialistas en esta materia, en la que existe consenso sobre la prioridad de las soluciones familiares frente a las residenciales o el perjuicio de la institucionalización de los menores, que debe ser algo subsidiario.

Resultan asimismo idóneas las prevenciones que se recogen en el **apartado 2 del artículo 172 ter NCC** relativas a que la guarda de los hermanos se confíe a una misma persona o institución para que permanezcan unidos y la necesidad de revisión de la situación del menor en relación con su familia de origen al menos cada seis meses, por cuanto que un eficaz sistema de protección de los menores exige un adecuado seguimiento de las medidas adoptadas.

Del mismo modo, ha de saludarse la prohibición de que no puedan ser acogedores los que no puedan ser tutores. Previsión que ha de ser puesta en relación con la exigencia de la idoneidad de los acogedores, que, como novedad, se incorpora en el artículo 20 NLOPJM por el ALPI.

En el **apartado 3 del artículo 172 ter NCC** se regula *ex novo* la delegación temporal de la guarda en personas o instituciones en periodos



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de fines de semana o de vacaciones con familias alternativas, posibilidad que se encuentra disciplinada en la actualidad y cuyo establecimiento se había recomendado en el informe del Senado. En definitiva, viene a colmar una laguna legislativa respecto de supuestos de delegación de la guarda por un corto periodo de tiempo, que no afecte a la medida de protección adoptada, sino que es complementaria de la misma. Por lo que, en principio, la modificación se valora positivamente.

Entendemos que esta delegación temporal es posible tanto en el acogimiento residencial, como en el familiar. Y en relación con éste, el Anteproyecto ha suscitado preocupación en asociaciones de acogedores, por considerar que podría ser perjudicial para el menor la participación de tres familias distintas (la de origen, la de acogimiento y la de delegación temporal). Sin embargo, esos recelos quedan disipados en cuanto que la norma exige para su adopción, que sea conveniente para el menor. No obstante, como se ha advertido antes, se considera adecuado que se indicara que, caso del acogimiento familiar, esta medida de delegación temporal ha de adoptarse previa audiencia de los acogedores, pues en el artículo 20 bis.1 c) NLOPJM solo se establece el derecho de los acogedores a ser informados de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento. Además, caso de que al tiempo de la constitución del acogimiento familiar ya se considere conveniente para el menor esta delegación temporal, consideramos que debería recogerse en el documento de formalización del acogimiento, por lo que se propone asimismo la modificación del artículo 20.3 NLOPJM para incluir este extremo.

La redacción del párrafo segundo de este nuevo apartado 3 del artículo 172 ter NCC presenta un error y una omisión, cuya subsanación se sugiere. No es correcto hablar de *"medidas restrictivas que haya establecido...el Ministerio Fiscal"*, que únicamente podrá pedir las medidas



pero no adoptarlas, lo que corresponden en el ámbito civil ya a la Entidad pública, ya al Juez, y en el penal, solo al Juez. Por tanto, debería ser suprimida esta mención del Ministerio Fiscal.

En cuanto a la omisión, olvida el prelegislador el interés de los guardadores, que asimismo ha de protegerse, de manera que podrán preservarse sus datos si existe una justa causa que así lo aconseje, en salvaguarda de la seguridad o privacidad de los guardadores.

Por último, en el **apartado 4 del artículo 172 ter NCC** se incorpora una importante novedad: la posibilidad de que la Entidad pública establezca una cantidad que deben de abonar los padres o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de las responsabilidades que pudieran imputarse a los menores por actos realizados por los mismos. Debería limitarse esta previsión únicamente a los supuestos en los que los progenitores o tutores rechacen la guarda del menor por causa no justificada, siempre, claro está, que los padres cuenten con medios económicos suficientes.

4.- **Artículo 173 NCC**

El **artículo 173 NCC** se dedica al acogimiento familiar, recogiendo, con pequeñas modificaciones, los apartados 1, 2 4 y 5 del vigente artículo 173 CC. En relación con el cese del acogimiento, se suprime el motivo 2º del artículo 173 CC vigente (*"Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública"*), que se considera debe ser mantenido, por cuanto que no parece que podrá desarrollarse adecuadamente un acogimiento familiar sin la voluntad de los acogedores. Asimismo, debería recogerse como causas de cese del acogimiento la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acogedores o del menor y la mayoría de edad del menor (en este sentido, artículo 169 CC).

5.- Artículo 173 bis NCC

El artículo 173 bis NCC trata de las clases de acogimiento familiar, que, podrán tener lugar en la propia familia extensa o en familia ajena, pudiendo ser en este último caso especializado y podrá adoptar las siguientes modalidades: acogimiento familiar de urgencia, acogimiento familiar temporal y acogimiento familiar permanente. Nos remitimos a lo comentado al analizar los respectivos preceptos de la LOPJM.

Debe indicarse, finalmente, que no se considera adecuada la fragmentación y dispersión de la regulación del acogimiento en el CC y en la LOPJM por la que opta el ALPI, siendo más aconsejable desde el punto de vista sistemático que se realice en una única debiendo de contenerse no una única norma.

6.- Artículo 174 NCC

Reproduce el actual artículo 174 CC, que versa sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la protección de los menores, añadiendo un nuevo apartado 4 que acertadamente dispone la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda recabar la elaboración de informes por parte de los Servicios correspondientes de las Administraciones públicas competentes para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de menores.



2.h. Modificaciones de la adopción

La adopción sufre importantes reformas, que incorporan muchas de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio sobre la problemática de la adopción nacional y otros afines.

Se introducen modificaciones relevantes en relación con los requisitos para ser adoptante, viniéndose a recoger la posibilidad de la adopción conjunta por parejas de hecho- junto los cónyuges, que ya está reconocida en la actualidad-, aun cuando se hayan separado o divorciado antes de la propuesta de adopción, en determinados supuestos.

El **artículo 175 NCC** sigue exigiendo que el adoptante sea mayor de 25 años, si bien siendo dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado esta edad. Asimismo se sigue exigiendo que exista una diferencia de edad entre adoptado y adoptantes, elevándose la actual de 14 años a 16 años. Además, con carácter novedoso, se fija una límite máximo de diferencia de edad entre adoptante y adoptado –que no podrá ser superior a los 45 años-, que en caso de adopción conjunta será suficiente que uno de los adoptantes no tenga esa diferencia de edad máxima. Esta diferencia máxima se recoge en muchas legislaciones autonómicas. Se considera adecuada tanto la elevación de la diferencia mínima como el establecimiento de una máxima, pues con ello se viene a procurar que las diferencias de edad entre los padres e hijos de la familia por adopción sean similares a los de la familia biológica.

Se establece, no obstante, una lógica excepción: que los futuros adoptantes estén en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, en cuyo caso la diferencia máxima podrá ser superior.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En cuanto a la capacidad de los adoptantes, se añade la previsión de que no podrán ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en el CC (artículo 175.1 párrafo 2 NCC). Indicación que es correcta.

Con relación al adoptando, se mantienen los requisitos actuales, si bien respecto de los adoptandos mayores de edad o menores emancipados se modifica el *dies a quo* del acogimiento o convivencia previos, que no necesariamente ha de haber comenzado antes de que el adoptando haya cumplido 14 años –como así exige el vigente artículo 178.2 CC–, sino que basta con que haya existido, al menos, un año. Esta modificación que se valora favorablemente y que posibilitará la adopción de mayores o menores emancipados que convivan con los futuros adoptantes.

Como se ha anunciado, se introduce la posibilidad de una adopción conjunta, no solo por los cónyuges, sino también por la pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro. En la actualidad, aun cuando el artículo 175.4 CC –redacción dada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del CC y de la LEC en materia de adopción; BOE núm. 275, de 17-11-1987, pág. 34158– solo reconoce la posibilidad de adopción simultánea a los cónyuges, la Disposición adicional tercera de esta Ley 21/1987 reconoció la posibilidad de adopción simultánea *“al hombre y la mujer integrantes de una pareja de hecho unidos de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”*. Con el ALPI se prevé en el texto principal del CC la posibilidad de una adopción conjunta a la pareja de hecho, tanto heterosexual como homosexual, previsión que resultaba necesaria en aplicación del principio de igualdad.

Se exige que la pareja de hecho esté inscrita en el correspondiente registro. En atención a la naturaleza de la adopción, sería aconsejable que,



como se indicaba en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia del 2001, se indicara que ha de tratarse de una pareja de hecho unida de forma permanente con relación análoga a la conyugal.

Un juicio favorable merece la nueva previsión del apartado 5 del artículo 175 NCC, que había sido propuesta por algunas Comunidades Autónomas, permitiendo la adopción simultánea por ambos cónyuges o pareja de hecho inscrita en el Registro del adoptando que se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción, que se separan o divorcian antes de la propuesta de adopción.

En el artículo **176 NCC** se introduce una modificación de calado, que es consecuencia necesaria para el adecuado cumplimiento del artículo 15 del Convenio de La Haya relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 23 de mayo de 1993, ratificado por España el 30 de mayo de 1995 (BOE núm. 82, de 1 de agosto de 1995, pág. 23447 a 23454) y el artículo 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2001, pág. 77734): define la idoneidad para adoptar, estableciendo los requisitos para su declaración por parte de la Entidad pública, en la correspondiente declaración (**apartado 3 artículo 176 NCC**). Debe advertirse que en la definición de idoneidad del artículo 176.2 NCC no se incluye ninguna referencia a la discapacidad, que sí se prevé en el artículo 10.5 la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, por lo que deberían revisarse ambos preceptos para una correcta coordinación, más cuando la reforma viene a establecer la posibilidad de que unas mismas personas sean declaradas idóneas simultáneamente para la adopción nacional y la adopción



internacional, siendo compatible la tramitación de su petición u ofrecimiento para los dos ámbitos.

Además se viene a exigir la declaración de idoneidad como previa a la propuesta necesaria para iniciar el expediente de adopción (**apartado 2 artículo 176 NCC**), como ya se estableció en el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

El ALPI introduce un nuevo **artículo 176 bis NCC**, que regula la delegación de la guarda del menor con fines de adopción. Viene a sustituir al actual acogimiento preadoptivo, que desaparece con la reforma, al ser considerado, con buen criterio, como una fase de la adopción. Parece adecuado que se hiciera una expresa referencia en el precepto al interés del menor como criterio rector para la constitución de esta delegación con fines de adopción de guarda, así como la necesidad tanto de ser oído, como de la audiencia de sus progenitores biológicos, previa a la resolución administrativa que la acuerde. Del mismo modo debería recogerse la necesidad de la notificación de la resolución –con la conveniente reserva de datos de identidad- al menor, a los padres biológicos, a los adoptantes y al Ministerio Fiscal, y su régimen de recursos.

El **artículo 177 NCC** trata de la constitución de la adopción, que será por resolución judicial, manteniendo la necesidad de consentimiento, en presencia del Juez, del adoptante o adoptantes y del adoptando si tuviere suficiente madurez y siempre que fuere mayor de 12 años. Entendemos conveniente que se recogiera el artículo 5.2 del Convenio Europeo de Adopción de menores, indicándose, en consecuencia, que las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen. Este consentimiento deberá otorgarse libremente en la forma legal requerida, y deberá prestarse o hacerse constar por escrito.

Como en la regulación actual, se exige el asentimiento a la adopción: 1º) del cónyuge no separado del adoptante, incluyéndose acertadamente a la pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro, no separada; y 2º) de los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación. Y es en relación con la apreciación de esta circunstancia donde se introduce una modificación que, en principio, pretende ser relevante y dar respuesta a la recomendación del Informe de la Comisión de expertos del Senado sobre la necesidad de agilizar los procedimientos de adopción. Por ello, con la reforma se establece que *esta circunstancia se apreciará, en su caso, en el mismo expediente en el que se ha de resolver sobre la propuesta de adopción.*

Ahora bien, examinado el procedimiento de adopción, el artículo 1828 de la LEC de 1881 ("*Consentimiento, asentimiento y audiencia*"), que es reformado por el ALPI, tras regular cómo ha de prestarse el asentimiento de las personas a las que se refiere el artículo 177.2 NCC, declara: "*Si los progenitores pretendieren que se les reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción conforme al procedimiento regulado en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se procederá a la suspensión del expediente hasta que recaiga resolución en dicho procedimiento*". Este artículo 781 LEC, que regula el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción, dispone: "*1. Los padres que pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción podrán comparecer ante el Tribunal que esté conociendo del correspondiente*



expediente y manifestarlo así. El Secretario judicial, con suspensión del expediente, señalará el plazo que estime necesario para la presentación de la demanda, que no podrá ser superior a veinte días. Presentada la demanda, se tramitará con arreglo a lo previsto en el artículo 753" (es decir, por los trámites del juicio verbal).

De manera que, pese a lo que pudiera parecer en una primera lectura, se viene a mantener la regulación vigente, pues la determinación de la necesidad de asentir deberá sustanciarse en un procedimiento contradictorio, por los trámites del juicio verbal, con suspensión del procedimiento de adopción. Es decir, en la forma que establecen los artículos 177.2 CC y 1827 LEC 1881 vigentes.

Por ello, si se pretende que, como se dice en la nueva redacción del artículo 177.2 NCC, la pretensión sobre la necesidad de asentimiento se sustancie en el mismo procedimiento en el que se ha de resolver sobre la adopción –opción que, ha de insistirse, se estima la más adecuada y única que puede lograr la tan reclamada y deseada agilización del procedimiento de adopción- debería preverse que, planteada por los padres biológicos la pretensión de su necesario asentimiento, el procedimiento de adopción se transformase en contencioso, continuándose por los trámites del juicio verbal (artículo 753 LEC) y resolviéndose en la sentencia que le ponga término tanto sobre esa pretensión como sobre la adopción misma. Con ello se garantizaría la debida contradicción del procedimiento, al tiempo que se garantizaría la celeridad del mismo. Además, se reforzaría el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente al derecho al recurso, por cuanto la sentencia que se dictara en este procedimiento contradictorio – que pasaría a ser el principal-podría acceder, en su caso, a la casación, lo que no ocurre actualmente en relación con la sentencia que pone fin al procedimiento incidental del artículo 1827 LEC 1881 y 753 LEC.



Por otra parte, en el nuevo artículo 177 NCC se establece un nuevo supuesto de innecesariedad del asentimiento: cuando los padres que tuvieran suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 172, sin oposición a la misma, o cuando, interpuesta, hubiera sido desestimada. Previsión que, como se indica en la EM, dota de coherencia al sistema.

Además, se amplía el plazo para la prestación válida de asentimiento de la madre, desde el parto. De los treinta días actuales se pasa, con buen criterio, a las 6 semanas, asegurando así el mayor sosiego y la libertad de la madre para otorgar su asentimiento. Se da así para dar cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España.

En el **apartado 3 del artículo 177 NCC** se enumeran las personas que solo deben ser oídas, manteniendo las de los números 1º 2º y 3º del actual artículo 177 CC y suprimiendo la ausencia de la Entidad pública. Sin embargo, entendemos que tal audiencia resulta necesaria cuando no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad pública para la incoación del expediente de adopción por concurrir alguna de las circunstancias del artículo 176.2 CC. En consecuencia, se propone el mantenimiento del número 4 del artículo 177 CC vigente.

El **artículo 178 NCC** aborda los efectos de la adopción. Los apartados 1, 2 y 3 incorporan los correspondientes apartados 1, 2 y 3 del artículo 178 CC vigente, con la sola modificación de incluir, en la letra a) del apartado 2, junto al cónyuge, a la *“pareja de hecho del adoptante inscrita*



en el correspondiente registro", lo que supone una necesaria actualización de la norma conforme a las circunstancias sociales.

La gran novedad se contiene en el **apartado 4 de este artículo 178 NCC**, que viene a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la llamada adopción abierta. Se refiere a aquella adopción en que los padres biológicos y los padres adoptivos se conocen, comparten sus identidades, intercambian información y pueden comunicarse a lo largo de los años, manteniendo el adoptado relación con su familia de origen y, especialmente, con sus hermanos biológicos.

Se trata de un tipo de adopción que, como se señala en la EM del ALPI, está reconocido legislativamente en diversos países (Estados Unidos, Gran Bretaña, Austria, Canadá, Nueva Zelanda...), con diferente amplitud y contenido, que va desde el "acuerdo privado entre las partes" con supervisión y apoyo de las Entidades públicas, hasta su establecimiento por el Juez, a quien le correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización. Modelo este último que, ya anuncia la EM, es el acogido por el prelegislador.

No existe un consenso sobre la idoneidad de esta clase de adopción, que cuenta con defensores y detractores. La posibilidad de la misma se propuso por algunos de los expertos que comparecieron ante la Comisión especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, si bien no fue recogida en las conclusiones del informe ni en el Anteproyecto de la Ley de Actualización sobre la Protección a la Infancia del año 2011. No se da ninguna razón de su inclusión ahora, más allá de su existencia en otros países. En definitiva, se trata de una opción que pudiera ser considerada, en principio y para determinados casos, una solución adecuada para el menor, en particular en el caso de adolescentes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Si bien consideramos que se ha de ser muy cauteloso y exigirse, en todo caso, informes psicológicos antes de acordar esta clase de adopción y durante su desenvolvimiento, con carácter periódico, teniendo información sobre el desarrollo de las visitas o contactos entre la familia biológica, el menor y la adoptiva.

Por ello, se recomienda una regulación más detallada de la adopción abierta, que incorpore la previsión de que la misma solo se constituirá si fuere conveniente al superior interés del menor, así como la necesidad de los informes psicológicos anteriores y posteriores a su constitución. Igualmente, debería incluirse la necesidad de remitir al Juez que constituyó la adopción informes periódicos de la Entidad pública sobre el desarrollo de las visitas y propuestas de mantenimiento o modificación. Además, debería regularse el procedimiento para la modificación o finalización de esta adopción, consecuencias de ello y personas legitimadas para solicitarlo, entre las que, obviamente, deberá encontrarse el Ministerio Fiscal, a quien la Entidad pública tendría que remitir también informes de las visitas o contactos.

El **artículo 180 CC** refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas. Este derecho fue recogido en el artículo 12 de la Ley 54/2007, de Adopción internacional para estos casos de adopción internacional, añadiendo la Disposición final 1 de la misma un apartado 5 al artículo 180 CC, en el que se reconocía el derecho de las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, a conocer los datos de sus orígenes biológicos.

El ALPI refuerza este derecho, obligando a las Entidades públicas a garantizarlo y mantener la información de la que dispongan relativa a los



orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, historia médica del menor y de su familia –datos estos últimos que son esenciales para la salud del menor-. Sería conveniente que se indicase –como no puede ser de otra forma- que se trata de los padres y familia biológicos. El plazo de conservación se fija en 50 años con posterioridad a la adopción definitiva, siendo el previsto en el artículo 22.5 del Convenio Europeo de Adopción de menores. Además, establece la obligación de cualquier entidad privada o pública de facilitar a la Entidad pública de protección del menor y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

Ha de lamentarse que no se regule la cuestión de la colisión con el derecho a la madre biológica a permanecer en el anonimato, al que se refiere la STEDH de 13 de febrero de 2003 -Odiviere contra Francia-, pues si bien el Tribunal Supremo, en la sentencia 773/1999, de 21 de septiembre de 1999, determinó que la reserva de la maternidad de la madre soltera era inconstitucional y que debía preferirse el interés del hijo a conocer a su progenitura; en sentido justamente inverso, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 17 de junio de 1999, rechazó la inconstitucionalidad planteada sobre la ley de técnicas de reproducción humana asistida y entendió que el anonimato del progenitor biológico, donante de semen, no era contrario a la Constitución y prevalecía sobre el derecho a la identidad y a la verdad biológica del hijo.

2.i. Nombramiento de tutor a menores desamparados

Las modificaciones de los artículos 239 y 239 bis CC, en materia de tutela de menores y personas con discapacidad desamparados, buscan la reordenación de la regulación actual.



En el **artículo 239 NCC**, relativo a la tutela de los menores en situación de desamparo, introduce la previsión de que, caso de procederse a nombrarle tutor conforme a las reglas ordinarias, previamente a tal designación judicial del tutor o en la misma resolución, se acuerde la suspensión o privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. Con ello, se trata de evitar los problemas que pudieran crearse, por incompatibilidad, entre la concurrencia de la patria potestad de los padres del menor desamparado, no privados de la patria potestad, y del tutor ordinario, pues mientras que en el caso de la tutela atribuida por ministerio de la ley a la Entidad pública, su asunción conlleva la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria (artículo 172 CC), ello no ocurre cuando se procede al nombramiento de tutor ordinario para el menor en situación de desamparo. Así las cosas, la modificación del artículo 239 NCC ha de celebrarse.

El nuevo **artículo 239 bis NCC** encuentra su origen en el párrafo tercero del artículo 239 CC, del que se desgaja para formar un nuevo artículo. Trata de la tutela de las personas discapacitadas en situación de desamparo, que será asumida por ministerio de la ley por la Entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección y el apoyo de las mismas. El precepto se refiere a las "*personas con capacidad judicialmente complementada*", acogiendo así la nueva denominación de las personas con discapacidad que se introdujo en el que ya es Proyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria- cuya remisión a las Cortes general se aprobó el 1 de agosto de 2014-, haciéndose eco de las recomendaciones de Naciones Unidas.



2.j. La guarda de hecho

En el **artículo 303 NCC** se incluye la posibilidad de otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho, a la vez se dispone en qué casos de guarda de hecho procede la declaración de desamparo y en cuáles la privación de la patria potestad y nombramiento de tutor. En estos casos, se establece la obligación del guardador de hecho de promover la privación o suspensión de la patria potestad o la remoción de la tutela. Si bien se considera adecuada esta ampliación de la legitimación del guardador de hecho para promover la privación o suspensión de la patria potestad (en cuanto a la tutela, puede considerarse comprendido en la expresión de “otra persona interesada” del artículo 248 CC), los términos en que aparece redactado el precepto no parecen adecuados, al erigirlo en obligación del guardador de hecho, lo que puede suponer una carga excesiva para éste. Se recomienda, en consecuencia, la revisión de la redacción del precepto.

2.h. Consentimiento de los menores para contratar

Se da una nueva redacción a los artículos 1263 y 1264 CC, en relación a la prestación del consentimiento de los menores, ampliando la capacidad de los menores no emancipados a *“aquellos contratos que las leyes expresamente les permita realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad conforme a los usos sociales”*. En definitiva se trata de la positivización de lo que en materia de contratación por menores viene permitido en la actualidad en virtud de los usos sociales. La expresa mención en el CC resulta correcta.



3.- Modificación de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

Se anuncia en la EM del ALPI que las modificaciones que se proponen a la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, responden a varias necesidades. Las más relevantes son las siguientes.

En el **artículo 1.2** se da una nueva definición internacional a los efectos de la Ley 54/2007 como lo hace el 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, pues la definición vigente había ocasionado confusión en situaciones concretas.

Se pretende aclarar el marco de competencias de las Administraciones públicas. A tal efecto, se establece en el **artículo 4.1** la competencia de la Administración General del Estado, en colaboración de las Entidades públicas, para determinar la iniciación de la tramitación de las adopciones con cada país de origen, así como la suspensión o paralización de las mismas. Esta modificación resulta coherente en cuanto que se trata de una competencia que afecta a la política exterior, al tiempo que con ella se logrará una uniformidad en la actuación de las Entidades públicas de todas las Comunidades Autónomas. Por su parte, en **el artículo 5** se añade un nuevo **apartado 3**, estableciendo la obligación de que las Entidades públicas, a efectos de colaboración, faciliten a la Administración General del Estado información estadística sobre la tramitación de expedientes de adopción internacional.

En **el artículo 6** se cambia la denominación de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI), que pasan a llamarse Organismos debidamente acreditados, acogiendo la terminología el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993. Y si bien se mantiene la



competencia autonómica para el control, inspección y seguimiento de los mismos, se establece que la Administración General del Estado sea la competente para el control y seguimiento respecto a la intermediación que el Organismo acreditado lleva a cabo en el extranjero, lo que resulta coherente con el principio de centralización del artículo 4.1.

En materia de idoneidad de las *personas que se ofrecen para la adopción* (como así se pasa a denominar a los adoptantes), se da una nueva redacción al apartado 5 del artículo 10. Mientras que en la actualidad dice: *"En el proceso de declaración de idoneidad, se prohíbe cualquier discriminación por razón de discapacidad o cualquier otra circunstancia"*; con la reforma se dispone que *"La existencia de algún tipo de discapacidad no podrá ser, por si misma causa de no idoneidad, salvo que impida el correcto ejercicio de las funciones parentales"*; redacción que resulta más adecuada técnicamente. Debe advertirse que en la definición de idoneidad del artículo 176.2 NCC no se incluye ninguna referencia a la discapacidad, por lo que, como hemos advertido antes, deberían revisarse ambos preceptos para su correcta coordinación; más cuando la reforma viene a establecer la posibilidad de que unas mismas personas sean declaradas idóneas simultáneamente para la adopción nacional y la adopción internacional, siendo compatible la tramitación de su petición u ofrecimiento para los dos ámbitos (**artículo 10.6**). Esta previsión se valora muy positivamente, pues supondrá una evitación de trámites duplicados y de declaraciones sobre idoneidad contradictorias.

En el **artículo 11** se establece una nueva obligación para las personas que se ofrecen para la adopción, cual es la asistencia obligatoria a cursos de formación organizados por la Entidad pública o por Organismo acreditado con carácter previo y obligatorio a la solicitud de la declaración



de idoneidad. Con ello se recoge una práctica que se viene realizando en diversas Comunidades Autónomas.

Con relación al derecho a conocer los orígenes biológicos, el ALPI suprime la obligación de las Entidades públicas competentes de conservar la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como su historia médica y de su familia. No se da ninguna explicación de esta supresión, que se aviene mal con el refuerzo este derecho en el artículo 180 NCC y con el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, que en su artículo 29 recoge esta obligación de asegurar la conservación de esta información. En consecuencia, resulta necesario mantener el párrafo que se pretende suprimir.

En materia de normas de Derecho internacional privado, en **el artículo 15** se suprimen, de manera adecuada, las referencias a la modificación y revisión de la adopción, al ser figuras jurídicas inexistentes en nuestro Derecho. Lo mismo en **el artículo 22**

También de modo acertado, se restringe los supuestos de adopción consular (**artículo 17**), cuya supresión ha sido reclamada desde diversos ámbitos e instancias.

Es asimismo adecuada el nuevo **apartado 4 del artículo 19**, que establece la imposibilidad de constituir adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, salvo que se encuentren en situación de desamparo y tutelado por la Entidad pública. Con esta norma se pone fin a la inadecuada práctica de adopciones de menores marroquíes que han sido entregados a España a través de otras medidas de protección como lo es la *kafala*.



Se suprime el **artículo 21**, que regula la adopción regida por una ley extranjera. Se justifica en la EM esta supresión al tratarse de un supuesto totalmente extravagante y de una regulación cuestionable y cuestionada.

Se modifica el **artículo 24** que pasa a regular la cooperación internacional de las autoridades en casos de adopciones realizadas por adoptante español y residente en el país de origen del adoptado.

En el **artículo 26.1** se incorpora una definición de orden público, que resulta de todo punto idónea y adecuada con el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 y en particular, con su artículo 4. Como se indica en la EM, impedirá supuestos de “niños robados”. Así, se considera que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

En el **artículo 27** se viene a concretar cómo ha de hacerse el control, incidental, de la validez de una adopción constituida por autoridad extranjera, remitiendo a las normas del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993.

Varios artículos de la Ley 54/2007 sufren modificaciones de simple estilo, insignificantes (así por ejemplo, los **artículos 2.2, 5 o 18**, entre otros), que no justifican una modificación de la norma, cuyo permanente cambio no resulta aconsejable para el principio de seguridad jurídica.



4.- Modificación de la Ley 1/200, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El ALPI incorpora un nuevo supuesto 3º al apartado 2 del art. 76 LEC, modifica el apartado 1.1ª del art. 525 LEC, el artículo 779 LEC y los apartados 1 y 2 del artículo 780 LEC, añadiendo un nuevo apartado 5.

Según declara la Exposición de Motivos del Anteproyecto, mediante la modificación de la LEC *“se introducen reformas procesales que buscan obtener de los Tribunales una tutela más efectiva posible de los derechos e intereses de los menores, mejorando los procedimientos ya existentes, haciéndolos verdaderamente efectivos, o corrigiendo aspectos que en la práctica cotidiana han dado lugar a interpretaciones contradictorias”*.

4.a.- Apartado 2 del artículo 76 LEC

Con el fin de fortalecer el principio de celeridad, que se considera vital en los procesos en los que se resuelven intereses de menores, y con el objeto de evitar resoluciones contradictorias, se introducen, en línea con las previsiones que se proyectan para la LOPJM, disposiciones *“para promover la acumulación cuando existieran varios procesos de impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección en curso que afecten a un mismo menor”*. Para ello, se introduce en el **artículo 780 LEC** la regla general de la acumulación de procesos y en el **artículo 76 LEC** la previsión de la procedencia de la acumulación: *“Cuando se trate de procesos en los que se sustancie la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de un mismo menor, tramitados conforme al artículo 780, siempre que en ninguno de ellos se haya iniciado la vista.”*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

La acumulación podrá acordarse incluso de oficio, atribuyéndose la competencia al Juzgado que estuviera conociendo del procedimiento más antiguo (**artículo 780.5 NCC**).

Para evitar que la acumulación de los procedimientos pueda suponer una paralización de los procedimientos, se viene a establecer, adecuadamente, una especialidad en el régimen general del artículo 84 LEC, disponiéndose que no se suspenderá la vista ya señalada si fuera posible tramitar el resto de los procesos acumulados dentro del plazo determinado por el señalamiento. Caso contrario, como es la regla general del artículo 84.2 LEC, se acordará la suspensión de la vista fijada, hasta que los otros autos se hallen en el mismo estado, pero se procederá a realizar un nuevo señalamiento con carácter preferente y, en todo caso, dentro de los 10 días siguientes (artículo 780.5 NCC).

La preferencia de estos procedimientos mantiene la línea iniciada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, que dispuso el carácter preferente de esta clase de procedimientos.

Por lo demás, la fijación de un plazo concreto para practicar el señalamiento –que no se establecía en el Anteproyecto de Ley de Actualización de la legislación sobre protección a la infancia del 2012 - resulta adecuada, pues la realidad pone de manifiesto que establecer un criterio preferencial en la tramitación de los procedimientos no basta por sí sólo para producir el efecto pretendido de celeridad y agilidad de los mismos, siendo necesaria la adición de otras previsiones como la reducción de plazos.

Por su parte, con la previsión de acumulación de acciones y de procesos se sigue la tendencia iniciada con la reforma del artículo 76 de la



LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE núm. 266, del 4 de noviembre de 2009, páginas 92103 a 92307). La reforma busca potenciar la celeridad en la resolución de los procedimientos y evitar resoluciones contradictorias. La potenciación de los mecanismos procesales de acumulación es una medida idónea al fin perseguido y en el margen de actuación legítima del legislador.

En otro orden de cosas, se recomienda la revisión del último párrafo del artículo 76 NCC, que guarda correspondencia con el texto en su redacción actual, razón por la cual alude a los Juzgados con competencia en materia mercantil. Sin embargo, esta mención es incongruente con los procedimientos de sustanciación de la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección, cuyo conocimiento corresponderá a los Juzgados que tuvieran atribuidas competencias en materia de familia.

4.b. Apartado 1 del artículo 525 LEC

Se modifica el **artículo 525.1.1ª LEC** que regula las sentencias no ejecutables provisionalmente.

En su redacción actual esta prohibición se refiere a las dictadas en procedimientos de paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con el objeto principal del proceso.

Esta redacción presentaba un problema de interpretación que ha generado resoluciones y actuaciones contradictorias. Si bien la interpretación más extendida del mismo ha llevado a la imposibilidad de ejecución provisional de las sentencias dictadas en procesos de oposición a



resoluciones administrativas en materia de protección de menores, lo cierto es que la dicción literal del precepto no excluye de forma clara y sin ambages esa posibilidad en tanto las mismas no se mencionan.

El Anteproyecto, con el fin de fortalecer la seguridad jurídica y evitar modificaciones posteriores del estatus del menor que afecten al interés superior del mismo así como los eventuales perjuicios que podría provocar la revocación posterior de una sentencia ejecutada provisionalmente, menciona ahora estas resoluciones en la regla general de exclusión de ejecución provisional de sentencias establecida en el art. 525.1.1ª LEC, y prohíbe de forma expresa y rotunda la ejecución provisional de sentencias dictadas en procesos de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

4.c. Artículo 779 LEC

La modificación del artículo 779 LEC se limita a sustituir la referencia a la "entidad protectora" por la de "Entidad pública", que es la utilizada por el Anteproyecto. Se trata, en consecuencia, de una modificación que no resulta en verdad necesaria.

4.d. Apartados 1, 2 y 5 artículo 780 LEC

Se modifica el apartado 1 del artículo 780 NLEC considerando improcedente la reclamación administrativa para formular oposición, ante los tribunales, civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; mientras que en el vigente artículo 780.1 LEC se considera innecesaria. Además, se unifican los plazos para formular la oposición, cualquiera que sea la resolución administrativa en materia de protección de menores –incluida la de desamparo–, que será de dos meses desde su notificación. Esta modificación, de mayor calado que la primera, viene a poner fin a los problemas que suscita el texto vigente, cuando la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

resolución recurrida era la declaración de desamparo en la que, además, se establecía una medida de protección del menor, pues mientras que conforme a la dicción del precepto, el plazo para recurrir la declaración de desamparo era de tres meses, el del recurso contra las demás resoluciones de protección era de dos meses.

Se añade un nuevo párrafo 2 al apartado 1 del artículo 780 LEC para determinar la legitimación para ejercer las acciones de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que se atribuye, según proceda y siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, a los progenitores, tutores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Esta previsión se completa con la del artículo 172.2 NCC que otorga legitimación a los padres y tutores para oponerse a las resoluciones sobre protección.

La regulación expresa de la legitimación para promover este tipo de procedimientos ha de celebrarse por cuanto que la vigente LEC carece de una previsión equiparable en la materia, debiendo entenderse como legitimados indudablemente a padres y tutores, pero con ambigüedad respecto al Ministerio Fiscal, si bien esa facultad podía deducirse de su posición constitucional e institucional derivada del art. 124 CE como defensor de la legalidad y de su singular posición en el ámbito de la protección de menores como defensor de los derechos del menor; posición que reconoce la LOPJM y refuerza y potencia el Anteproyecto y que ha sido afirmada expresamente el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias.

De forma explícita y refiriéndose a la posición del Ministerio Fiscal en los procedimientos de protección de menores, incluso para impetrar el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales del menor,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

sostiene el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 4 de la Sentencia 17/2006, que dicha legitimación se configura “como un iusagendi reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal defiende, ciertamente derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos”.

Por tanto, es adecuado el reconocimiento expreso al Ministerio Fiscal de legitimación para promover la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, y coherente con el resto de las modificaciones previstas en el ALPI.

Sin embargo, para el resto de los posibles legitimados, la formulación del Anteproyecto resulta imprecisa, pues la determinación del legitimado será “según proceda”. Se debería determinar legalmente la legitimación de los diversos interesados en atención a la resolución objeto de oposición, fijando unos criterios claros.

Por lo demás, ya hemos indicado la necesidad de que, para determinadas resoluciones, se reconozca legitimación a los acogedores, que no aparecen entre las personas mencionadas en el artículo 780.1 NLEC. Y, en todo caso, debería reconocerse legitimación al menor afectado por la medida, al que el párrafo 3 de este artículo 780.1 LEC reconoce la posibilidad de dirigirse al Ministerio Fiscal para ejercitar sus pretensiones en relación con las resoluciones administrativas que le afecten, siendo el Ministerio Fiscal el que, en su caso, formule la oportuna oposición. Tal solución no resulta satisfactoria, pues lo que realmente se viene a



establecer no es la legitimación del menor, sino su derecho a comunicar con el Ministerio Fiscal para que éste pueda promover las acciones, si así lo considera oportuno.

Siguiendo la recomendación del reciente Estudio de la Defensora del Pueblo sobre *la escucha y el interés superior del menor*, de mayo de 2014, y en la línea de lo establecido en el artículo 5 del Convenio de Europeo sobre el Ejercicio de derechos del Niño, sería conveniente reconocer al menor legitimación para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección que le afecten, modificando la regulación del defensor judicial para facilitar el acceso y representación del menor en el proceso. En este sentido, ha de destacarse que el artículo 18 de la LJA reconoce capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo a los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad. Por su parte, el artículo 20 ter de la LOPJM, redacción dada por el Anteproyecto, reconoce a los menores acogidos el derecho a ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo.

Además, conforme a las recomendaciones del mencionado informe, debería introducirse el beneficio de justicia gratuita, en favor del menor que, con independencia de su progenitor o tutor, desee hacer valer sus opiniones en los procesos en los que se ventilen cuestiones que les afecten.

Se da una nueva redacción al **apartado 2 del artículo 780 LEC**, detallando el contenido del escrito inicial. Y se añade un **nuevo apartado 5**, para introducir y regular la acumulación de los procedimientos de



oposición a las resoluciones de protección de un mismo menor, remitiéndonos a lo antes dicho sobre este particular.

5.- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.

El artículo 5 del APLI modifica la LEC 1881. Advierte la EM que al no estar aprobada la Ley de Jurisdicción Voluntaria y estando en vigor la LEC aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, procede modificarla en línea con las disposiciones de la LOPJM. En consecuencia, al no precisar la constitución del acogimiento intervención judicial, la regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria se reduce a la adopción, que queda englobada en los artículos 1.825 a 1.832. Sin embargo, olvida que en el vigente artículo 1.828 LEC 1881 regula no solo el procedimiento para la constitución del acogimiento familiar, sino también el del cese judicial del acogimiento, manteniéndose en el artículo 173.4 NCC, en la redacción dada por el ALPI, la resolución judicial como supuesto de cese del acogimiento familiar. Por ello, resulta necesario el mantenimiento y, en su caso, modificación del artículo 1.828 LEC 1881 en relación con el procedimiento para el cese judicial del acogimiento.

Por otra parte, es conveniente tener en cuenta que en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria sí se regula el procedimiento de acogimiento (artículo 35 y 36), por lo que, caso de que se apruebe el ALPI objeto de informe deberán hacerse las correspondientes modificaciones en la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Entrando en la regulación del procedimiento de adopción, se declara la competencia del Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede



de la Entidad Pública que tenga encomendada la protección del menor, o en su defecto, el domicilio del adoptante, manteniéndose por tanto el fuero subsidiario del vigente artículo 63 regla 16ª LEC 1881.

Aun cuando en la EM se proclama como novedad que el procedimiento de adopción establece el carácter preceptivo de la intervención del Ministerio Fiscal, ello ya se contempla en el vigente artículo 1825 LEC 1881, por lo que el ALPI se limita a mantener –con bien criterio– tal prevención.

Lo que sí constituye una novedad es la proclamación, en **el artículo 1.826.2 NLEC 1881**, del carácter preferente de estos procedimientos, acogiendo la recomendación del Informe de la Comisión Especial del Senado y en la línea iniciada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Además, se declara la posibilidad de asistencia letrada.

En relación con la propuesta de adopción de la Entidad pública que ha de iniciar el procedimiento de adopción, se incorporan al **artículo 1.827 LNLEC 1881** las modificaciones que sobre tal propuesta se hacen en la regulación sustantiva del CC. Es de destacar que en el artículo 1827.1.a) NLEC 1881 se establece que en la propuesta de adopción deberán expresarse las condiciones personales, familiares y sociales y los medios de vida del adoptante o adoptantes seleccionados y sus relaciones con el adoptando, añade que se han de detallar las razones que justifiquen la elección, frente al actual artículo. 1829.a) LEC/1881, que dice que en dicha propuesta se habrán de plasmar las razones que justifiquen la exclusión de otros interesados. Aquella fórmula, más allá de expresar “en positivo” lo que este otro precepto viene a expresar “en negativo”, connota que en la propuesta no tiene por qué haber alusiones a otros candidatos excluidos, sino sólo las que tienen que ver con el candidato o candidato escogidos.



En **el artículo 1828 NLEC 1881** se abordan los consentimientos, asentimientos y audiencias, reiterándose en este punto la contradicción apreciada para el caso de se pretenda el reconocimiento de la necesidad del asentimiento, entre este artículo 1828 NLEC 1881 y el 177.2ª NCC, remitiéndonos a lo dicho sobre este particular.

El **artículo 1829 NLEC 1881** regula las citaciones de aquellos que han de ser citados en el procedimiento de adopción. Como en la regulación vigente, se prevé que la falta de comparecencia de alguno de los interesados para prestar su asentimiento o para ser oídos, no será causa de suspensión del procedimiento, de manera que, frente a lo que se dice en el EM, no estamos ante una novedad. Ahora bien, el APLI sí introduce medidas para agilizar el procedimiento, al suprimir el plazo de 30 días para realizar las diligencias de búsqueda del domicilio de los interesados, que por tanto, podrá hacerse en un tiempo inferior. Por su parte, mientras que en la regulación actual ante la incomparecencia de los padres del adoptando o del cónyuge del adoptante, deberán ser citados de nuevo una vez que transcurran quince días, con la reforma bastará una única citación siempre que en la misma haya sido personal, incluyendo el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran se seguirá el trámite sin más citaciones. Únicamente si no se les hubiese citado personalmente, será necesario la segunda citación.

Finalmente se regula expresamente, en el **artículo 1832 LEC 881**, el procedimiento, competencia y requisitos de la conversión de adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente, lo que en la actualidad no está regulado.



6.- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Disposición final primera del ALPI modifica los artículos 433, apartado 7 del artículo 544 ter, 707 y 777 e introduce un nuevo artículo 544 quáter. La EM justifica estas modificaciones en la necesidad de regular específicamente la prueba testifical de los menores y prevenir la victimización secundaria.

Las modificaciones de los **artículo 433 y 707, así como el nuevo 544 quáter, todos de la LECrim**, ya se contenían en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de las Víctimas –hoy ya Proyecto, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, número 115-1, pág. 1 a 27 - por lo que su reiteración en el ALPI ahora informado es una innecesaria reproducción. Lo adecuado sería la reforma de los preceptos por una sola norma y no por dos sucesivas, más cuando en la redacción dada por el Proyecto y el Anteproyecto se aprecia la siguiente diferencia, en relación con el artículo 433 LECrim: el ALPI suprime la previsión de que los testigos que tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar de su representante legal o personas de su elección durante la práctica de diligencias. Disposición que no solo es conveniente sino que es necesaria para la adecuada protección de las víctimas, especialmente cuando son menores de edad, por lo que debe ser mantenida.

Por ello, en aras de una coordinación legislativa, se recomienda la supresión, en la Ley proyectada objeto de este informe, de la reforma de los artículos 433 y 707 LECrim y de la introducción del nuevo artículo 544 quáter, por cuanto que es una reiteración de las modificaciones que al respecto se hacen en el Proyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima; remitiéndonos a lo que dijimos sobre ellos en el informe al Anteproyecto del hoy Proyecto, aprobado por el Pleno del CGPJ celebrado el 31 de enero de 2014.



El ALPI procede, además, a modificar el **apartado 7 del artículo 544 ter LECrim**, relativo a las medidas de naturaleza civil de la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica que regula dicho precepto, para establecer la obligatoriedad del pronunciamiento judicial (*en todo caso*, dice el precepto proyectado), de oficio o a instancia de la víctima o de su representante legal, o del Ministerio Fiscal, sobre la pertinencia de adopción de medidas de naturaleza civil, cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente complementada. Sin embargo, la redacción propuesta lleva a entender que las medidas cautelares civiles solo podrán ser adoptadas cuando existan menores o personas con discapacidad, lo que supone una merma en la protección de las víctimas de violencia doméstica cuando no existan aquéllos. Por ello, sin perjuicio de establecer la obligatoriedad de las medidas civiles de protección cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente complementada, debiera mantenerse también la posibilidad de adoptar medidas civiles de protección de la víctima de violencia doméstica cuando no existan menores o incapaces, si bien en este caso solo si existe petición de la víctima o del Ministerio Fiscal. En consecuencia, parece necesario modificar el precepto.

Por último, el ALPI modifica el **apartado 2 del artículo 777 LECrim**, relativo a la prueba anticipada, ampliándola al menor de edad o con capacidad judicialmente complementada, víctima o testigo de delitos contra la vida, de lesiones, maltrato habitual, agresiones y abusos sexuales, cuando sea necesario para prevenir su victimización secundaria. Esta modificación, que ya fue recomendada por este órgano informante en su informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima, en el que se decía: "*Razones victimológicas y epistemológicas aconsejan que la declaración prestada durante la fase de investigación judicial en un contexto de preconstitución probatoria, con intervención de expertos, bajo*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

la directa dirección y supervisión judicial, con la presencia de todas las partes, aunque sin confrontación visual con el menor, pueda utilizarse para evitar una nueva declaración del menor en el acto del juicio oral aunque sea en condiciones de no confrontación visual con el acusado. En estas condiciones, no sería necesaria una declaración del menor en el acto del juicio oral, pues la misma sería sustituida por el visionado de la grabación de la entrevista realizada en fase de investigación complementada con otras pruebas

De esta manera se daría respuesta adecuada al problema, sin merma de los derechos de defensa y contradicción y con arreglo a las exigencias de instrumentos internacionales y de la doctrina del TEDH (caso S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002 y la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 16 de junio de 2005, caso Pupino, que avala esta postura)

Esta posibilidad ha sido reconocida por varias sentencias del TS, entre las que cabe citar la Sentencia 96/2009, de 10 de marzo; o 290/2012, de 23 de marzo.”

Ha de advertirse de la necesidad de que esta modificación que se hace solo para el juicio oral del procedimiento abreviado, se lleve a la regulación del juicio de sumario, reformando, en los mismos términos, el artículo 730 LECrim.

Finalmente sería bueno aprovechar la Ley proyectada para realizar las modificaciones necesarias para una plena aplicación de las 11 Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre una justicia adaptada a los niños, adoptadas por el Consejo de Ministros el 17 de noviembre de 2010.



7.- Modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La Disposición final 6 ALPI modifica el **apartado 6 del artículo 8 LJCA**, que atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para autorizar la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública. Con la reforma, las autorizaciones de entrada en domicilio para la ejecución de las resoluciones de medidas de protección de menores o con la capacidad judicialmente complementada se atribuye al Juzgado de Primera Instancia, a cuyo efecto se procede a la modificación del artículo 8.6 LJCA por el ALPI y del **artículo 91.2 LOPJ** por la ALOPI que la acompaña, que además, introduce en la **LEC un nuevo artículo 780 bis** en el que se regula las autorizaciones de entrada en domicilio y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección. En él, se establece la competencia objetiva y territorial del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el domicilio o edificio sobre el que verse la solicitud. Cuando se trate de la ejecución de un acto confirmado por una resolución judicial, la solicitud se dirigirá al órgano que la hubiera dictado.

Se regula, asimismo, el procedimiento, en el que se dará audiencia al interesado por términos de 48 horas y después, al Ministerio Fiscal por plazo de 24 horas, debiéndose dictar después Auto en el plazo de 24 horas, que será susceptible de recurso de apelación no suspensivo. No obstante, por razones de urgencia, bien porque la demora en la ejecución de la resolución administrativa pudiera provocar un riesgo para la seguridad de las personas, o bien porque la audiencia previa al interesado pudiera comprometer el buen fin de la medida a adoptar, el Juez podrá acordarla mediante auto dictado de forma inmediata, previo informe del Ministerio



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Fiscal, que deberá ser evacuado con carácter urgente. En el auto dictado se razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al interesado.

Frente al Anteproyecto del 2011 en el que las autorizaciones de entrada en domicilio se atribuían al Juzgado de Instrucción, el ALOPI se decanta por los Juzgados de Primera Instancia. Tal opción legislativa cuenta con el inconveniente de la inexistencia de un Juzgado de Primera Instancia en funciones de guardia, por lo que si la petición se presenta fuera de las horas de audiencia o en fines de semana no podrá ser atendida de forma inmediata, con el perjuicio que tal demora podría suponer para el interés del menor, por lo que la solución de dar la competencia para las autorizaciones de entrada a los Juzgados de Instrucción se presenta como más eficaz.

En todo caso, el procedimiento que se diseña no resulta adecuado, al demorarse la resolución, al menos 96 horas, sin contar los tiempos empleados para el registro del procedimiento y las citaciones judiciales a aquellos que han de ser oídos. Tiempo que, atendida la naturaleza de la resolución administrativa y la necesaria protección del menor, parece excesivo.

Por otro lado, el procedimiento de urgencia no resulta respetuoso con los derechos de defensa y a la tutela judicial efectiva del interesado, que en todo caso debería ser oído.

En consecuencia, se sugiere la modificación del procedimiento a fin de introducir una regulación más ágil y respetuosa con el derecho de contradicción y audiencia, que pudiera ser similar a la que se proponía por el Anteproyecto del 2011, según el cual, presentada la petición, debía



resolverse en el plazo de 24 horas desde la recepción de la solicitud, previo informe del Ministerio Fiscal y audiencia del titular del domicilio si fuere posible.

8.- Modificación de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La Disposición final tercera del ALPI modifica el apartado 3 del artículo 9 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley de Autonomía del Paciente, en adelante), añadiendo un párrafo final con el siguiente contenido: *"En los supuestos contemplados en los puntos b) y c) de este apartado, si los representantes legales, tutores o personas que tuvieran que prestar el consentimiento por representación o ser informados no consintieren o se mostraran contrarias a las intervenciones clínicas indispensables para el cese de la situación de riesgo, sin perjuicio de que los facultativos procedan como previene esta ley, deberán ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública correspondiente y del Ministerio Fiscal."*

Con ello se trata de poner en conocimiento de la Entidad pública de protección de menores y del Ministerio Fiscal los supuestos de conflicto entre la salud de un menor y el criterio de sus representantes. Si bien esta disposición resulta adecuada, se presenta como insuficiente pues poco –o nada- aporta para la resolución de las situaciones de conflicto, cuya regulación debería abordarse.



9.- Modificación del Estatuto de los Trabajadores

La Disposición final 4 modifica el **párrafo f) del apartado 3, del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores** para incluir el permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación del parto y en los casos de adopción y acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicosociales previos a la declaración de idoneidad, que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo. Disposición que ha de acogerse favorablemente, al fomentar una adecuada conciliación entre la vida laboral y la familiar.

10.- Modificación del Estatuto Básico del Empleado Público.

La Disposición final 5 modifica la **letra f) del artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público** en los mismos términos que la modificación del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores.

11.- Modificación de la Ley de Protección a las familias numerosas.

La Disposición final 6 modifica el artículo 6 de la Ley de protección a las familias numerosas para reformar las condiciones de mantenimiento de los efectos del título oficial de familia numerosa. La normativa actualmente vigente condiciona la vigencia del título hasta que el número de hijos que cumplan los requisitos previstos sea el mínimo establecido. La reforma pone fin a esta situación de modo que la vigencia del título se extienda hasta que el menor de los hijos deje de reunir los requisitos previstos en el artículo 3 de la citada Ley 40/2003.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Nada tiene que informarse sobre esta modificación, de un incuestionable carácter beneficioso.

VI OTRAS DISPOSICIONES

1. Disposición adicional única

La disposición adicional única, en coherencia con la desaparición en el texto proyectado del acogimiento preadoptivo y el simple y la red denominación de las ECAI, establece que las referencias en las leyes y demás disposiciones se realicen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva del artículo 176 bis NCC; las que se realizaren al acogimiento simple, deberán entenderse hechas al acogimiento temporal del artículo 173 bis CC, y las de las Entidades colaboradoras de adopción internacional a los organismos acreditados para la adopción internacional.

2.- Disposiciones transitorias

La disposición transitoria primera aborda la cuestión de derecho transitorio de la normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados, que seguirán tramitándose conforme a la legislación procesal vigente en el momento de inicio del procedimiento o expediente judicial.

La disposición transitoria segunda es también de derecho transitorio y viene a establecer que los acogimientos constituidos judicialmente con



anterioridad a la entrada en vigor de la Ley proyectada, podrán cesar por resolución de la Entidad pública, sin necesidad de resolución judicial.

La disposición transitoria tercera mantiene la vigencia de la acreditación que los organismos acreditados para intermediar en adopción internacional tuvieron hasta su caducidad o en tanto no se produzca una nueva acreditación o autorización, en su caso, en los términos previstos en la ley proyectada.

3.- Disposición derogatoria única

La Disposición derogatoria única deroga el artículo 21 Ley Adopción Internacional y considera derogadas, conforme al artículo 2.2 CC, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la ley proyectada. Debería añadirse *“exceptuando la legislación de las Comunidades Autónomas, en aquellas materias propias de su ámbito competencial”*.

4.- Disposiciones finales

Las disposiciones finales primera a sexta ya han sido objeto de un análisis detallado en este informe.

La disposición final séptima trata del *“Título competencial”* para dictar esta norma. Se recomienda su revisión a fin de dejar clara la necesidad del debido respeto a las legislaciones autonómicas y en, particular, la legislación de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho civil, foral o especial propio, en aquellas materias propias de su ámbito



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

competencial, así como el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

Por otra parte, resulta necesario dar una nueva redacción a la disposición adicional vigésima primera de la LOPJM por cuanto que la reforma introduce nuevos artículos, sin indicar su carácter y régimen de aplicación en relación con la legislación de las Comunidades Autónomas; además de la necesaria modificación en relación con la referencia al artículo 18 y la nueva redacción que al mismo da el ALPI.

La disposición octava es la de entrada en vigor, que será a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Es todo cuanto tiene que informar el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a treinta de septiembre de dos mil catorce.